

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – Mestrado e Doutorado
Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas
Linha de Pesquisa em Constitucionalismo Contemporâneo

Caroline Cristiane Werle

**A (IR)RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO MORAL E/OU MATERIAL NOS
CASOS DE DECLARAÇÃO DE INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ SOB A
PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOLIDARIEDADE**

Santa Cruz do Sul
2016

Caroline Cristiane Werle

**A (IR)RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO MORAL E/OU MATERIAL NOS
CASOS DE DECLARAÇÃO DE INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ SOB A
PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOLIDARIEDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, Linha de Pesquisa em Constitucionalismo Contemporâneo, da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Jorge Renato dos Reis

Santa Cruz do Sul

2016

Dedico essa dissertação aos meus pais.
Fonte de amor eterno, sem vocês
eu nada seria.

AGRADECIMENTOS

Antes de tudo, é importante lembrar que um curso de mestrado não se concretiza de forma solitária. Em verdade, são inúmeras as pessoas que contribuem e que trabalham – de forma constante – para que esse caminho seja construído. No meu caso, estiveram comigo verdadeiros anjos, os quais foram responsáveis por despertar em mim a força necessária para chegar ao final dessa jornada.

Primeiramente, agradeço aos meus amados pais, Lúcio e Roseli, por todo o carinho e amor que me transmitem diariamente. Se cheguei ao final desse percurso, isso se deve a vocês. Obrigada por acreditarem nos meus sonhos e por me concederem o suporte necessário para concretizá-los. Meu orgulho e gratidão jamais poderão ser verdadeiramente traduzidos em palavras. Eu amo vocês!

Ao meu querido irmão, Tiago, pela preocupação e pelo carinho ao longo dessa caminhada. Tu és – e sempre serás – a parte mais doce da minha infância e a certeza de que jamais estarei sozinha nesse mundo. Obrigada por estar sempre presente e por ser esse irmão/amigo que nunca deixou de estender a mão quando precisei.

Ao meu namorado, Guilherme, por não questionar minhas escolhas e, mais do que isso, por apoiá-las e buscá-las de mãos dadas comigo. Sou profundamente grata pelo teu amor, incentivo e paciência. Minha eterna felicidade se concretiza contigo ao meu lado.

Ao Carlos André Radtke, o irmão que a vida me permitiu escolher. Não existem palavras que expliquem a nossa amizade e o quanto sou grata pelo destino ter aproximado os nossos caminhos. Obrigada por ser esse amigo incomparável e por me fazer sorrir como ninguém.

Às minhas amigas Helena Pacheco Wrasse e Thamy Zimmer pelo constante incentivo. Obrigada pelas palavras de carinho, pelo apoio, e, acima de tudo, por estarem presentes nos momentos em que as dúvidas sobre o futuro insistiram em aparecer. Verdadeiras amizades são raras e eu sou profundamente grata e feliz por ter vocês em minha vida.

À minha amiga Helena Werner – carinhosamente chamada por mim de Heleninha – pelo pensamento positivo durante esta jornada. Nós somos a prova viva de que uma amizade verdadeira é capaz de resistir ao tempo e à distância. Obrigada pela sua constante presença em meus dias – seja ela física ou de coração.

Agradeço a todos os professores que compõem o corpo docente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) pelos conhecimentos transmitidos. Juntos, vocês contribuem para a tão necessária mudança do mundo. Em especial, agradeço aos docentes da linha de pesquisa em Constitucionalismo Contemporâneo, com quem compartilhei valiosos e engrandecedores debates.

Externo minha profunda gratidão ao meu estimado orientador Jorge Renato dos Reis. Lembro, como se fosse hoje, do momento em que o senhor realizou a minha entrevista para ingressar no mestrado. Mal eu sabia que aquele era apenas o início de uma bela caminhada. Obrigada, professor, por aceitar cumprir essa jornada ao meu lado, pois, sempre que precisei, o senhor esteve presente para me acalmar e para sanar minhas frequentes dúvidas. O senhor é o grande responsável por me dar a segurança que tanto precisei para continuar pesquisando esse delicado e polêmico tema, mostrando para mim que todo o trabalho deve ser valorizado. És um grande mestre e me orgulha ter sido orientada por uma pessoa que tanto se preocupa com a educação de seus alunos. Meu crescimento pessoal, humano e acadêmico se deve muito ao senhor. Levarei comigo todas as suas lições e, sobremaneira, essa sua encantadora vontade de viver em um mundo melhor, em um mundo mais solidário.

Agradeço aos meus colegas de turma, pessoas com quem dividi alegrias e angústias ao longo desses dois anos de formação. De forma especial, manifesto minha gratidão à Tatiele Gisch Kuntz, pela parceria e pelo companheirismo. Contigo compartilhei momentos felizes, conversei sobre as aflições e encontrei um verdadeiro ombro amigo para me apoiar durante esta caminhada.

Não poderia deixar de agradecer às minhas colegas bolsistas Aneline dos Santos Ziemann, Bárbara Michele Morais Kunde e Fernanda Brandt por todo o auxílio prestado, e por mostrar a mim que eu não estava sozinha nessa jornada. Vocês são pessoas muito queridas e acalentaram meu coração nos momentos difíceis. Obrigada!

Agradeço, também, às secretárias do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), Enívia Hermes, Rosane Michelotti e Morgana Pereira da Costa, que sempre me receberam com muito carinho e atenção. Obrigada por toda a ajuda prestada ao longo desse período.

Agradeço à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes), pela bolsa de estudos a mim concedida. Sem ela o desejo de cursar o mestrado não seria possível. Além disso, externo meu profundo agradecimento à

referida fundação por apostar na educação a construção de um mundo melhor para se viver.

Os agradecimentos são a voz do coração e eu os finalizo trazendo um trecho de uma canção que foi muito ouvida por mim ao longo desses dois anos. Sempre que a escutava, às vezes com os olhos já marejados, lembrava com carinho das pessoas que tanto me auxiliaram nessa caminhada. Se essa árdua – e feliz – jornada tivesse que ser definida em apenas uma palavra, essa palavra seria gratidão.

*Nada era certo, mas parecia tão normal
Me acostumei com a incerteza ideal
Nos faz querer o tudo, o pouco não é opção
Será surreal ter o mundo em minhas mãos?
Tinha ao meu lado, quem soubesse me ajudar
E acreditei no que iria me tornar
O pouco era simples, o tudo foi a opção
Será irreal, ter o mundo em minhas mãos?*

(Trecho da música Surreal, de autoria da banda Scalene)

ANTES DE TUDO O SER HUMANO

*Não viva nesta terra
como um estranho
ou como um turista na natureza.
Viva neste mundo
como na casa do seu pai:
creia no trigo, na terra, no mar,
mas antes de tudo creia no ser humano.
Ame as nuvens, os carros, os livros,
mas antes de tudo ame o ser humano.
Sinta a tristeza do ramo que seca,
do astro que se apaga,
do animal ferido que agoniza,
mas antes de tudo
sinta a tristeza e a dor do ser humano.
Que lhe deem alegria
todos os bens da terra:
a sombra e a luz lhe deem alegria,
as quatro estações lhe deem alegria,
mas sobretudo, a mão cheias,
lhe dê alegria o ser humano!*

(Nazim Hikmet)

RESUMO

A presente dissertação tem como objetivo principal verificar se é possível, com base no princípio constitucional da solidariedade enquanto dever jurídico, responsabilizar civilmente por dano moral e/ou material o particular que, ciente da declaração de interrupção da gravidez por parte da gestante, não age no sentido de preservar as vidas envolvidas, quais sejam: a vida da mãe e a vida do embrião/feto. Dessa forma, pretende-se responder a seguinte indagação: é possível responsabilizar civilmente o particular por dano moral e/ou material no caso acima descrito baseando-se, para tanto, no princípio constitucional da solidariedade? Nesse âmbito, com o intuito de conceder uma resposta ao questionamento proposto, o trabalho foi dividido em três capítulos. Em um primeiro ensejo, a partir da análise dos modelos de Estado que se consolidaram ao longo do tempo, o texto estuda a teoria da constitucionalização do direito privado. Além disso, é nesse capítulo que são tecidos alguns apontamentos históricos acerca do princípio constitucional da solidariedade, bem como sobre sua visão contemporânea, deixando claro que tal princípio se trata de um dever jurídico, o qual deve ser observado por todos. Na sequência, mais precisamente no segundo capítulo, é analisado o direito à vida. Neste passo os seguintes fatores são trabalhados: as questões conceituais sobre o referido bem jurídico; as diversas teorias que visam estabelecer o momento em que a vida humana inicia; e, por fim, a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações interprivadas, mais especificamente a necessidade de proteção do direito à vida por parte dos particulares. No terceiro e último capítulo o trabalho visa responder, de forma mais precisa, o problema proposto. Assim, são analisadas as premissas históricas e conceituais acerca da responsabilidade civil e, posteriormente, com base na constitucionalização do direito privado e no princípio constitucional da solidariedade, é trabalhada a noção contemporânea do referido instituto. Ao final do capítulo, a pesquisa traz argumentos para afirmar se é possível, ou não, responsabilizar por dano moral e/ou material o particular que, ciente dos fatos, se omite quanto à preservação das vidas nos casos de declaração de interrupção da gravidez, confirmando, assim, uma das hipóteses suscitadas na pesquisa. Sem a pretensão de esgotar o assunto em pauta, conclui-se que é possível responsabilizar civilmente por dano moral e/ou material o particular que, ciente da declaração de interrupção da gravidez por parte da gestante, não age no sentido de preservar as vidas envolvidas, especialmente porque o princípio constitucional da solidariedade gera um dever jurídico entre as pessoas e, também, porque o direito à vida maneja uma proteção especial. Nesse passo, considerando que a pesquisa possui natureza bibliográfica, utilizar-se-á o método de abordagem dedutivo. No que diz respeito ao método de procedimento, o trabalho se valerá do método analítico e, também, do método histórico-crítico. Relativamente à técnica de pesquisa, será empregada a documentação indireta.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalização do direito privado; direito à vida; princípio constitucional da solidariedade; relações privadas; responsabilidade civil.

ABSTRACT

The main objective of this dissertation is to verify if it is possible, based on the constitutional principle of solidarity as a legal duty, to sue for moral and/or material damage a private individual who, aware of the pregnant woman's decision to terminate her pregnancy, does not act towards the preservation of the lives involved, namely: the life of the mother and the life of the embryo/fetus. Thus, it is intended to answer the following question: is it possible to hold a private individual morally and legally responsible for and/or material damage in the case described above based on the constitutional principle of solidarity? In order to answer the proposed question, the work was divided into three chapters. Firstly the analysis of state models that have been consolidated over time, the text studies the theory of the constitutionalization of private law. Moreover, some historical notes on the constitutional principle of solidarity are presented in this chapter, as well as its contemporary view, making it clear that this principle is a legal duty, which must be observed by all. In the second chapter the right to life is analyzed. In this stage, the conceptual issues about the said legal asset; the various theories that aim to establish the moment when human life begins; and, finally, the effectiveness of fundamental rights in inter-agency relations, more specifically the need to protect the right to life of individuals are analyzed. In the third and last chapter the work responds, more directly, to the proposed problem. Thus, the historical and conceptual assumptions about civil liability are analyzed and, later, based on the constitutionalization of private law and on the constitutional principle of solidarity, the contemporary notion of this institute is established. At the end of the chapter, the research offers arguments to ascertain whether it is possible, or not, to hold responsible for moral and/or material damage the private individual who, aware of the facts, overlooks the preservation of lives in cases of declaration of termination of pregnancy, therefore, confirming one of the hypotheses raised in the research. Without pretension to exhaust the subject in question, it is concluded that it is possible for an individual to be civilly liable for moral and/or material damage, if he or she is aware of the decision of the pregnant woman to terminate her pregnancy, and does not act to preserve the lives involved, especially because the constitutional principle of solidarity creates a legal duty among people and also because the right to life has special protection. This research uses a bibliographic review, using indirect documentation as research technique, and the deductive approach, as methodology. With regard to the method of procedure, the work uses the analytical and historical-critical methods.

KEYWORDS: Civil liability; constitutional principle of solidarity; constitutionalization of private law; relationships; right to life.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

- Figura 1 – Imagem ilustrativa de um embrião com quatro semanas de gestação.....67
- Figura 2 – Imagem ilustrativa de um feto com doze semanas de gestação68

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOLIDARIEDADE SOB A PERSPECTIVA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO: UM DEVER JURÍDICO NO ÂMBITO DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO	16
2.1 O processo de constitucionalização do direito privado.....	17
2.2 Perspectivas históricas do princípio constitucional da solidariedade: a fraternidade e a caridade.....	28
2.3 O aspecto jurídico da solidariedade: um dever de conduta por parte dos particulares.....	38
3 O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA: ASPECTOS HISTÓRICOS E CONTEMPORÂNEOS	51
3.1 O direito à vida no ordenamento jurídico brasileiro	52
3.2 O marco inicial da vida: as diversas teorias	62
3.3 O dever de proteção e de preservação do direito à vida por parte dos particulares diante das declarações de interrupção da gravidez	78
4 A (IM)POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO PARTICULAR DIANTE DA INOBSERVÂNCIA DO DEVER DE SOLIDARIEDADE NA PROTEÇÃO DO DIREITO À VIDA NOS CASOS DE DECLARAÇÃO DE INTERRUPTÃO DE GRAVIDEZ.....	89
4.1 O instituto da responsabilidade civil: notas introdutórias.....	90
4.2 A noção contemporânea do instituto da responsabilidade civil no sistema jurídico brasileiro: uma análise a partir da constitucionalização do direito privado e do dever de solidariedade	101
4.3 A (im)possível responsabilização civil por dano moral e/ou material do particular que, ciente dos fatos, se omite quanto à preservação das vidas nos casos de declaração de interrupção da gravidez	118
5 CONCLUSÃO.....	134
REFERÊNCIAS.....	140

1 INTRODUÇÃO

Com o advento do Estado Democrático de Direito, embasado na perspectiva de ampla e efetiva proteção aos princípios e direitos previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, consolida-se a concepção de que a Carta Constitucional está no centro do ordenamento jurídico e, a partir de tal referência, sua força normativa projeta-se sobre todo o sistema jurídico infraconstitucional, o qual passa a estar permeado pelas premissas constantes nos princípios e nos direitos fundamentais. Sob este cenário, consolida-se o fenômeno da constitucionalização do direito privado, que concede um novo paradigma às relações entre particulares, porquanto as mesmas passam a receber influência direta dos preceitos constitucionais, devendo se coadunar com tais diretrizes.

Em virtude da concretização desta teoria junto ao corpo jurídico, o princípio constitucional da solidariedade – que está previsto expressamente no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal de 1988 e que se caracteriza por ser, além de um princípio, um dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro – passa a ser um indicador de interpretação para todas as relações que ocorrem sob sua égide, afigurando-se como um direito/dever. Assim, pode-se afirmar que todas as relações interprivadas deverão observar o princípio constitucional da solidariedade.

É justamente em face deste quadro que se desenvolve a presente dissertação, a qual analisa se é possível responsabilizar civilmente por dano moral e/ou material o particular que, estando diante da declaração de interrupção da gravidez¹, não age no sentido de evitar a perda das vidas – vida da mãe e vida do embrião/feto –, baseando-se, para tanto, no princípio constitucional da solidariedade enquanto dever jurídico entre as pessoas.

Dessa forma, é imperioso deixar claro que o presente trabalho não tem como objetivo estudar as questões relativas à descriminalização e à despenalização do aborto. O estudo aqui desenvolvido se debruça tão somente sobre a questão da responsabilidade civil daquele particular que se omite quanto ao dever de solidariedade nos casos de declaração de interrupção da gravidez por parte da gestante.

¹ Impende mencionar que, no âmbito deste trabalho, a declaração de interrupção da gravidez é compreendida quando a gestante declara, de forma expressa ou escrita, que possui a intenção de interromper a gravidez.

Dito isto, pautando-se no Constitucionalismo Contemporâneo, o trabalho estudará especificamente o instituto da responsabilidade civil no Brasil – pós Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – por dano moral e/ou material nos casos de declaração de interrupção da gravidez sob a perspectiva do princípio constitucional da solidariedade, sendo que a pesquisa diz respeito às relações privadas, ou seja, analisará a responsabilização do particular – e não do Estado – nos casos em que houver omissão quanto ao dever de solidariedade.

Assim, o trabalho parte da seguinte problemática: é possível, fundamentando-se no princípio constitucional da solidariedade – enquanto dever jurídico –, a responsabilização civil por dano moral e/ou material do particular que, estando ciente da declaração de interrupção da gravidez, não age no sentido de evitar a perda das vidas – vida da mãe e vida do embrião/feto?

Como forma de responder o problema exposto, surgem duas grandes hipóteses. A primeira delas se alicerça no seguinte pensamento: considerando a teoria da constitucionalização do direito privado, a força normativa da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a irradiação dos princípios e direitos fundamentais no cerne de todo o ordenamento jurídico brasileiro – notadamente no âmbito privado –, é possível, com base no princípio constitucional da solidariedade, a responsabilização civil por dano moral e/ou material do particular que, diante da declaração de interrupção da gravidez por parte da gestante, não age no sentido de evitar a perda das vidas envolvidas, especialmente porque o referido princípio gera um dever entre as pessoas e, também, pelo fato de o direito à vida possuir uma necessidade de ampla proteção, visto que constitui corolário para o exercício de demais direitos.

Por outro lado, a segunda hipótese aponta que não é possível, com base no princípio constitucional da solidariedade, a responsabilização civil por dano moral e/ou material do particular que, estando diante da declaração de interrupção da gravidez por parte da gestante, não age no sentido de evitar a perda das vidas, haja vista que a sociedade ainda é marcada pelo individualismo e que os direitos fundamentais não são difundidos e trabalhados suficientemente no Brasil, sendo que tal situação inviabiliza a ocorrência da responsabilidade civil no caso proposto.

A partir desta perspectiva, não restam dúvidas de que o principal objetivo da presente dissertação é verificar se é possível, com base no princípio constitucional da solidariedade, responsabilizar civilmente por dano moral e/ou material o particular que,

estando diante da declaração de interrupção da gravidez por parte da gestante, não age no sentido de evitar a perda das vidas, sendo importante enfatizar que tal estudo se desenvolve levando em conta a incidência do princípio constitucional da solidariedade nas relações entre particulares e, especialmente, devido à necessidade de ampla preservação do direito fundamental à vida.

Em face de tais aportes, é plausível perceber que o trabalho justifica-se plenamente, porquanto é essencial que a ampla proteção dos direitos e garantias fundamentais seja, de fato, concretizada no âmbito de todos os setores componentes da sociedade, sendo que, para isso, além de inúmeros outros fatores, as relações entre particulares devem estar pautadas no princípio constitucional da solidariedade.

Do mesmo modo, a pesquisa possui ampla relevância social, uma vez que pretende demonstrar que é passado o tempo em que as pessoas poderiam se eximir de seus deveres solidários umas para com as outras. A partir da ideia de solidariedade enquanto dever jurídico, abre-se margem para conceder maior proteção e respeito aos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, sendo que a não observância a este dever pode acarretar, inclusive, a responsabilização civil dos particulares que nada fizerem quando se depararem com uma clara violação a tais direitos.

Em face dos apontamentos tecidos, resta evidente que a temática encontra aderência para com a área de concentração do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* Mestrado e Doutorado em Direito, Demandas Sociais e Políticas Públicas, da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. De igual forma, o trabalho está adequado à linha de pesquisa adotada, qual seja, o Constitucionalismo Contemporâneo, porquanto o mesmo visa explorar, junto à pluralidade de normas, o fenômeno constitucional e sua consolidação na sociedade.

Afora tais questões, considerando que a presente dissertação vincula-se à análise de superação do paradigma individualista da sociedade e, especialmente, à aplicação direta da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 no cerne das relações entre particulares no sentido de dar maior amplitude e efetividade aos direitos fundamentais – sobremaneira ao direito à vida e ao princípio constitucional da solidariedade –, é possível afirmar que ela está em plena consonância com a linha de pesquisa do professor orientador Jorge Renato dos Reis, que atualmente ministra a disciplina “Constitucionalização do Direito Privado” e coordena o grupo de estudos

denominado “Intersecções Jurídicas entre o Público e o Privado”, o qual mantém suas pesquisas focadas no princípio constitucional da solidariedade.

Nesse diapasão, para melhor desenvolvimento da pesquisa, a mesma foi dividida em três capítulos principais. Em um primeiro ensejo, o texto irá estudar a teoria da constitucionalização do direito privado, sendo que tal análise irá partir de um histórico evolutivo estatal e terá como base principal a consolidação dos direitos fundamentais ao longo do tempo. Além disso, é precisamente neste momento que serão tecidos alguns apontamentos acerca do princípio constitucional da solidariedade. Primeiramente far-se-á um apanhado sobre suas vertentes históricas – ainda quando compreendido como caridade e filantropia – e, posteriormente, a pesquisa intenta deixar claro que tal princípio, além de ser um dos objetivos a serem alcançados pela sociedade brasileira, se trata de um dever jurídico que marca as relações interprivadas. Em outros termos, significa dizer que o princípio constitucional da solidariedade deve ser observado pelos particulares em todas as suas condutas cotidianas.

O segundo capítulo da pesquisa irá se debruçar sobre o direito à vida. Dessa forma, serão abordadas as questões conceituais acerca de tal bem jurídico e, inclusive, com base na Medicina e na Biologia, serão analisadas diversas teorias que se propõem a verificar qual o momento em que, de fato, a vida humana inicia. Para além de tais assuntos, é neste momento que será estudada, também, a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, ou seja, serão trazidos inúmeros argumentos que fundamentam a ideia de que o dever de proteção a tal direito não pertence somente ao Estado, mas, igualmente, às pessoas físicas.

Por fim, o terceiro capítulo da dissertação foi reservado para responder, de forma mais concreta, o problema proposto. Nesse passo, em um primeiro ensejo serão estudados os fatores históricos e conceituais que permeiam a ferramenta jurídica mais utilizada para reparar danos no direito brasileiro: a responsabilidade civil. Na sequência será abordada a visão contemporânea acerca de tal instituto, levando-se em conta, para tanto, a constitucionalização do direito privado e o princípio constitucional da solidariedade enquanto dever jurídico entre as pessoas privadas. Ao final, no terceiro e último momento, a pesquisa irá afirmar se é possível – ou não – responsabilizar por dano moral e/ou material o particular que, ciente dos fatos, se omite quanto à preservação das vidas nos casos de declaração de interrupção da gravidez, confirmando, assim, uma das hipóteses ora apresentadas.

Desta feita, considerando que o trabalho possui natureza bibliográfica, o método de abordagem a ser adotado para o seu desenvolvimento será o dedutivo, pois, mediante a análise do geral para o caso particular, pretende-se chegar a uma conclusão para o problema proposto. No que tange ao método de procedimento, o trabalho utilizar-se-á do analítico – serão feitas análises para, então, tecer argumentos críticos e criativos em face das hipóteses do trabalho – e, também, do histórico-crítico – método que irá clarificar os acontecimentos e demais elementos do passado, para, posteriormente, analisar qual a sua influência no período atual. Relativamente à técnica de pesquisa, será utilizada a documentação indireta, recorrendo-se a referências doutrinárias publicadas em documentos como livros, artigos científicos, periódicos, jornais e revistas.

A pesquisa possui o intuito de enaltecer a ideia de solidariedade enquanto dever jurídico presente nas relações entre particulares e, com isso, visa uma maior proteção aos direitos fundamentais, especialmente o direito à vida, no âmbito da esfera privada. Se a solidariedade é dever jurídico, é preciso que ela esteja presente em todo e qualquer agir humano, sendo este, talvez, o primeiro passo da caminhada em busca de uma sociedade mais solidária e harmoniosa para todos os brasileiros.

2 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOLIDARIEDADE SOB A PERSPECTIVA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO: UM DEVER JURÍDICO NO ÂMBITO DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

A história da humanidade sempre foi permeada por inúmeras batalhas. Batalhas que, muito embora tenham provocado retrocessos, foram responsáveis pelo reconhecimento de muitos direitos que atualmente são garantidos aos seres humanos. Frutos de um longo período de luta em busca de justiça social e, também, de resistência à opressão, os direitos nunca foram concedidos facilmente pelo poder estatal. Por essa razão, se hoje a solidariedade começa a ficar em evidência na sociedade, é necessário lembrar que nem sempre foi assim.

A constitucionalização do direito privado surge como o ponto de partida para uma nova interpretação do ordenamento jurídico. Se antes a Constituição Federal era considerada um mero documento destinado a organizar o funcionamento do Estado, nos dias atuais ela se afigura como um dos principais elementos que integram a vida em comum. Assim, por estar alocada no topo da pirâmide jurídica, a Constituição deve irradiar a sua força e os seus princípios por todo o ordenamento infraconstitucional.

Os objetivos contidos no texto constitucional, mais especificamente a solidariedade, não são apenas palavras jogadas ao vento. Trata-se de objetivos a ser concretizados pelos operadores do Direito nos momentos de prática jurídica e, mais do que isso, são objetivos a ser buscados e efetivados por todos os cidadãos, no dia-a-dia, mediante seu pensar e seu agir. Uma sociedade livre, justa e solidária – com o perdão da obviedade – somente é alcançada quando todos estendem suas mãos e estão dispostos a apertá-las.

Neste âmbito, o presente capítulo possui o intuito de demonstrar que o princípio constitucional da solidariedade se trata de um dever entre as pessoas humanas. Para tanto, em um primeiro momento será estudado o fenômeno da constitucionalização do direito privado; no segundo subcapítulo far-se-á a análise do histórico da solidariedade; e, por fim, no terceiro momento, mediante o estudo do viés jurídico do elemento em voga, a pesquisa pretende deixar claro que a solidariedade se afigura como um dever perante os indivíduos e que, portanto, deve ser observada por todos.

2.1 O processo de constitucionalização do direito privado

As luzes que emanam da Constituição não podem ser apagadas.
Elas são responsáveis por mostrar o caminho ao palco
da cidadania (CATALAN, 2013, p. 41)

Muito embora o processo de constitucionalização do direito privado não se afigure como cerne principal do presente trabalho, a sua análise revela-se essencial para o adequado desenvolvimento da pesquisa, especialmente pelo fato de este fenômeno manter estreita relação com a questão da aplicação dos princípios e direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares. Nesse sentido, para melhor elucidação da temática, o referenciado processo será estudado mediante o campo histórico, tendo sido eleita, como ponto de partida, a primeira expressão do Estado Moderno: o Estado Absolutista.

Conforme os ensinamentos tecidos por Streck e Morais (2014), a estratégia de construção do Estado Absolutista perpassa, principalmente, pela ideia de soberania, a qual vai ocasionar a concentração de todos os poderes nas mãos dos monarcas, provocando, conseqüentemente, o surgimento das chamadas monarquias absolutistas. Tais monarquias “se apropriaram dos Estados do mesmo modo que o proprietário faz do objeto a sua propriedade, ensejando um poder de *imperium* como direito absoluto do rei sobre o Estado” (STRECK; MORAIS, 2014, p. 46, grifado no original).

Diante desses apontamentos, é plausível perceber que a base de sustentação do poder monárquico absolutista estava pautada na ideia de que o poder dos reis tinha origem divina. Em face disso, a figura do monarca funcionava como “representante” de Deus na Terra, situação que permitia uma fácil e rápida desvinculação dos limites concernentes à sua autoridade. Portanto, pode-se alegar que “o Estado Absolutista, de um ponto de vista descritivo, seria aquela forma de governo em que o detentor do poder exerce este último sem dependência ou controle de outros poderes, superiores ou inferiores²” (STRECK; MORAIS, 2014, p. 46). Além disso, não é difícil perceber que nesse momento histórico não havia qualquer proteção aos direitos e garantias individuais (REIS, 2003).

² É de bom alvitre salientar que o absolutismo não se confunde com a tirania, visto que a limitação referida diz respeito à autonomia em face dos limites externos, sendo que os limites internos – valores e crenças típicas da época – eram veementemente respeitados.

Posteriormente, com o intuito de combater o absolutismo dos reis – característica típica da primeira manifestação de Estado Moderno –, ocorreram inúmeros movimentos revolucionários que culminaram na Revolução Francesa de 1789. É a partir desse momento que começa a ser perceptível a transição do Estado Absolutista para uma nova forma estatal. Em virtude dessas mutações, o poder arbitrário exercido pelo monarca acaba sendo substituído pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão³.

Em face desta nova ordem social e política instaurada, inaugurou-se o Estado Liberal, que, consoante aponta Finger (2000, p. 86), estava “[...] baseado na igualdade formal, expressa na máxima segundo a qual todos são iguais perante a lei”. A partir desta concepção, os indivíduos passam a ser livres para contratar e serem proprietários (REIS, 2003).

Sob esta ótica, verifica-se que o Estado Liberal estava calcado, principalmente, na defesa das liberdades individuais, sendo que as mesmas eram garantidas à população devido ao simples fato de a sociedade estar vivendo sob a égide da lei. Ademais, a propriedade, sobremaneira a imobiliária, por materializar a riqueza, representava o fundamento da liberdade dos indivíduos perante o Estado. Dito isto, é possível asseverar que a preocupação primordial do referido modelo estatal centrou-se na liberdade de seus cidadãos, de modo que o Estado não deveria guiar os seres humanos para um caminho comum, mas zelar para que eles, quando da busca de seus objetivos pessoais, não entrassem em conflito⁴.

Em face desta perspectiva, torna-se pertinente a colocação de Finger (2000, p. 86, grifado no original), o qual aponta que as Cartas de Direitos que foram incorporadas nas Constituições a partir de então, asseguravam direitos fundamentais que consignavam uma esfera negativa de proteção contra a ação do Estado. Tais

³ Inspirada nos pensamentos dos iluministas, bem como na Revolução Americana, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi aprovada em 26 de agosto de 1789 e contou com dezessete artigos, os quais continham, nitidamente, ideais libertários e liberais, definindo, dessa forma, os direitos individuais e coletivos dos homens como direitos universais.

⁴ Nesse momento da presente pesquisa, as reflexões de Bobbio (2000, p. 212) acerca do Estado Liberal caem como uma luva e clarificam o papel estatal nesse período histórico. O referido autor compara o Estado Liberal com um guarda de trânsito, de modo que sua tarefa principal não consistia em dizer aos motoristas qual o caminho eles deveriam, necessariamente, seguir, mas sim em ordenar a circulação para que cada um pudesse alcançar, a sua maneira, suas próprias metas.

catálogos “estabeleciam liberdades, sobretudo econômicas, de modo que os indivíduos pudessem regular seus interesses absoluta e autonomamente⁵”.

À luz desse entendimento, verifica-se que o Estado não se trata de uma criação de Deus, tampouco é resultado de uma ordem divina. Ele é uma comunidade (*res publica*) a serviço do interesse comum de todos os indivíduos (livres, iguais e autodeterminados), que tem como ponto de partida e referência obrigatória a promoção e proteção desses predicados (LEAL, 2007).

Dessa forma, em virtude de todas essas mudanças políticas e sociais, percebe-se que, na lógica do Estado Liberal, o Estado está a serviço do homem, e não o contrário, sendo que tal situação permite a imposição de limites em face de sua atuação. Ademais, a partir da ideia de que o indivíduo é anterior à figura estatal, há uma inversão na perspectiva de garantia dos direitos dos cidadãos e dos deveres do próprio Estado, o que resulta na seguinte premissa: ao indivíduo é permitido fazer tudo aquilo que não é proibido e, ao Estado, somente aquilo que é permitido (LEAL, 2007).

Portanto, no Estado Liberal, para que a sociedade pudesse se desenvolver de modo harmonioso, a ação estatal deveria ser mínima. Isto porque havia uma grande dicotomia entre o público e o privado, ou seja, sob esta ótica, Estado e sociedade eram dois universos completamente distintos e incomunicáveis (SARMENTO, 2006). Neste sentido, o Estado, alicerçado em uma rígida separação para com a sociedade em geral, assegurava o exercício da propriedade privada, sem, no entanto, intrometer-se nas relações que ocorriam entre os indivíduos⁶.

⁵ A primeira dimensão de direitos fundamentais surge juntamente com os ideais iluministas e encontra grande respaldo no princípio da liberdade. Conforme leciona Gorczewski (2009), os direitos fundamentais de primeira dimensão, que são visivelmente individualistas, tratam-se de uma oposição à ação do Estado, o qual possui a obrigação de não realizar atos que possam representar violação a essas garantias – daí a denominação de direitos fundamentais negativos. Assim sendo, cita-se como exemplo de direitos de primeira dimensão os seguintes: o direito à vida; o direito à liberdade de movimento; o direito à liberdade política; o direito de propriedade; o direito à inviolabilidade de domicílio; dentre outros.

⁶ A tarefa do Estado no modelo liberal, além de visar a proteção das liberdades civis, da liberdade econômica dos indivíduos e da liberdade pessoal, estava adstrita à manutenção da ordem e da segurança, de modo a zelar para que as disputas porventura surgidas fossem resolvidas mediante um juízo imparcial sem recurso à força privada. Portanto, toda a intervenção do Estado que extrapolasse estas tarefas era encarada como algo maléfico, pois enfraquecia a independência e as iniciativas individuais. Neste passo, é importante salientar que, muito embora uma das principais características do Estado Liberal seja o afastamento estatal completo, um “intervencionismo zero” nunca foi experimentado. Desde a sua criação, a atividade do Estado sempre se deu, em maior ou menor escala, voltada para fins distintos. Contudo, algum grau de intervencionismo sempre foi experimentado, até mesmo porque, em caso contrário, se estaria diante da própria supressão do Estado como ente artificial que deve responder às características postas pelo Contrato Social (STRECK; MORAIS, 2014).

Em face de tais informações, considerando a clara separação entre esfera pública e esfera privada, bem com que as Constituições decorrentes desse período passaram a assegurar os direitos fundamentais de liberdade e igualdade – os indivíduos poderiam exercer suas relações econômicas sem qualquer intervenção estatal –, surge, então, o chamado processo de codificação, que motivou a legislação de inúmeros países – inclusive a do Brasil – e ergueu códigos repletos de direitos de defesa e com cunho de salvaguardar as liberdades individuais, os quais tinham como objetivo principal estabelecer completude, unicidade, previsibilidade e segurança jurídica (REIS, 2003). Neste âmbito, consoante dispõe Adolfo (2008, p. 35), “enquanto as declarações de direito afiançavam a liberdade política dos indivíduos nas relações com o Estado [...]”, os códigos passaram a ser os responsáveis por tutelar “as liberdades civis do indivíduo em sua vida privada contra as indevidas intromissões do poder político”.

Sob a égide deste cenário, com o intuito de garantir a não intervenção estatal na vida dos indivíduos, vem ao mundo, logo após a Revolução Francesa, o Código Napoleônico, que foi elaborado no ano de 1804 e abarcava normas de caráter individualista e patrimonialista, sendo que tais valores foram indispensáveis para que o afastamento do Estado fosse, de fato, concretizado⁷ (REIS, 2003). Importante mencionar que, nesse período particular da história, a supremacia dada aos códigos civis era evidente, visto que os mesmos se traduziam em verdadeiras constituições privadas, porquanto seus pilares fundamentais eram, basicamente, a proteção da propriedade e a liberdade contratual.

Buscava-se, com o *Code de France*, além da sistematização do Direito, a segurança jurídica no âmbito das relações sociais, ou seja, o intuito primordial do aludido diploma era colocar um fim na grande quantidade de normas contraditórias e, conseqüentemente, assegurar a autonomia privada, a qual se afigurava como base para todos os contratos (FINGER, 2000).

Outra característica do Código Napoleônico que merece atenção, a qual é fruto, principalmente, da Escola Exegética, é o positivismo. Levando-se em conta que o mencionado diploma tinha o escopo de ser claro e objetivo, a referida particularidade

⁷ O Código Napoleônico – também conhecido como *Code de France* –, cujo modelo serviu de inspiração para os códigos promulgados posteriormente, além de ser nitidamente conservador, afigura-se como marco histórico das liberdades individuais e, em razão do século – compreendido entre os anos 1800 –, sua edição inaugurou o período conhecido como “a época da codificação oitocentista”.

acabava por afastar toda e qualquer discussão doutrinária. Portanto, as interpretações jurisprudenciais e até mesmo a interpretação dos costumes passaram a estar subordinadas à autoridade absoluta do estatuto civil (CAENEGEM, 2000).

Assim, considerando a pretensão de que os códigos abarcavam todas as soluções para os casos concretos, o papel dos juízes, nessa época, restou fadado ao aspecto meramente técnico. Isto é, eles deveriam aplicar o direito positivado sem efetuar qualquer valoração social ou política – subsunção. Nesse sentido, conforme aponta Leal (2007), a atividade do magistrado tratava-se de um verdadeiro silogismo lógico, não cabendo a ele qualquer atividade criativa, pois sua função limitava-se por fatores tidos como objetivos⁸.

No âmbito brasileiro, o extinto Código Civil de 1916 seguiu o modelo do *Code de France* e, assim sendo, levando-se em consideração as ideias advindas do Iluminismo e do Jusnaturalismo, as quais fundamentaram a Revolução Burguesa, possuía como paradigma o cidadão dotado de patrimônio e livre do controle estatal (REIS, 2003).

Consoante preceitua Roberto (2008), muito embora a promulgação do Código Civil de 1916 tenha trazido inúmeros benefícios, não há como negar que sua redação deixou evidente que o aludido diploma havia sido confeccionado para as escolas de Direito da época, e não para a vida cotidiana – isto porque o nível de abstração de seus dispositivos era deveras elevado. O código em questão, marcado pelo conservadorismo⁹, não abandonou em momento algum seu proposital caráter individualista e, como consequência, não se preocupou suficientemente com as questões sociais.

Ainda neste mesmo diapasão, Reis (2003, p. 774) complementa o referido raciocínio afirmando o seguinte: a codificação em geral, sobremaneira os códigos civis que foram promulgados sob a égide do Estado Liberal, muito em razão do individualismo jurídico, tinham como “paradigma o cidadão proprietário, dotado de

⁸ “*La bouche de la loi*”, famosa expressão trazida por Montesquieu, descrevia perfeitamente o papel dos juristas deste período. Os magistrados eram a “boca da lei” e, em razão disso, eximiam-se das responsabilidades relativas aos casos concretos diante de dispositivos injustos, pois sua função era somente aplicar a lei. Com isto, várias injustiças podiam ser cometidas, contanto que estivessem abrangidas pela lei.

⁹ Esse conservadorismo restou evidenciado em diversos dispositivos, especialmente no que diz respeito às regras sobre o direito de família: filhos menores de vinte e um anos não poderiam se casar sem o consentimento dos pais; o marido era o chefe da relação conjugal, cabendo somente a ele administrar os bens particulares da mulher, autorizar que ela exercesse alguma profissão, fixar o domicílio do casal, dentre outros.

patrimônio, ou seja, este era o homem comum tutelado pela norma civil, deixando, em consequência, a grande maioria das pessoas fora de sua tutela¹⁰.

Entretanto, a história acabou por demonstrar que o modelo liberal de Estado não era suficiente para suprir os novos interesses sociais decorrentes de uma postulada justiça social. Evidentemente, considerando a igualdade formal estabelecida entre os cidadãos e em virtude da exagerada proteção conferida à autonomia privada, a exploração do mais fraco pelo mais forte acabou sendo uma consequência natural deste modelo estatal, porquanto a liberdade proposta era exclusiva do elo mais vigoroso.

Sob a égide desse cenário, o individualismo liberal presente nas Cartas Constitucionais e positivados nos códigos oitocentistas, sobretudo no Código Napoleônico e naqueles que seguiram suas diretrizes, foi sendo gradativamente reduzido a partir do início do século XX, muito especialmente em razão das transformações sociais que ocorreram na Europa após o fim da Primeira Guerra Mundial (REIS, 2003).

Assim, em razão da ampla desigualdade instalada, das profundas mudanças econômicas e sociais advindas da revolução industrial e tecnológica, bem como em virtude das reações populares ao Estado mínimo e dos conflitos gerados entre os seres humanos, o modelo de Estado Liberal começou a entrar em declínio.

Nesse contexto, objetivando garantir a proteção dos direitos sociais, surge o Estado de Bem-Estar Social¹¹ – ou *Welfare State* –, que distancia o poder público da sua posição anterior, a qual era caracterizada pela intervenção mínima, e faz com que o governo assuma um papel ativo na sociedade, isto é, o Estado volta a sua atuação para a busca de uma justiça social (REIS, 2003).

Nesta senda, o clamor social, originário do chão das fábricas e dos menos favorecidos, passou a exigir do Estado uma postura interventora, isto é, um Estado provedor de direitos sociais. A sociedade pós-moderna não mais aceitava a lógica liberal dos direitos individuais formais.

Em face desse cenário, consoante assevera Leal (2007, p. 32), “o Estado não pode mais ser tido como mero espectador, devendo intervir diretamente nas questões

¹⁰ Esta é principal razão pela qual se fala em igualdade apenas formal e não material.

¹¹ Não obstante o Brasil não ter atingido, de fato, o *Welfare State*, houve, no âmbito brasileiro, uma maior intervenção estatal, a qual se traduziu mediante a edição de diversas legislações esparsas e microssistemas jurídicos, tomando o nome de publicização do direito.

sociais”. Desta feita, ele deixa de ser um ente de postura negativa – cujo dever consistia em não invadir a esfera dos direitos individuais constitucionalmente assegurados – e torna-se um promotor de bens e de serviços, passando a assegurá-los a uma parcela mais abrangente da sociedade, a partir da ideia de que devem ser tratadas desigualmente situações desiguais – discriminação positiva.

Portanto, na ampliação da atuação positiva do Estado, tem-se a diminuição da livre esfera do indivíduo, ou seja, com o crescimento da intervenção estatal, o desaparecimento do modelo de Estado mínimo é algo meramente consequencial. Desta forma, as novas demandas sociais implicam não apenas um reforço quantitativo na atuação estatal, mas demandam novas estratégias de ação por parte dos entes políticos (STRECK; MORAIS, 2014).

Muito embora sua formulação constitucional tenha se dado originalmente na segunda década do século XX, o Estado de Bem-Estar Social emerge definitivamente como consequência geral das políticas definidas a partir das grandes guerras, podendo ser caracterizado como o modelo estatal onde o governo devia garantir “tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação [...]” (STRECK; MORAIS, 2012, p. 79), sendo que tais direitos não eram assegurados aos cidadãos como atos de caridade, mas como direitos políticos consolidados. Nesse ínterim, no *Welfare State*, era direito próprio do cidadão ter garantido o seu bem-estar mediante a ação positiva por parte do Estado, o qual era visto como alicerce da qualidade de vida do povo (STRECK; MORAIS, 2012).

Frente a tais apontamentos, pertinente se revela a reflexão proposta por Reis (2003, p. 777): “a intervenção estatal na matéria econômica-jurídica, que passa a ocorrer a partir de então, demonstra, assim, a definitiva superação do individualismo do século XIX”. Além disso, fica evidente a “decadência do liberalismo econômico e político pela ingerência do Estado, com princípios autoritários, na economia privada e na vida jurídica em geral”.

Na esteira dessa evolução, inúmeros reflexos puderam ser observados nas constituições. No Estado Liberal, o catálogo constitucional traçava a estrutura organizacional do Estado e garantia determinados direitos individuais. Contudo, a partir do Estado de Bem-Estar Social, as Constituições incorporam propósitos emancipatórios, tendo como meta a transformação da ordem social e econômica

vigente¹². Nesse ínterim, verifica-se que “Estado e sociedade, sofrem, então, um processo de aproximação, criando-se, de certa forma, uma relação de interdependência entre ambos” (LEAL, 2007, p. 34).

Neste momento, os textos constitucionais começam a agregar e estabelecer princípios relativos a matérias que anteriormente eram reguladas pelo Código Civil, fazendo com que estas normas tenham um caráter eminentemente constitucional. Portanto, a Constituição garantista das liberdades formais cede lugar à Constituição que promove a justiça social – Constituição Dirigente¹³ – (LÔBO, 1999).

Nessa senda, considerando que os interesses da coletividade adquirem significativa relevância, a regulação da vida privada, que antes era exclusiva do Direito Civil, passa a subordinar-se à Constituição, ou seja, inúmeros institutos que eram regulamentados pelo Código Civil passam, mediante o paradigma constitucional, a ser positivados em microssistemas jurídicos. Por meio desse cenário, é possível observar a ocorrência do fenômeno chamado “publicização” do direito privado, onde diversas micro legislações, iluminadas pela Constituição, são criadas com o objetivo de tratar os desiguais de forma “desigual” para, então, alcançar maior equidade social¹⁴.

Face a tal situação, a Constituição “assume o seu *status* de lei superior e passa a ser o centro do ordenamento jurídico, irradiando seus princípios normativos à toda legislação denominada infraconstitucional”, ou seja, a todos os microssistemas jurídicos que haviam sido criados (REIS, 2003, p. 778, grifado no original).

A Constituição, que já era encarada como lei fundamental – fruto da modernidade política e do racionalismo iluminista –, passa a expressar a sua supremacia também no âmbito normativo. Dessa forma, considerando que o texto constitucional possuía um caráter hierárquico superior e que carregava em seu bojo

¹² Esse período foi permeado por dois marcos importantes: a Constituição Mexicana, de 1917, e a Constituição de Weimar, de 1919. As referidas Cartas Constitucionais trouxeram em seu bojo uma gama de direitos sociais – direito à educação; direito à saúde; direito à previdência; etc. – e, por essa razão, devem ser sempre lembradas como os primeiros textos constitucionais que efetivamente concretizaram, ao lado das liberdades públicas, dispositivos expressos impositivos de uma conduta ativa por parte do Estado (PINHEIRO, 2006).

¹³ A ideia de Constituição Dirigente, consoante ensina Leal (2007), foi fundada por Peter Lerche, para quem as Constituições modernas são caracterizadas pela presença de diretrizes constitucionais, as quais definem fins e objetivos para o Estado e a sociedade. Isto é, sua função é fornecer uma direção permanente e, ainda, consagrar a exigência de atuação estatal.

¹⁴ Como forma de exemplificar tal fenômeno, traz-se a lume o seguinte fato: o Direito do Trabalho desvincula-se do Direito Civil com o objetivo de adquirir autonomia jurídica para, então, ser capaz de proteger a parte mais vulnerável – o empregado – nas relações de trabalho.

uma ordem material de valores, acabava por unificar todo o complexo de normas presentes no ordenamento jurídico (FINGER, 2000).

Em meio a essa mudança de paradigma na produção do direito, surge, no âmbito brasileiro, com o intuito de atender às premissas constantes na Constituição Federal de 1988, – que consagra o Estado de Bem-Estar Social – um novo Código Civil¹⁵, que supera os ideais patrimonialistas e individualistas caracterizadores do ultrapassado Código Civil de 1916¹⁶.

Nesse sentido, com forte influência da “publicização” do direito privado, observa-se o enfraquecimento da clássica dicotomia existente entre o direito público e o direito privado, pois agora, “todo o direito infraconstitucional é direito constitucionalizado, não se podendo, da mesma forma, ter um direito civil autônomo em relação ao Direito Constitucional” (FINGER, 2000, p. 94).

Conforme demonstrado, a grandiosa força adquirida pela Constituição era inegável nesse período histórico. Entretanto, ao final do século XX, o Estado de Bem-Estar Social começa a entrar em declínio, especialmente porque gerou uma série de deficiências contrárias aos objetivos para os quais havia sido concebido. Dentre alguns fatores que contribuíram para essa decadência pode-se citar: o crescimento demográfico e o envelhecimento da população, que foram alguns dos fatores responsáveis pela crise de financiamento previdenciário e pela dificuldade na implementação de políticas públicas (FINGER, 2000).

A partir dessa situação, iniciou-se a busca pela formulação do Estado Democrático de Direito, o qual, amalgamado no princípio democrático, tinha o intuito de propiciar um terreno fértil para o enfrentamento às posturas teóricas conservadoras que concediam aos direitos fundamentais um caráter fragmentador, isto é, o aludido modelo buscava a transformação da realidade instalada. Desta feita, é possível aduzir que “o Estado Democrático de Direito, portanto, é um Estado comprometido constitucionalmente com a realização efetiva dos direitos fundamentais” (FINGER, 2000, p. 92).

Paradoxalmente, um dos acontecimentos mais emblemáticos que ensejou o aparecimento do Estado Democrático de Direito foi, indubitavelmente, o julgamento

¹⁵ O novo Código Civil – Lei nº 10.406/2002 – não obstante ser aprovado em 10/01/2002, teve seu projeto de lei apresentado na Câmara dos Deputados no ano de 1975, restando demonstrada sua árdua luta para entrada junto ao ordenamento jurídico brasileiro.

¹⁶ O Código Civil de 1916 era conhecido como “a Constituição do Direito Privado”, sendo o diploma exclusivo, até então, para regular as relações entre particulares.

de Nuremberg, que constituiu-se na realização de diversos tribunais militares entre os anos de 1945 e 1946. A Alemanha nazista, fundamentada no axioma da supremacia da Constituição e no positivismo racionalista – legados do liberalismo e do Estado Social – e baseada no estrito cumprimento à lei nacional, cometeu, além do genocídio, inúmeras injustiças e violações a garantias fundamentais. Nesse âmago, jamais desejando ensejar o esquecimento dos perniciosos atos cometidos nesse período ou até mesmo provocar sua exaltação, são inegáveis os efeitos benéficos trazidos por este importante acontecimento, uma vez que, a partir da guinada ideológica advinda do julgamento de Nuremberg – tanto de ordem política como de ordem jurídica –, houve o fortalecimento da noção de dignidade da pessoa humana e, logicamente, dos direitos fundamentais (SILVA, 2014).

Em consequência de todas as mudanças paradigmáticas ora mencionadas, bem como em razão da nova perspectiva democrática do Estado aliada ao reconhecimento em nível constitucional da dignidade da pessoa humana, surge, então, uma nova noção frente aos direitos fundamentais. Essa acaba por dar margem a que sejam construídos alguns apontamentos acerca da constitucionalização do direito privado¹⁷, teoria que atualmente se afigura como elemento base quando da aplicação do direito civil e que vem sendo objeto de pesquisa e discussão “exclusivamente de tempos mais atuais, estando ligada às aquisições culturais da hermenêutica contemporânea, tais como a força normativa dos princípios, [...] à interpretação conforme a Constituição, etc.” (CAGLIARI, 2013, p. 15).

O processo de constitucionalização do direito privado alude à troca de seu cerne valorativo, ou seja, surge a pessoa no lugar do indivíduo. É nesse sentido que a solidariedade social ganha maior espaço em relação à liberdade individual, porquanto, agora, a proteção do direito privado volta-se para a pessoa humana (NEGREIROS, 2006). Os princípios constitucionais – destacando-se, aqui, o princípio da dignidade da pessoa humana –, são “responsáveis” por orientar a ordem jurídica

¹⁷ Imperioso enfatizar que, muito embora já exista um amplo consenso quanto à constitucionalização do direito privado, o referido processo não foi – e nem é – aceito sem inúmeras resistências. Diversos civilistas reagiram de modo negativo à interlocução do direito civil com o direito constitucional, apontando que cada ramo deve permanecer em seu devido lugar. Essa resistência está baseada no receio da banalização do processo – como se todas as relações de cunho civil fossem “elevadas” ao plano constitucional –, e, também, na redução de importância do direito civil, porquanto o mesmo não passaria de mera ramificação do direito constitucional. Contudo, o mencionado entendimento foi perdendo força, pois houve a compreensão de que a Carta Constitucional é capaz, por meio de sua carga normativa, sem diminuir o caráter dado ao Código Civil, regular as relações privadas e, inclusive, estabelecer certa igualdade entre as partes.

e, inclusive, por colocar a pessoa em um patamar diferenciado se comparado ao Estado Liberal (FINGER, 2000).

Em face dessa lógica ocorre o fenômeno da “despatrimonialização” do direito privado, que, em obediência à constitucionalização deste, estabelece a predominância do princípio da dignidade de pessoa humana, o qual se trata de um princípio-matriz de todos os direitos fundamentais (FINGER, 2000). Ainda acerca deste fenômeno, Perlingieri (2002) afirma que não se trata de excluir o conteúdo patrimonial do direito, mas sim diversificar a sua valoração qualitativa, de modo que o sistema econômico produza seus efeitos sem abandonar a concepção de conservação da dignidade da pessoa humana.

Compulsando o fenômeno sob outro prisma, consoante preceitua Facchini Neto (2003), pode-se falar, ainda, sobre a “repersonalização” do direito privado, cujo objetivo principal é (re)inserir o indivíduo e seus direitos no topo da proteção, seja sob o enfoque do direito público ou do direito privado.

Isto posto, verifica-se que o referido processo de constitucionalização visa a submeter o direito positivo privado aos fundamentos de validade determinados pelo catálogo constitucional, ou seja, significa fazer uma releitura do direito civil à luz dos princípios e regras constantes na Constituição Federal, de modo que, a partir desta ótica, as normas infraconstitucionais devem ser moldadas a essa importante teoria jurídica¹⁸ (REIS, 2003).

Neste sentido, “cabe ao intérprete reler a legislação civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar os valores não patrimoniais, a dignidade da pessoa humana, [...] e a justiça comutativa” (CAGLIARI, 2013, p. 21-22). Tal situação confere aos magistrados uma função ainda mais relevante, qual seja: dignificar o homem e erradicar a desigualdade socioeconômica.

Contudo, é necessário enfatizar que, consoante destaca Finger (2000, p. 96), a Constituição, além de possuir caráter hierarquicamente superior, alberga e positiva valores fundamentais, os quais são reflexos da própria sociedade. Nesse ínterim, os princípios nela constantes – que, inclusive, dão azo à constitucionalização do direito privado – não configuram mero ideário e não devem ser utilizados apenas de forma

¹⁸ É de bom alvitre lembrar que a importância do direito civil no ordenamento jurídico continua sendo indiscutível, sendo que o fenômeno da constitucionalização não implica a absorção dos códigos e das legislações especiais, mas tão somente a obrigatoriedade de adequação legislativa e interpretativa destes, conforme os preceitos constitucionais (REIS, 2003).

secundária em relação às leis ordinárias, porquanto possuem eficácia normativa e se tratam de preciosos instrumentos aplicáveis aos casos concretos.

A interpretação do direito civil – tendo como parâmetro os princípios e valores constitucionais –, ratifica o *status* de lei superior da Constituição se comparada aos demais diplomas componentes do ordenamento jurídico. Por esta razão, considerando a nova concepção de direito – constitucionalizado em sua totalidade – e a compreensão de que os direitos fundamentais vinculam a todos – Estado, instituições e particulares –, as garantias fundamentais devem ser aplicadas tanto nas relações públicas, quanto nas relações privadas, estendendo-se, inclusive, para o âmbito das relações pessoais¹⁹.

Assim, diante desses apontamentos, verifica-se que, com a superação do viés individualista traçado pelo Estado Liberal, nasce a concepção de que o ser humano é detentor de direitos sociais e, portanto, surge a necessidade dos interesses coletivos se sobressaírem em face dos interesses privados. Em virtude dessas transformações, passa a ser exigida a construção de uma sociedade marcada pelo ideal de solidariedade, o qual deve ser exercido tanto pelo Estado, quanto pelas pessoas que compõem o cenário social, sendo importante visar o bem comum a partir da ideia de bem comum individual.

Em face desse panorama, abre-se espaço para ser realizada uma análise do princípio constitucional da solidariedade²⁰, iniciando seu estudo com base nas perspectivas históricas do termo para, posteriormente, abordá-lo, de fato, como um princípio e como um dever de conduta por parte dos cidadãos.

2.2 Perspectivas históricas do princípio constitucional da solidariedade: a fraternidade e a caridade

Pois esta é a mensagem que tendes ouvido desde o princípio:
que nos amemos uns aos outros (1 JOÃO, 3:11)

Inicialmente, para que seja possível analisar a solidariedade no âmbito jurídico, isto é, como princípio constitucional e com o viés de dever entre as pessoas, é

¹⁹ A eficácia normativa da Constituição, bem como sua aplicação no âmbito das relações entre particulares, será analisada com maior profundidade mais a frente neste trabalho.

²⁰ Já neste momento se revela necessário enfatizar que, no âmbito dessa pesquisa, a expressão “princípio constitucional da solidariedade” não está atrelada à ideia de “caridade” ou “filantropia”, mas sim à compreensão deste princípio como um fio condutor responsável pela concretização dos direitos fundamentais e pelo fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

imprescindível que seja realizado um estudo acerca da significação do termo em voga. Dessa forma, para conhecer com mais profundidade o princípio aqui abordado, nada mais lógico do que verificar a origem da solidariedade, perpassando por toda a sua evolução cronológica ao longo da história da humanidade. No que diz respeito à observância da solidariedade, é bem verdade que ocorreram inúmeros avanços e retrocessos durante o desenvolvimento das civilizações. Contudo, tais fatores são de suma importância para que seja possível construir uma definição para o princípio constitucional da solidariedade nos dias atuais.

Sob este enfoque, é de bom alvitre adiantar que o estudo da solidariedade se dá a partir de suas grandes vertentes, quais sejam: a solidariedade com cunho filosófico, que nasce a partir do ideal de ajuda ao próximo; e a solidariedade com viés sociológico, que surge da necessidade de haver uma boa convivência entre as pessoas dentro de uma sociedade, ou seja, se alicerça na ideia de cooperação social (SOARES, 2009).

Muito embora o ideal de solidariedade tenha sido institucionalizado recentemente no seio da sociedade, ele se trata de um elemento extremamente antigo, ainda que nos primórdios estivesse, na maioria das vezes, vinculado aos conceitos de caridade e fraternidade – que não se confundem com solidariedade. Ademais, considerando que a solidariedade possui estreita relação com a noção de justiça social, as teorias de justiça acabam estando imbricadas no surgimento do ideal em questão.

Já de início é importante salientar que a expressão solidariedade contempla diversos significados, e que suas variações vão de acordo com o ramo do conhecimento que esteja sendo explorado. Antes de seu ingresso no cenário jurídico, a solidariedade perpassou, fundamentalmente, pelo mundo da virtude e da moral, estando alicerçada na necessidade humana de cooperar e de bem viver com o seu semelhante (OLIVEIRA, 2014). Dessa forma, é plausível dizer que “a solidariedade é fato social, inerente ao homem em sociedade, virtude ética, fundada na alteridade e na justa conduta, resultado da consciência moral e da boa-fé” (OLIVEIRA, 2014, p. 15-16).

Não raras vezes, é muito difundida a ideia de que a solidariedade teve seu surgimento no cristianismo. Contudo, é possível perceber, mediante de algumas passagens filosóficas, a presença de um sentimento solidarista em eras ainda mais remotas. A obra *A República*, escrita pelo filósofo grego Platão no século IV a.C., traz

em seu corpo, por exemplo, um diálogo ocorrido entre Sócrates e Glauco que evidencia claramente a presença de ideários relativos à unidade social e, igualmente, de uma crítica ao individualismo.

Nas obras de Aristóteles, por sua vez, o ideal solidarista é percebido quando o mesmo discorre acerca da justiça e da virtude. O referido filósofo aduz que, para o homem ser virtuoso, é preciso que ele encontre a felicidade e a boa sorte, sendo que a justiça é uma virtude completa, de modo que o indivíduo que a possui deve exercer sua virtude não só com relação a si próprio, mas, também, com relação ao próximo. Dessa forma, o indivíduo é uma pessoa virtuosa não somente quando cumpre a lei, mas quando o faz em prol da comunidade como um todo. Isso porque, na visão aristotélica, a virtude possui estreita relação com o “fazer bem ao outro” (ARISTÓTELES, 2012, p. 96).

Neste passo, cumpre destacar que, segundo os ensinamentos pregados pelo filósofo em tela, a pessoa virtuosa era aquela dotada de bom senso, de piedade e de prudência. A maior virtude que um indivíduo poderia carregar dentro de si era o “ser justo” e, conforme já mencionado, a justiça deveria ser o objetivo primordial dos sujeitos, especialmente por ser este um fator fundamental para a convivência harmoniosa em sociedade (ARISTÓTELES, 2012).

Nessa mesma linha de pensamento, Aristóteles deixa ainda mais evidente a presença do ideário solidarista quando afirma que “o homem, por natureza, é um animal político, isto é, destinado a viver em sociedade” (ARISTÓTELES, 2008, p. 56). Para ele, o homem que não consegue viver em coletividade ou que não necessita de outros indivíduos para viver, não faz parte da *pólis*, visto que possui a pretensão de bastar-se em si mesmo (ARISTÓTELES, 2008).

Assim sendo, a pessoa, no sentido filosófico pregado por Aristóteles, está fundada em um ser que necessita da sociedade para se estabelecer, de modo que suas atitudes e sua conduta são guiadas pelo comportamento do grupo, e suas virtudes é que irão contribuir para a formação da sociedade. No entanto, é prudente salientar que esse ser já não é mais visto como parte indissociável de uma coletividade – como era visto nos primórdios da civilização –, mas é produto e produtor do corpo social (CUNHA, 2012).

Desta forma, na perspectiva aristotélica, muito embora o indivíduo deva voltar as suas ações para a coletividade, é importante enfatizar que ele deve dispor de uma esfera de direitos dentro da qual seja possível desenvolver sua personalidade e seus

talentos. Entretanto, “la sociedad organizada tiene que tratar de conseguir que todas las personas lleguen a los puestos adecuados para ellas; no puede dejar este problema totalmente al azar y al libre juego de las fuerzas sociales” (BODENHEIMER, 1994, p. 70).

Outro elemento que deu ensejo à noção de solidariedade na visão aristotélica foi a amizade. Na famosa obra “Ética a Nicômaco”, Aristóteles aponta que a amizade seria, inclusive, mais importante do que a justiça, pois, quando presente a amizade, presente estaria a justiça. Para o mencionado autor, a amizade implica a igualdade, porquanto pessoas desiguais, ao unir seus pontos em comum – ainda que sejam poucos –, se igualizam mediante a amizade (SPENGLER, 2012).

Diante de tais acepções, verifica-se que a justiça, tanto para Aristóteles, como para Platão, trata-se da virtude perfeita, a qual deve ser seguida e observada pelo indivíduo de modo voluntário, ou seja, não deve ser forçada/imposta. Se a justiça não é algo cogente, é possível apontar que a injustiça – ato praticado com o intuito de causar mal a terceiro – também se afigura como um ato deliberado. Porém, é bastante perceptível que, para ambos os filósofos gregos mencionados, o indivíduo justo, antes mesmo de realizar o bem para si próprio, deve realizar o bem do próximo.

Desta feita, é possível perceber que a primeira ideia de solidariedade está fundada na Antiguidade Clássica, onde os gregos compreendiam este elemento como resultado da amizade²¹ e, também, como forma de concretizar a justiça. Porém, revela-se necessário mencionar que, para alguns autores, a ideia de solidariedade não estava presente na Antiguidade Clássica, pois, ainda que os filósofos daquela época manifestassem uma certa aversão ao individualismo, buscando seu antônimo, não se verificou o estabelecimento de um ideal realmente solidarista, de modo que para esses pensadores a solidariedade teria surgido apenas com o cristianismo e, posteriormente, com a Igreja Católica (CARDOSO, 2013).

Divergências à parte, acredita-se que as contribuições advindas das visões platônicas e aristotélicas são inegáveis no que diz respeito ao surgimento da solidariedade. Contudo, para além da Antiguidade Clássica, não restam dúvidas que o Cristianismo também trouxe incontáveis subsídios para a formação dos ideais solidários, os quais se traduzem em diversas passagens da Bíblia. Os ensinamentos

²¹ É importante destacar que, com o decorrer do tempo, a amizade deixa de ser um vínculo social por excelência e abre espaço para o consenso e a política. Desta forma, o juízo de amizade passa a ceder margem para o surgimento da confiança entre os seres humanos (SPENGLER, 2012).

crístãos acerca da preocupação com o próximo e do perdão, impulsionados pela ideia de que não há um lugar ao céu sem a caridade na Terra, tiveram significativo reflexo na formação da sociedade atual, sendo que inúmeras religiões ocidentais levam em conta os preceitos difundidos por Jesus Cristo²².

Não obstante seja possível notar um distanciamento cada vez maior entre as pessoas e as religiões, certamente provocado pelo ritmo de vida acelerado e individualista dos tempos contemporâneos, indubitavelmente os ensinamentos disseminados pelo Cristianismo, em conjunto com as filosofias construídas por Platão e Aristóteles, serviram de alicerce para a teoria da justiça clássica, que teve como principais expoentes Santo Agostinho e São Tomás de Aquino (BODENHEIMER, 1994).

Ambos os teólogos, carregando inspiração do Cristianismo, reafirmaram que a caridade seria a mais pura expressão da justiça divina. Nesse sentido, Santo Agostinho, além de arguir que as pessoas não deveriam conceder excessivo valor aos bens materiais e que não havia como chegar à felicidade desprezando o próximo, apontou que a justiça propriamente dita estava pautada em Deus – isso porque a justiça aplicada pelos seres humanos não era considerada completa (AGOSTINHO, 2000). Nesse mesmo contexto, São Tomás de Aquino afirmou que o indivíduo possui uma inclinação natural para viver em sociedade e, inclusive, para conceber como verdade a figura de Deus, inclinação esta que faz com que os seres humanos se afastem da ignorância e das ofensas ao próximo (BODENHEIMER, 1994).

Concebidos tais apontamentos, verifica-se que a justiça, no âmbito da teoria clássica, está vinculada à ideia de benevolência e de caridade, fatores que ultrapassam as questões econômicas ou políticas. Em síntese, a justiça, para essa teoria, assenta-se em três principais pilares: o amor a Deus; o amor a si próprio; e o amor ao próximo.

Com o passar do tempo, já na Idade Média – a partir do século IV d.C. –, os pensamentos filosóficos relativos à existência dos indivíduos e aos laços que os aproximavam foram perdendo força. A referida situação perdurou por cerca de dez séculos, sendo que o regime feudal, influenciado pela dogmática religiosa e pela ideia

²² Apenas para fins de melhor elucidação, traz-se a lume uma passagem bíblica na qual fica evidente que a preocupação com o próximo era um dos ideais mais presentes no cristianismo: “conserva-se entre vos a caridade fraterna. Não vos esqueçais da hospitalidade, pela qual alguns, sem o saberem, hospedaram anjos. Lembrai-vos dos encarcerados, como se vos mesmos estiveis presos com eles. E dos maltratados, como se habiteis no mesmo corpo com eles” (HEBREUS, 13:2 a 3).

de que o servo devia servir ao seu senhor, não favoreceu o desenvolvimento de teorias acerca da solidariedade, exceto aquelas relacionadas estritamente ao ideal de caridade ou de cunho católico (OLIVEIRA, 2014).

Com o fim do feudalismo, o cenário supramencionado começou a ser modificado, especialmente em virtude do surgimento do Renascimento e, posteriormente, do Iluminismo. Ambos os períodos históricos ora destacados foram marcados pelo nascimento do método científico e das grandes teorias que guiaram – e guiam até os dias atuais – a ciência, os quais influenciaram a busca por fundamentações racionais para o sentido da vida e do indivíduo (BODENHEIMER, 1994).

Em face dessa evolução, surge a teoria contratualista, a qual preceitua que o Estado é fruto da ficção humana e que o mesmo tem como fundamento possibilitar a convivência coletiva. Dessa forma, a referida teoria, ao estabelecer a pessoa como condição para o surgimento do Estado, acaba por elevar o significado do próprio sujeito. Nesta mesma esteira, o direito passa a estar desvinculado da natureza sagrada, fundando-se na razão humana (BODENHEIMER, 1994).

Neste ramo, as teorias desenvolvidas por Hugo Grócio, por Samuel Puffendorf e pelos contratualistas Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau foram essenciais para o surgimento da chamada Escola Clássica do Direito Natural e, ao servir de base para o *Code de France*, semearam a ideia de que o indivíduo é um ser possuidor de direitos, os quais são garantidos devido a sua qualidade de ser humano e, também, de que existem normas que são superiores e obrigatórias aos governantes (BODENHEIMER, 1994).

Hugo Grócio, também conhecido como Huig Van Der Groot, escreveu o primeiro tratado de Direito Natural e nele afirmou que o Direito não estava alicerçado em uma ordem divina, mas na razão humana. A construção de sua teoria, pautada na ideia de que os indivíduos são donos de uma sociabilidade inata, foi construída sob o preceito de que todos, independentemente de sua religião, poderiam aceitá-la (REALE, 1977).

Por sua vez, Samuel Freiherr von Puffendorf preceituava que o Direito Natural era imutável e, portanto, anterior à figura do Estado. Sua teoria, que negou a existência de uma relação entre direito e religião, acabou por afastar a ideia de dependência entre a moral e o direito. Ademais, muito embora os seres humanos fossem sujeitos movidos pelo egoísmo, para a sua teoria eles possuíam uma

tendência a se associar e, também, a conviver em uma comunidade sociável e pacífica (BODENHEIMER, 1994).

A filosofia de Thomas Hobbes foi baseada na ideia de que o indivíduo é um ser egoísta, não sendo sociável em seu estado de natureza. De acordo com seu pensamento, as pessoas se unem e formam o Estado apenas com um único objetivo: a autopreservação. Em sendo o homem o lobo do homem, para evitar um permanente estado de guerra, cada indivíduo renuncia sua liberdade absoluta e, ao se “unir” com o próximo, forma a figura estatal, que passa a ter poderes ilimitados sobre os indivíduos com o fito de proteger a sociedade como um todo (BODENHEIMER, 1994).

Para John Locke, os indivíduos, em seu estado de natureza, são dotados de razão e de direitos inerentes a sua condição humana, de modo que criam o Estado, mediante um contrato, para que ele estabeleça a ordem social e regule seus direitos. Sob esta perspectiva, a pessoa não é vista como um sujeito destrutivo, porquanto o estado de natureza é um estado de paz, onde a interferência somente ocorre em casos de ausência de julgamento dos conflitos (BODENHEIMER, 1994). Nesta mesma linha, a filosofia de Jean-Jacques Rousseau, que vai ao encontro da teoria de John Locke, estabelece que as pessoas, não obstante vivam bem no estado de natureza, se unem e criam o Estado para que o mesmo assegure seus direitos naturais e mantenha o regramento social. Para este pensador, o homem é naturalmente bom. Contudo, quando passa a viver em sociedade, ele acaba se corrompendo (BODENHEIMER, 1994).

As teorias ora expostas – de maneira breve, diga-se de passagem –, ainda que não sejam o objeto principal de análise desta pesquisa, são fundamentais para que seja possível compreender a formação do Estado e suas premissas, sobremaneira no que diz respeito à compreensão de como o indivíduo era visto por tais pensadores: em um primeiro momento como ser egoísta, sem qualquer sentimento fraterno; e, em um segundo momento, como uma pessoa boa, que se une aos demais e cria o Estado com o intuito de manter o sentimento de paz social (OLIVEIRA, 2014).

Neste momento, é imperioso destacar, também, que o Estado Liberal, em que pese movido pelo lema liberdade, igualdade e fraternidade – advindo da Revolução Francesa –, não foi sensível à ideia de solidariedade (CARDOSO, 2013). Sob o pretexto de valorização do indivíduo, afora os benefícios trazidos, o liberalismo, sem dúvida, deu largo ensejo à degradação do homem, especialmente porque tal modelo assegurou uma relação de privilégio às pessoas economicamente mais fortes. Dessa

forma, considerando que os valores econômicos foram colocados em um patamar superior a todos os demais, os seres humanos medíocres, sem qualquer formação humanística e com o intuito de aumentar suas riquezas, passaram a ter o domínio quase que total da sociedade (DALLARI, 2000).

Neste sentido se conduz o pensamento de Cardoso (2013, p. 133), o qual afirma que o problema do Estado Liberal não estava atrelado a maior ou menor quantidade de liberdade, mas à qualidade desta liberdade. O viés individualista da sociedade, ignorando o homem como ser social, foi fundamentalmente sovina, “porque desligou o indivíduo de compromissos sociais, dando margem à mais desenfreada exploração do homem pelo homem, onde cada um vivia isolado em sua liberdade”.

A Revolução Industrial, marco histórico da humanidade, além de impulsionar, deixou evidente a exploração do homem sobre o homem. Dessa forma, considerando a referida situação, surgem as teorias socialistas, as quais têm como principal escopo trazer melhorias à classe operária e, conseqüentemente, à vida das pessoas como um todo. Evidentemente, a ideia de cooperação na busca por melhorias no campo individual, que se traduziu na criação de sindicatos e associações, foi uma forma bastante eficaz que os seres humanos encontraram para dar início à luta contra a miserabilidade e para alcançar a chamada justiça social²³ (CARDOSO, 2013).

Paralelamente a essa busca por direitos que permitiriam uma melhor qualidade de vida aos operários e à toda população, surge uma nova ciência: a sociologia – inicialmente denominada Física Social. Fundada no estudo da sociedade como um todo, sem pormenorizar os indivíduos ou analisá-los como um corpo social cujo resultado é sempre o mesmo, a referida ciência nasceu da ideia de que o meio social deve ser o resultado de pressupostos teóricos e que o conjunto de pessoas forma algo maior do que simplesmente a união de indivíduos (LEVINE, 1997).

August Comte (1798-1857), fundador da sociologia, buscava criar uma ciência positiva que pudesse entender o comportamento humano (LEVINE, 1997). Para este pensador, a solidariedade se afigura como uma dependência recíproca, isto é, fruto

²³ Um dos principais efeitos positivos advindos da Revolução Industrial foram os ocasionados no quadro social, de modo que a classe trabalhadora passou a exigir do Estado uma gama de direitos que garantissem melhorias em suas vidas. Essa ideia de solidariedade se espalhou entre os operários e resultou em um levante popular no ano de 1848, fazendo com que inúmeros trabalhadores fossem às ruas parisienses exigir seus direitos. Além disso, o movimento operário, fundado no ideal solidário, fez emergir em diversos países a luta por melhores condições de trabalho (ZOLL, 2007).

da ideia de dever moral de assistência para com o grupo social. Dessa forma, Comte classifica a solidariedade em dois campos específicos: como fato e como dever. Contudo, é pelas noções de dever social que a sua teoria se alicerça com mais força (DENNY, 2001).

Pierre-Joseph Proudhon, filósofo político e econômico, também trouxe diversas contribuições para a solidariedade, especialmente pelo fato de ter desenvolvido em sua teoria uma visão da sociedade que implica o reconhecimento da diversidade e da distribuição dos frutos do trabalho como o resultado de um processo de permanente acordo entre os indivíduos. Neste passo, a sociedade, ainda que esteja dotada de uma atividade própria, alinha-se devido à solidariedade de seus membros (FARIAS, 1998).

Posteriormente, Émile Durkheim (1858-1917), inspirado nos ensinamentos propostos por August Comte, desenvolveu sua teoria sociológica²⁴. O referido sociólogo aduz que a solidariedade é o oposto do individualismo, sendo que se trata de um fenômeno que não inicia em lugar algum, mas que se desenvolve sem parar ao longo da história das civilizações. Ademais, ao se debruçar sobre o estudo da sociedade industrial do século XIX, percebeu que era necessário compreender o que, de fato, explicava a organização social e qual era a ligação entre os seres humanos que possibilitava a vida em sociedade. Assim, concluiu que “os laços que prenderiam os indivíduos uns aos outros nas mais diferentes sociedades seriam dados pela solidariedade social, sem a qual não haveria uma vida social”, sendo que esta solidariedade poderia ser do tipo mecânica ou do tipo orgânica (CARDOSO, 2013, p. 137-136).

A solidariedade mecânica proposta por Durkheim esteve fortemente presente nas sociedades primitivas, especialmente porque nesse momento histórico as pessoas se uniam por meio das crenças e valores comuns, de modo que não havia a ideia de individualismo entre elas – o interesse coletivo sempre estava acima dos interesses pessoais. Apesar disso, com a modificação do panorama social, o qual cedeu espaço para o crescimento dos centros urbanos e do comércio, a solidariedade mecânica foi enfraquecida, porquanto o surgimento das primeiras legislações e das cidades deu ensejo às primitivas formas de individualismo (DURKHEIM, 1999).

²⁴ Sem dúvida, o principal expoente da sociologia foi Émile Durkheim. Contudo, é importante inferir que Max Weber (1864-1920) também dedicou boa parte de seus estudos a este ramo do conhecimento.

Consoante assevera Cardoso (2013), numa sociedade de solidariedade mecânica os indivíduos estão diretamente vinculados à sociedade, isto é, os sujeitos, enquanto seres sociais, direcionam o seu comportamento para onde aponta a consciência coletiva, deixando de lado seus interesses enquanto indivíduos. Nesse tipo de solidariedade, a maior parte da existência das pessoas é orientada pelos imperativos e proibições sociais provenientes da consciência coletiva.

Com efeito, quanto mais forte for a consciência coletiva, maior será a intensidade da solidariedade mecânica. “Aliás, para o indivíduo, seu desejo e sua vontade são o desejo e a vontade da coletividade do grupo, o que proporciona uma maior coesão e harmonia social” (CARDOSO, 2013, p. 137).

Na construção de sua teoria, Durkheim também demonstrou como são as características gerais das sociedades de solidariedade do tipo orgânica, a qual está atrelada, sobremaneira, à divisão do trabalho social. Mediante a divisão do trabalho social, ocasionado principalmente pelo desenvolvimento capitalista – produção em larga escala; ampliação dos meios de produção; necessidade de especialização das funções; etc. – é que as sociedades com solidariedade orgânica conseguem se desenvolver. Ademais, a solidariedade ora analisada somente consegue se firmar no caso de a solidariedade mecânica desaparecer (CARDOSO, 2013).

De acordo com os ensinamentos tecidos por Cardoso (2013), na solidariedade orgânica ocorre um enfraquecimento das reações coletivas contra a violação das proibições e, sobretudo, uma margem maior na interpretação individual dos imperativos sociais. Portanto, na solidariedade orgânica há um processo de individualização dos membros dessa sociedade, os quais passam a desempenhar funções específicas no âmbito da divisão do trabalho social. Cada pessoa afigura-se como uma peça de uma grande engrenagem, onde todos possuem uma função, sendo que é esta função a responsável por marcar o lugar das pessoas na sociedade. “A consciência coletiva tem seu poder de influência reduzido, criando-se condições de sociabilidade bem diferentes daquelas vistas na solidariedade mecânica, havendo espaço para o desenvolvimento de personalidades”. Nesse âmbito, as pessoas se unem não porque se sentem semelhantes ou porque existe consenso, mas porque são interdependentes dentro da esfera social (CARDOSO, 2013, p. 138).

Diante da análise dessas duas vertentes, é possível verificar que a solidariedade se afigura como um elemento de qualificação na relação entre pessoas, visto que traz consigo a noção de cooperação, ou seja, para que os seres humanos

tenham uma vida minimamente digna, todos são responsáveis pelo suprimento das necessidades individuais e, inclusive, das necessidades do próprio grupo social. De igual maneira, verifica-se que tal ideia está intimamente vinculada, também, à justiça distributiva, que visa à compensação de benefícios entre as classes sociais (SOARES, 2009).

Em face de tais apontamentos, é possível perceber o quanto a filosofia e a sociologia contribuíram para a construção da solidariedade. Contudo, é a partir do final do século XIX que a solidariedade passa a ser visualizada para além dos discursos filantrópicos, fraternos e de caridade, fundando-se na ideia de que há um aspecto jurídico nesse ideal (WESTPHAL, 2008).

De forma mais precisa, foi o solidarismo sociológico, criado a partir dos pensamentos de Émile Durkheim, que serviu de base para o desenvolvimento da teoria que compreende a solidariedade com um viés jurídico, a qual teve como precursor o jurista francês Léon Duguit e tinha como principal fundamento a função social da solidariedade²⁵. Desta feita, efetuados alguns apontamentos sobre as bases filosóficas e sociológicas da solidariedade, passa-se para o próximo subcapítulo deste trabalho, que estudará o aspecto jurídico deste instituto, compreendendo-o como dever de conduta por parte dos particulares.

2.3 O aspecto jurídico da solidariedade: um dever de conduta por parte dos particulares

Things, people, who never mattered before are
suddenly starting to matter²⁶
(Dexter Morgan)

Historicamente, o princípio constitucional da solidariedade não era carregado de normatividade, tampouco era considerado um princípio jurídico. A sua existência se concretizava no seio dos valores humanos, sendo que, na maioria das vezes, conforme visualizado no subcapítulo anterior, a solidariedade se assemelhava à fraternidade e à caridade, geralmente não engendrando nenhum tipo de obrigação ou direito (GORIA, 2008). Contudo, muitos autores afirmam que a origem da

²⁵ Insta referir que, além de Léon Duguit, Maurice Hauriou e Georges Gurvitch também trouxeram contribuições, no âmbito de suas teorias, para a ideia de solidariedade jurídica.

²⁶ Frase dita pelo personagem fictício Dexter Morgan, no episódio intitulado “An Inconvenient Lie”, da série televisiva americana Dexter. Tradução livre: “coisas, pessoas, que nunca importaram antes, de repente, passam a ter importância”.

solidariedade jurídica está, sim, vinculada à filosofia clássica – mais precisamente à literatura cristã – e à sociologia.

É justamente neste diapasão que se revela o escólio de Westphal (2008, p. 44): “apesar da origem jurídica do conceito, o sentido cristão tem forte influência desde os primórdios” no âmbito da solidariedade, pois é em seu seio que os sentimentos de unidade entre os seres humanos, independentemente de origem, nacionalidade e religião, são alentados.

Com as mudanças econômicas surgidas a partir da metade do século XIX, abriu-se espaço para o nascimento de um “novo mecanismo”, qual seja: a solidariedade social – muito imbricada à solidariedade jurídica. Segundo apontam as premissas deste ideal, a solidariedade não deve ser compreendida apenas como um dever exclusivo do Estado, mas como um dever que merece observância também por parte da sociedade civil. Dessa forma, é amplamente perceptível que a ideia de solidariedade está conectada à ideia de igualdade (ZOLL, 2007).

Não obstante as posições políticas sejam, na maioria dos casos, bastante diversas entre os autores – fruto da grande dimensão da solidariedade –, todos são unânimes ao afirmar que a igualdade se afigura como o momento constituinte do ideal solidarista, sendo que esse momento crucial se divide em dois principais sentidos: “a mútua condição de vida e de carência é a base para a solidariedade; objetivo da ação solidária é uma sociedade estruturada conforme o princípio da igualdade”. Assim, “a desigualdade social deve ser eliminada pela democratização. Trata-se, aí, tanto da igualdade material quanto da igualdade formal de todos os cidadãos, no que respeita a seus direitos, deveres e responsabilidades” (ZOLL, 2007, p. 72).

De acordo com as informações coletadas até o presente momento, quando a solidariedade ultrapassa a ideia de caridade e filantropia – sendo vista, também, como um direito/dever do Estado e da sociedade como um todo –, ela passa a estar presente na esfera jurídica. Além disso, ganha grande destaque quando é inserida na pauta de estudos do jurista francês Léon Duguit (1859-1928).

Consoante evidenciam os pensamentos tecidos pelo referenciado pensador, o direito está alicerçado na solidariedade social, visto que ela se afigura como um dos principais fatores capazes de unir os indivíduos. No entanto, para o aludido jurista a solidariedade não se trata de um sentimento ou de uma doutrina, mas de um importante componente da ordem social, o qual está suscetível à demonstração direta (DUGUIT, 2007). Neste passo, a essência do direito encontra respaldo na própria

sociedade, uma vez que o sistema jurídico seria composto por leis que visam o atendimento das necessidades sociais. É justamente por essa razão que Léon Duguit concede ao termo “direito” duas vertentes, quais sejam: o direito objetivo, que está fundamentado na ideia de valores éticos exigíveis pelos indivíduos que vivem em sociedade; e o direito subjetivo, o qual está baseado em um poder do indivíduo (DUGUIT, 2006).

Evidentemente, o pensador em análise não se filia à literatura jurídica que aponta a criação do Estado como fundamento para o surgimento do direito. Assim sendo, Léon Duguit traz à baila duas teorias: a teoria individualista e a teoria social. A primeira está assentada na ideia de que o indivíduo é detentor de direitos individuais, os quais, muito embora sejam limitados, devem ser respeitados por todos. Ainda que essa doutrina tenha sido responsável por limitar os poderes do Estado por meio do direito, é necessário ressaltar que, ao conceber o sujeito como um ser isolado, a doutrina individualista acaba fomentando a noção de que existe um direito absoluto (DUGUIT, 2006). Contudo, essa vertente não merece prosperar, uma vez que o direito, por ser produto da evolução humana e social, está em constante desenvolvimento.

No que diz respeito à teoria social, esta assevera que o direito deve ser analisado a partir da relação existente entre sociedade e indivíduo, sendo que, para esta concepção, o sujeito é visto como um ser social, ou seja, membro de uma comunidade e que se submete às regras componentes do meio em que vive. Nesta senda, Duguit (2006, p. 19-20) qualifica a doutrina em estudo como aquela “que fundamenta o direito no caráter social e nas obrigações sociais do indivíduo”, uma vez que são os fatos que fundamentam as legislações e os códigos.

Nesse diapasão, Duguit (2006, p. 15-17) sustenta que “o ser humano nasce integrando uma coletividade; vive sempre em sociedade e, assim sendo, só pode viver em sociedade”. Portanto, o fundamento do direito deve basear-se, sem dúvida, na pessoa comprometida com os vínculos da solidariedade social. “Não é razoável afirmar que os homens nascem livres e iguais em direitos, mas sim que nascem partícipes de uma coletividade”, estando sujeitos a todas as obrigações que dizem respeito à manutenção e ao desenvolvimento da vida coletiva (DUGUIT, 2006, p. 15-17).

Desta feita, de acordo com os ensinamentos de Duguit (2006, p. 22-23), o fator que mantém o grupo social unido é a “solidariedade social”. Porém, é de bom alvitre

assinalar que os laços que integram os seres humanos, na visão do pensador em voga, são frágeis, visto que, em virtude da imensa divisão de grupos sociais, os indivíduos acabam sendo solidários apenas com os integrantes pertencentes ao seu nicho. Diante de tal raciocínio, Léon Duguit, inspirando-se em Émile Durkheim, estabeleceu em suas obras uma clara distinção da solidariedade: a solidariedade por semelhança e a solidariedade por divisão do trabalho. A primeira diz respeito à solidariedade que emerge das necessidades comuns à satisfação da vida. Já a segunda, em virtude de os sujeitos possuírem anseios e aptidões diversas, eles dependem uns dos outros para efetuar a troca desses fatores. Entretanto, ambas as solidariedades ora expostas dependem do contexto social, sendo possível concluir que em toda sociedade haverá a presença de laços solidários, sejam eles por similitude, sejam em razão da divisão do trabalho.

Com o surgimento da solidariedade social, torna-se plausível apontar que ela se afigura como o fundamento do próprio Direito, visto que o indivíduo somente consegue viver em sociedade. Assim, uma regra de conduta impõe-se ao homem social pelas próprias contingências contextuais, sendo que esta regra pode ser traduzida na seguinte premissa: não pratique nada que possa atentar contra a solidariedade social sob qualquer de suas formas e, com isso, conseguirá realizar toda atividade propícia a desenvolvê-la organicamente (DUGUIT, 2006).

A partir de tais apontamentos, é possível perceber que o sujeito possui direitos em virtude de sua condição enquanto homem social, sendo que o mesmo necessita desses direitos para que assuma compromissos sociais. Dessa forma, a força cogente da lei não está vinculada apenas à vontade dos governantes, mas, também, à sua conformidade com a solidariedade social. Nesse âmbito, não há dúvidas de que o sujeito é um ser que depende da sociedade para viver e evoluir, tendo, quando nela inserido, uma função/dever a cumprir (DUGUIT, 2006).

Isto posto, para Duguit (2007), a pessoa se torna um ser social não somente devido ao fato de a natureza assim estabelecer, mas em razão de uma norma jurídica e social que exige que seu comportamento esteja pautado na colaboração para com a solidariedade. Em sendo os indivíduos partes integrantes de uma sociedade organizada, os mesmos não possuem apenas direitos, mas também deveres, de modo que o dever primordial do homem na sociedade se traduz no cumprimento de sua função social.

Inegavelmente, os contributos advindos das obras de Léon Duguit, mais especificamente os ensinamentos acerca da solidariedade social, são de extrema importância para compreender a solidariedade enquanto solidariedade jurídica, isto é, uma solidariedade capaz de engendrar uma obrigação/dever entre os seres humanos. Contudo, para que se possa dar continuidade ao presente trabalho de forma coesa, é imprescindível efetuar, também, uma análise conceitual e semântica do termo em questão, sendo que tal estudo possibilitará dar ainda mais subsídio à ideia de solidariedade como dever.

A origem etimológica mais remota acerca do termo solidariedade advém da palavra francesa *solidarité*, que tem origem no Direito Romano, cujo significado era *obligatio in solidum*. Nesta senda, conforme destaca Denny (2001), é possível perceber que o aludido termo é originário do campo jurídico, sendo que foi a compreensão de seu significado que mudou ao longo do tempo, pois, conforme brevemente salientado ao longo deste trabalho, a solidariedade já expressou outros significados para além do direito das obrigações (ZOLL, 2007).

Em virtude desse caráter polissêmico, a solidariedade pode ser representada, ainda, mediante as relações entre as comunidades. É justamente nesse sentido que se alicerça a proposta do comunitarismo, cuja ideologia afirma que a sociedade deve ser composta por indivíduos que se respeitam mutuamente – não como fins em si mesmos, mas com compromisso e efetividade em prol de todos. A ideia do comunitarismo contribui para o viés jurídico da solidariedade quando aponta para o seguinte horizonte: as pessoas têm direitos individuais inalienáveis; contudo, elas devem se corresponsabilizar em relação ao próximo (ETZIONI, 2001).

Temendo ocasionar restrições às potencialidades que a solidariedade carrega, as tentativas de defini-la taxativamente são, sobremaneira, arriscadas. No entanto, ainda que o referido princípio não seja a panaceia para todas as celeumas que atacam a política e o campo jurídico, o mesmo possui determinados traços elementares que possibilitam tecer, mesmo que de forma ampla, uma breve tradução: “a solidariedade implica interessar-se pelo que ocorreu com os outros e fazer algo por eles. Não se trata apenas de um sentir, mas especialmente, de um agir” – ou seja, as pessoas devem adotar uma postura ativa diante de certos fatos e acontecimentos da vida. “Trata-se de reconhecê-la como expressão da consciência de que não se está sozinho, que todos trilham o mesmo caminho e de que depende de cada um – e de todos – a consciência e a harmonia do caminhar” (OLIVEIRA, 2014, p. 16).

Consoante salientado no início deste subcapítulo, bem como em outras passagens ao longo desta pesquisa, a solidariedade, nos primórdios, traduzia-se na fraternidade e na caridade. Tais “sentimentos” foram responsáveis por dar origem a dois enfoques de análise da solidariedade, os quais são igualmente importantes para compreender a solidariedade jurídica: a solidariedade como valor moral e a solidariedade como valor ético. Relativamente à questão moral, a solidariedade é compreendida como generosidade, vinculando-se ao ideal de caridade (WESTPHAL, 2008). Concernente ao valor ético, o sentido está subjugado à solidariedade filosófica – cooperação com o próximo (PERLINGIERI, 2008).

No entanto, com o decorrer do tempo, mais precisamente no fim do século XIX, a semente plantada por Léon Duguit continuou a crescer e reforçou ainda mais a ideia de solidariedade para além da caridade e da fraternidade, ou seja, ela passa a ser analisada, muito em razão da relação existente entre indivíduo-sociedade-Estado, como um fio condutor indispensável à construção e concretização das políticas sociais (SILVA, 2007). Dessa forma, é pertinente dizer que a solidariedade desponta para o cenário jurídico quando da passagem do Estado Liberal para o Estado de Bem-Estar Social, pois é nesse momento em que são afloradas as preocupações relativas aos direitos sociais, de modo que a população passa a cobrar do Estado traços menos individualistas.

Indubitavelmente, o aspecto jurídico da solidariedade visa superar a primazia do individualismo típico do Estado Liberal, ou seja, um de seus principais objetivos consiste em reunir as pessoas sob a perspectiva do bem comum e, além disso, trazer a ideia de responsabilidade para com o próximo (REIS; KONRAD, 2015). O mais importante nessa viragem de rumo da solidariedade é compreender que ela não se trata de um dever positivo apenas por parte do Estado, mas, também, que enseja deveres recíprocos entre as pessoas, visto que os indivíduos não conseguem viver se não em sociedade (LÔBO, 2009).

De acordo com o raciocínio que vem sendo delineado, percebe-se que o discurso solidarista, quando alcança a seara jurídica, ganha ainda mais força e evidência em meio à sociedade. A partir dessa perspectiva, passa a ser exigida das instituições políticas e jurídicas uma posição mais ativa no que diz respeito à concretização desse princípio. Neste passo, sem margem para dúvida, é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada em 10 de dezembro de 1948, o

instrumento jurídico que afirmou e assentou a força normativa da solidariedade e de outros princípios, tais como a dignidade da pessoa humana, na era contemporânea.

Nascida no rescaldo da Segunda Guerra Mundial e com o propósito de salvar as gerações futuras da devastação gerada pelo conflito internacional, a Declaração de 1948, ao trazer uma visão mais atual acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, que se tornou o ponto de partida e o ponto de chegada das instituições contemporâneas, implicou, além da proibição do retrocesso social, uma maior atuação estatal e, sobremaneira, da sociedade civil. A partir de sua promulgação, a existência e o desenvolvimento com dignidade tornou-se um direito do ser humano, sendo que tal fator desencadeou um extenso sistema de solidariedade, pois, para que houvesse dignidade, era preciso haver, também, alguns mecanismos solidaristas, tais como o dever de cooperação, a responsabilidade social, o repúdio ao egoísmo e à indiferença, a conscientização do papel social do homem, e assim por diante (CARDOSO, 2013).

Para além de estabelecer a universalidade dos direitos humanos, a referida Declaração foi o documento responsável por afirmar o indivíduo para a sociedade. Por meio de sua reconhecida importância, promoveu a compreensão, a tolerância e a amizade entre as nações, sendo que tal fato modernizou o próprio conceito de democracia, que passou a ser social, participativa e pluralista. Inegavelmente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 representou “a grande tomada de consciência, a partir da qual toda a concepção contemporânea do direito está se desenvolvendo” (CARDOSO, 2013, p. 141-143).

Justamente devido a essas razões, diversas constituições surgidas após a Segunda Guerra Mundial passaram a reservar espaço à solidariedade em seus catálogos de garantias, concedendo, portanto, caráter hierárquico superior a este elemento jurídico. Neste passo, a solidariedade passa a estar ainda mais revestida pela carga normativa, especialmente em virtude dos fundamentos que embasam as teorias constitucionais da contemporaneidade, as quais conferem especial atenção à dignidade da pessoa humana, aos princípios jurídicos e aos direitos e garantias fundamentais.

Partindo para a análise da solidariedade no âmbito nacional, é evidente a influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. As diretrizes contidas nos direitos humanos acabam determinando a maneira que o Estado e a sociedade devem atuar, sendo que tal situação acarreta o fortalecimento da solidariedade. Contudo, já de antemão é

imperioso assinalar que a solidariedade é bastante recente no ordenamento jurídico constitucional brasileiro, uma vez que, até a promulgação da referida Constituição, nenhum dispositivo trazia em seu bojo a premissa solidarista.

Em face deste cenário, a primeira Constituição brasileira, outorgada em 25 de março de 1824 por Dom Pedro I, protegeu claramente apenas os direitos concernentes à liberdade, estando em consonância com os ideais liberais vigentes naquela época. No entanto, muito embora criada de forma autoritária e com aspectos consideravelmente conservadores, a referida Carta plantou, ainda que de forma singela, a semente que um século mais tarde daria ensejo aos direitos de segunda geração (GORCZEVSKI, 2009).

A segunda Constituição adotada pelo País foi promulgada durante a época do Brasil República, na data de 24 de fevereiro de 1891. Não obstante sua redação ter ampliado significativamente o rol de direitos fundamentais, ela não fez referência aos direitos sociais, tampouco à solidariedade. Assim sendo, não restam dúvidas de que o cenário dominante no Brasil quando do nascimento desta Constituição era o liberalismo clássico (GORCZEVSKI, 2009).

A Constituição de 16 de julho de 1934, por sua vez, mergulhada na marca getulista, garantiu diversos direitos sociais, sobretudo direitos de proteção ao trabalhador brasileiro. Quando do seu surgimento, o modelo de Estado estava em transição: o Estado Liberal cedia espaço ao Estado Social. Tal situação fez com que inúmeros direitos civis e políticos presentes nas Cartas Constitucionais anteriores permanecessem no bojo da Constituição de 1934, dando grande destaque à segunda dimensão de direitos²⁷ (GORCZEVSKI, 2009).

Entretanto, o referido cenário sofreu alteração quando Getúlio Vargas provocou um golpe de Estado e assumiu poderes ditatoriais. Ele revogou a Constituição de 1934, dissolveu o Congresso e, sem qualquer consulta prévia, outorgou a Constituição de 1937, datada de 10 de novembro. Com clara inspiração fascista, a nova Carta concentrou o poder nas mãos do chefe do Poder Executivo e reduziu a proteção relativa aos direitos fundamentais. A aludida situação somente veio a ser modificada no ano de 1946, com a promulgação de um novo texto constitucional (GORCZEVSKI, 2009).

²⁷ Essa Constituição sofreu três emendas em dezembro de 1935, as quais visavam reforçar a segurança do Estado e as atribuições do Poder Executivo. Foi a Carta que vigorou por menos tempo no Brasil: apenas três anos.

Neste passo, a Constituição de 18 de setembro de 1946 foi responsável por restabelecer e ampliar o rol de direitos fundamentais, contemplando os direitos de primeira e segunda dimensão. A referida Constituição perdurou até o ano de 1967, momento em que foram reduzidos, novamente, diversos direitos e garantias fundamentais, especialmente pelo fato de que o País estava passando, pela segunda vez, por um governo ditatorial, o qual era comandado por militares²⁸ (GORCZEVSKI, 2009).

O panorama ora apresentado somente começa a atingir mudanças exponenciais com a entrada em vigor da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cujo texto abarca três dimensões²⁹ de direitos fundamentais e, além disso, assinala expressamente quais seriam os objetivos fundamentais do Estado Brasileiro, os quais se tratam de “prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana” (SILVA, 1992, p. 81).

A premissa solidarista está inserida no rol de objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, estando presente, portanto, no artigo 3º, inciso I, da Constituição de 1988³⁰. Dessa forma, a solidariedade possui um duplo sentido, qual seja: por um lado se enquadra como um dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro, e, por outro, constitui um dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico³¹.

Neste âmbito, não há como negar que a solidariedade, além de ser um objetivo fundamental a ser cumprido no País, afigura-se como princípio constitucional, carregando consigo uma grande carga normativa. O comando constitucional da

²⁸ A Constituição de 1967 foi emendada por sucessiva expedição de Atos Institucionais, os quais funcionavam como mecanismos de legitimação e legalização das ações políticas dos militares. Tais atos concedia a eles poderes extra-constitucionais.

²⁹ Considerando que não há hierarquia ou grau de importância entre as referidas dimensões, alguns juristas preferem a utilização do vocábulo “dimensão” de direitos fundamentais ao invés da expressão “geração” de direitos fundamentais. Isso porque o termo “geração” poderia suscitar a ideia de que as gerações iriam ser substituídas ao longo do tempo. Além disso, muito embora neste trabalho sejam mencionadas apenas três dimensões de direitos, alguns pensadores jurídicos defendem a existência de cinco dimensões, de modo que os direitos de quarta dimensão seriam os direitos relativos à globalização e os direitos de quinta dimensão seriam aqueles concernentes à era digital.

³⁰ Artigo 3º: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária [...]” (BRASIL, 1988, www.planalto.gov.br).

³¹ Insta mencionar que a presença expressa da solidariedade na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é fruto de dois importantes acontecimentos: o primeiro, de ordem interna, deve-se ao fato de o país ter passado por um longo período ditatorial, no qual diversos direitos básicos dos indivíduos foram suprimidos; e o segundo, de ordem global, que diz respeito à evolução dos direitos fundamentais, os quais, após a Segunda Guerra Mundial, voltaram seu norte para o princípio da dignidade da pessoa humana.

solidariedade é, de fato, uma norma jurídica, estando irradiado por todo o ordenamento brasileiro – fruto da constitucionalização do direito privado –, seja de forma expressa ou implícita. Assim, para além do catálogo constitucional, o referido elemento jurídico desdobra-se em inúmeras variações, sendo constatado no âmbito do direito da criança e do adolescente, do direito de família, do direito administrativo, do direito previdenciário, do direito tributário, da responsabilidade civil e assim por diante³².

Sob esta perspectiva, Sarmiento (2006, p. 295) esclarece que, quando a Constituição estabelece como um dos objetivos fundamentais da República brasileira a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, ela não está apenas enunciando uma diretriz política despida de qualquer eficácia normativa. Pelo contrário, “ela expressa um princípio jurídico, que, apesar de sua abertura e indeterminação semântica, é dotado de algum grau de eficácia imediata e que pode atuar, no mínimo, como vetor interpretativo da ordem jurídica como um todo”.

É evidente que o princípio constitucional da solidariedade deve ser um dos principais pilares orientadores do sistema jurídico brasileiro. Aliás, a simples interpretação literal do artigo 3º, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 já seria suficiente para que se chegasse à conclusão de que a solidariedade é um preceito que deve guiar o sistema jurídico do País, seja na esfera pública, quanto na esfera privada (MORAES, 2008).

Neste mesmo sentido, o fenômeno da constitucionalização do direito privado, analisado no início dessa pesquisa, concede a força necessária para que as premissas constitucionais sejam, de fato, atendidas e aplicadas às normas infraconstitucionais, pouco importando sua ordem – pública ou privada. Assim, levando-se em consideração a força normativa da Constituição e a irradiação dos princípios e direitos fundamentais por todo o ordenamento jurídico infraconstitucional, o princípio constitucional da solidariedade pode – e deve – ser encarado como um vetor de interpretação para todas as condutas que são efetivadas sob sua égide (SARLET, 2012).

³² Muito embora o termo “solidariedade” conste, expressamente, apenas no inciso I do artigo 3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a solidariedade está incluída em todos os demais incisos, pois, para que sejam atingidos os objetivos constantes nesses dispositivos, é necessária a efetivação de uma sociedade livre do individualismo.

Ainda com relação à constitucionalização do direito privado, devido à superação do paradigma que preconiza a supremacia do interesse privado sobre o interesse público, bem como à aplicação da Constituição Federal no cerne das relações entre particulares, o princípio constitucional da solidariedade revela-se completamente oposto ao individualismo exacerbado, de modo que seu surgimento enaltece a primazia da coletividade (TEPEDINO, 2008).

Em face dos apontamentos construídos, é possível perceber que o princípio constitucional da solidariedade, ao romper com a ordem antiga – marcada pelo individualismo –, divisa uma ordem valorativa, na qual cada ser humano possui uma responsabilidade social no meio em que vive. Ademais, todos os direitos individuais, coletivos e difusos devem ser guiados por esse novo sistema, que tem como principal norteador a dignidade da pessoa humana (KUHN, 2011).

A solidariedade, enquanto princípio componente do ordenamento jurídico brasileiro, desencadeia diversas ações particulares, as quais, além de configurarem um dever, são capazes de tornar a sociedade um lugar mais equânime, permitindo a consecução da dignidade da pessoa humana.

É justamente nesse sentido que se revela o pensamento de Cardoso (2013, p. 134) quando o mesmo aborda o princípio constitucional da solidariedade: considerando que os princípios não estão presentes apenas nas coisas, mas sobretudo, nas ações humanas, “sua função é conduzir o comportamento do particular a um fim desejado, qual seja, de assumirem sua responsabilidade social, contribuindo para a consumação do estado de bem-estar social e democrático”.

Do mesmo modo, é importante salientar que, quando a solidariedade passa a fazer parte do ramo jurídico, indo além da caridade e da fraternidade, ela adentra em inúmeras dimensões, ou seja, deve ser efetivada em todas as facetas da vida social, e não apenas nos laços familiares e naqueles que formam grupos sociais mais próximos. Assim sendo, a solidariedade deve ser compreendida nas mais variadas esferas da vida social e pessoal: “em laços familiares e geracionais, na cidadania e na política social, na nação e na classe, bem como no Estado e nas relações econômicas” (DOMINGUES, 2002, p. 189).

Complementando esse raciocínio, Moraes (2008) afirma que a solidariedade, no âmbito da sociedade contemporânea – preocupada com a efetivação dos objetivos e princípios fundamentais do Estado brasileiro –, não pode ser considerada como o resultado de ações

erráticas e meramente morais, éticas ou caritativas. A solidariedade é um princípio constitucional e, por essa razão, possui, sim, carga jurídica.

Desta feita, não restam dúvidas que a solidariedade está revestida de normatividade e que engendra um dever entre os seres humanos. Contudo, de acordo com o entendimento de Moraes (2008), não basta a previsão normativa do princípio constitucional da solidariedade se sua aplicação prática revela-se ausente. Longe de representar apenas um programa de diretrizes políticas, o princípio em tela, além de trazer grandes inovações ao ordenamento jurídico, deve ser observado nos momentos de interpretação e aplicação do Direito, tanto pelos operadores, quanto por todos os membros que convivem em sociedade.

Por este motivo, quando observada no plano horizontal – relações entre os cidadãos –, a solidariedade não se refere apenas ao sentimento de preocupação com o próximo, mas sim ao agir humano, de modo que as ações dos indivíduos devem estar sempre voltadas para a concretização do bem-estar social coletivo. Isto é, é preciso que as pessoas norteiem suas atitudes colocando-se no lugar do próximo, pois o homem não é uma célula autônoma em meio ao contexto social em que vive.

Longe de ser uma imposição à liberdade individual, a solidariedade se trata de um princípio voltado para a concretização da dignidade da pessoa humana, a qual é atingida mediante a ponderação entre os valores da liberdade e da solidariedade. Assim, percebe-se uma clara contradição à lógica do individualismo e da competição desenfreada entre os seres humanos, abrindo-se margem para o enaltecimento da cooperação, da responsabilidade social e da justiça distributiva (REIS; KONRAD, 2015).

Portanto, o princípio constitucional da solidariedade deve ser o fio condutor de todas as ações individuais, as quais devem concentrar seu foco na coletividade – especialmente por afigurar-se como um dever jurídico constitucional. Ademais, a solidariedade, por se tratar de um direito/dever constitucional, revela-se um importante instrumento para as relações jurídicas e sociais, de modo que sua previsão normativa e sua aplicação direta no cerne das relações interprivadas representam uma nova visão para o Direito frente à concretização da dignidade da pessoa humana.

Efetuada a análise do fenômeno da constitucionalização do direito privado e o esclarecimento acerca dos aspectos históricos e conceituais da solidariedade – enfatizando seu viés jurídico e sua incidência nesta nova forma de interpretação do Direito –, no item seguinte atentar-se-á para o estudo do direito fundamental à vida e

seus desdobramentos no ordenamento jurídico brasileiro, tais como o marco inicial da vida humana e a necessidade de proteção a este bem jurídico constitucional por parte dos particulares.

3 O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA: ASPECTOS HISTÓRICOS E CONTEMPORÂNEOS

Desde que o homem se conhece como homem, o direito à vida o acompanha. Afinal de contas, como existir, como pensar, como querer se não houver vida? O fato de tal direito fundamental deter um peso abstrato grandioso perante à sociedade, muito em razão de funcionar como uma espécie de “pré-requisito” para o gozo de demais direitos e garantias, não é surpresa para ninguém. Contudo, quando se fala em direito à vida, automaticamente está se falando, também, sobre seu início. E tal questão é polêmica, bastante complexa – mas isso não quer dizer que não seja possível analisá-la e estabelecer uma resposta plausível.

Em virtude de tal celeuma, surge, igualmente, uma outra questão: se o direito à vida é essencial e universal aos seres humanos, a sua proteção e preservação deve ser ampla, especialmente por possuir umbilical conexão com a dignidade da pessoa humana. Neste passo, se a proteção e a preservação do direito à vida deve ser substancial, ela não pode ficar adstrita apenas ao âmbito estatal, devendo permear, também, todas as demais searas sociais, especialmente a privada, visto que a maioria das ameaças e agressões a direitos fundamentais surgem neste cenário.

Desta forma, além do estudo acerca do direito fundamental à vida, o qual perpassa por suas bases teóricas e, também, pelo momento em que, de fato, a vida começa, revela-se de vital importância analisar a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas e, inclusive, abordar todos os fatores que fundamentam a ideia de que o dever de proteção a tal direito não pertence somente ao Estado, mas, igualmente, às pessoas físicas.

É justamente em cima dessas questões que o presente capítulo irá se debruçar. Assim, primeiramente será trabalhada a proteção concedida ao direito fundamental à vida por parte do ordenamento jurídico brasileiro. Posteriormente, adentrar-se-á na análise acerca do início da vida humana, elencando-se, para tanto, as diversas teorias construídas pela Medicina e pela Biologia. Por fim, será abordado o dever de proteção por parte dos particulares frente a esse fundamental bem jurídico constitucional.

3.1 O direito à vida no ordenamento jurídico brasileiro

A vida tem prioridade sobre todas as coisas, uma vez que a dinâmica do mundo nela se contém e sem ela nada terá sentido (DINIZ, 2001, p. 40)

Com a intenção de iniciar o estudo acerca do direito à vida, é imperioso enfatizar que tal direito figurou já nas primeiras Cartas e Declarações de Direitos modernas e, também, em inúmeros outros documentos legais, evidenciando, assim, a preciosidade que tal bem jurídico detém. Em decorrência de seus modos de afirmação, o direito à vida é exposto pela literatura jurídica como um direito de primeira dimensão, ou seja, está ao lado das liberdades, da segurança individual e da propriedade³³ (SARLET, 2012).

Contudo, não obstante o estudo de seu tratamento contemporâneo seja de grande valia para o presente trabalho, não há como deixar de efetuar alguns apontamentos históricos, visto que os mesmos também têm influência sob o rumo que o direito à vida tomou no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro atual.

Dito isso, como forma de apontar que o direito à vida já detinha proteção nas primeiras Cartas e Declarações de Direitos, traz-se a lume os seguintes documentos legais: a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia de 1776 e a Declaração de Direitos da Constituição dos Estados Unidos da América de 1791 – conhecida, também, como *Bill of Rights*. O artigo 1º da Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia afirma que “todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, por nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida [...]”. Por sua vez, a *Bill of Rights* trouxe em seu artigo V a seguinte previsão: “ninguém poderá [...] ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal³⁴”.

³³ Apenas para fins de esclarecimento, a primeira dimensão de direitos fundamentais surge juntamente com os ideais iluministas e encontra grande respaldo no princípio da liberdade. Conforme leciona Gorczewski (2009), os direitos fundamentais de primeira dimensão, que são visivelmente individualistas, tratam-se de uma oposição à ação do Estado, o qual possui a obrigação de não realizar atos que possam representar violação a essas garantias.

³⁴ Neste momento, impende fazer uma breve ressalva: ainda que alguns estudiosos não concordem com esta perspectiva – acreditam que, muito em razão da permissão da pena de morte, o direito à vida somente tornou-se relevante após a Segunda Guerra Mundial – é inegável que as primeiras declarações de direitos já se preocupavam com esse direito e faziam questão de demonstrar sua importância.

No que diz respeito à previsão do direito à vida no corpo das constituições vigentes e das declarações e pactos internacionais contemporâneos - que surgiram após a Segunda Guerra Mundial –, pode-se afirmar que o referido direito ganhou um grandioso fortalecimento jurídico-moral, especialmente devido aos nefastos acontecimentos que assolaram o século XX, como o holocausto. Em virtude desses fatos, a proteção e a valorização da vida tornaram-se ainda mais proeminentes, de modo que este direito passa a assumir uma relevância ímpar no seio das sociedades políticas ocidentais (ARENDR, 2004).

Desta feita, relativamente aos Tratados e Convenções contemporâneas que protegem a vida, convém destacar: a Declaração Universal dos Direitos Humanos; o Pacto Internacional dos Direitos Políticos; a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto San José da Costa Rica – e, ainda, a Convenção que trata sobre os Direitos da Criança.

Para dar início à análise do direito à vida no âmbito desses diplomas, traz-se à colação o artigo 3º da Declaração Universal dos Direitos Humanos – assinada pelo Brasil no mesmo ano de sua promulgação: 1948 –, o qual, ressaltando a importância do direito em questão, aduz que todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal. Indo ainda mais além, a Declaração em tela afirma em seu artigo 1º que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos [...]”. Neste passo, se o presente diploma estabelece que todos os homens nascem livres e iguais em direitos e em dignidade, é porque, para nascer com tais garantias, impõe-se que, primeiramente, eles possam simplesmente nascer (ALMEIDA; MACHADO, 2015).

Nesse diapasão, a sentença “livres e iguais em dignidade e direitos” somente possui sentido se for tutelado o direito ao nascimento, isto é, se for garantido o direito de nascer. Em outras palavras, “de nada adianta assegurar que ‘todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos’, se não se garante, anteriormente, o direito ao nascimento” (ALMEIDA; MACHADO, 2015, p. 167). Assim, não há dúvida de que o direito à vida encontra íntima relação com o direito de nascer, de modo que para que seja assegurado aquele, este deverá estar, igualmente, sob proteção.

Em seu turno, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos – aprovado em 16 de dezembro de 1966 e ratificado pelo Brasil no dia 24 de janeiro de 1992³⁵ –

³⁵ Decreto número 592, de 06 de julho de 1992.

aponta em seu artigo 6º que o direito à vida é inerente à pessoa humana, sendo que ele deverá ser protegido pela lei e ninguém poderá ser arbitrariamente privado dele.

Dando continuidade, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, habitualmente conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, também amparou o direito à vida, porquanto estabeleceu em seu artigo 4º, inciso I, que toda a pessoa tem o direito de ter a vida respeitada, sendo que tal bem jurídico deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ademais, o aludido dispositivo impõe que nenhum indivíduo pode ser privado da vida de forma arbitrária³⁶.

Por fim, mas não menos importante, traz-se à colação o artigo 6º, inciso I, da Convenção que trata sobre os Direitos da Criança, a qual foi adotada, no ano de 1989, pela Resolução nº XLIV da Assembleia Geral das Nações Unidas e ratificada pelo Brasil em 14 de setembro de 1990: “os Estados-partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida”.

São, portanto, inegáveis as contribuições trazidas por tais documentos no que diz respeito à proteção do direito à vida, sendo que tais previsões legais, além de enaltecerem a importância deste bem jurídico para a sociedade, desencadearam diversas repercussões positivas no âmbito das constituições federais promulgadas mundo afora, as quais, em sua grande maioria, concederam ao direito à vida o amparo que ele tanto necessita e merece.

Em face desse contexto, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não permaneceu silente quanto à proteção deste bem jurídico, haja vista que estabeleceu no *caput* de seu artigo 5º, de forma expressa, a sua inviolabilidade: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade³⁷ [...]” (BRASIL, 1988). Assim, em virtude deste amparo, o direito à vida é elevado a um *status* constitucional, caracterizando-se, portanto, como um direito fundamental inerente a todos os cidadãos brasileiros e, igualmente, aos estrangeiros residentes no Brasil.

³⁶ Muito embora a referida Convenção tenha sido promulgada em 1969, apenas em 25 de setembro de 1992 que o Brasil a ratificou.

³⁷ Cumpre destacar que as Constituições brasileiras de 1824 e de 1891 não fizeram menção expressa ao direito à vida, embora a última tenha abolido a pena de morte em épocas de paz. No mesmo sentido pregado pela Constituição de 1891, se manteve a Carta de 1934. Com relação à constituinte de 1937, esta, além de não trazer expressa proteção ao direito à vida, alargou as hipóteses de instituição de pena de morte em tempos de paz. A Constituição de 1946 foi a primeira a positivizar o direito à vida, sendo que sua redação foi reproduzida na Carta de 1967.

Vale mencionar, também, outras duas passagens em que a Constituição de 1988 cita e protege o direito à vida: o artigo 227, que estabelece que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida [...]”; e o artigo 230, o qual preceitua que “a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida³⁸” (BRASIL, 1988).

Consoante o escólio de Canotilho (2000), o direito à vida é o primeiro dos direitos naturais e, por estar intrinsecamente vinculado à própria natureza humana, o seu caráter é inviolável e universal. Desta forma, o direito em questão existe pela simples condição de ser humano, sendo que o mesmo não é outorgado pelo Estado, tampouco por qualquer outra pessoa. Resta evidente, portanto, que “todos devem respeitar e perpetuar este direito” (SANTOS, 2015, p. 178).

Por falar em caráter inviolável, tal aspecto diz respeito ao fato de que o direito à vida se afigura como uma condição básica e indispensável para manutenção de todos os demais direitos fundamentais inerentes aos seres humanos, sendo que é para este horizonte que caminha o pensamento de Silva (1992, p. 182): “de nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos”.

Não por outra razão, o direito à vida e o bem por ele tutelado possuem um caráter instrumental *sui generis*, isto é, a própria titularidade dos demais direitos fundamentais depende destes dois elementos. Deste modo, se a vida e o direito à vida perecerem, ausente estará a possibilidade de concretização dos outros direitos fundamentais previstos em lei (MARTEL, 2010).

É justamente nesse sentido que se alicerça o entendimento de Moraes (2004, p. 65-66), o qual preceitua que o direito à vida “é o mais fundamental de todos os direitos, já que constitui em pré-requisito à efetiva existência e exercício de todos os demais direitos”. Em face de tal afirmação, não há como negar que a vida é o

³⁸ Insta mencionar, também, uma importante previsão infraconstitucional, a qual está disposta no artigo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente: “a criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. Observe-se que o legislador garantiu até mesmo o próprio nascimento, objetivando, assim, assegurar o direito à vida das crianças e dos adolescentes (BRASIL, 1990).

instrumento que embasa a realização de outras garantias, se afigurando como “o bem que dá ensejo para o gozo de outros bens, de mais direitos” (SANTOS, 2015, p. 179).

Observe-se, portanto, que não são protegidos apenas os direitos concernentes à vida, tais como o nome, a liberdade, a intimidade, e a igualdade. A própria vida é protegida, aqui considerada em sua mais pura essência. Tal situação ocorre devido ao fato de que se não for assegurado o direito à vida, corre-se o risco de esvaziamento do sentido existencial da própria vida e, por consequência, estar-se-á colocando em risco a “sobrevivência” de todos os demais direitos relativos à vida humana (ALMEIDA; MACHADO, 2015). “Somente a pessoa viva, em sua realidade radical, pode ter outros direitos, já que nenhum outro direito pode ser exercido por cadáveres” (SANTOS, 2015, p. 180).

Neste âmago, revela-se fácil perceber que o direito em pauta é assim compreendido devido a um simples fator: “morta, a pessoa deixa de ter o substrato necessário para a capacidade de possuir direitos, como resulta com hialina clareza”. Dessa forma, “é de ser considerado que o direito à vida não admite nenhum outro cariz. Ou a vida é vivida, ou não. Neste último caso, a perda é total, definitiva, irreversível (SANTOS, 2015, p. 179).

Assim, de acordo com os apontamentos que vêm sendo desenvolvidos, não há dúvida de que o direito à vida se identifica com a simples existência biológica dos seres humanos e, por dizer respeito a um bem fundamental e que dá azo para o usufruto das demais garantias, se afigura como um direito essencialíssimo às pessoas. Trata-se de um direito inato, ou seja, adquirido pelo homem pelo simples fato de ele ser um ser humano e, por esse motivo, é intransmissível, irrenunciável e indisponível (CUPIS, 1961).

Na esteira deste cenário, é importante ressaltar que a vida, além de se caracterizar como um direito, também demanda deveres. Nesse sentido se revela, novamente, o artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o qual impõe que todos os homens devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade³⁹.

Santos (2015), corroborando tais aportes, demonstra que o conteúdo do direito à vida está umbilicalmente vinculado a quatro deveres: o dever negativo, de não violar o direito à vida, utilizando-se de condutas positivas; o dever, também negativo, que

³⁹ Artigo 1º: “todos os homens 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.

obriga a não impedir o pleno desenvolvimento da vida, em quaisquer de suas manifestações, deixando fazer livremente ao titular dela; c) o dever positivo de manter a vida alheia; e o dever de informar – o médico ou estabelecimento hospitalar –, ao enfermo, de todas as consequências relativas ao tratamento, bem como à aplicação de medicamentos, tenha ele caráter experimental ou não.

Conferindo ainda mais embasamento à ideia de direito à vida como dever, Mori (1997, p. 71) afirma que “o direito à vida impõe aos outros o dever correlativo de não matar, mas também o dever de ajudar a viver quando o outro não tem a capacidade de fazê-lo autonomamente”. Em outros termos, não basta o indivíduo abster-se de não tirar a vida do próximo, é preciso que ele tenha a consciência que, quando a vida de outrem estiver em risco, também é seu dever agir para que a mesma não venha a ser ceifada.

Desta forma, percebe-se que o direito à vida é um direito fundamental especialíssimo e extremamente delicado, sendo que o mesmo é, além de tudo, um direito ubíquo, ou seja, perpassa por todos os ramos do direito e, assim sendo, demanda ampla proteção, tanto por parte do Estado, como por parte dos próprios particulares⁴⁰. Evidentemente, por ser um direito muito valioso, facilmente são encontradas referências sobre ele ser o primeiro e o mais importante dos direitos fundamentais e, assim sendo, o mesmo adquire um peso abstrato bastante elevado (BULOS, 2009).

Falando-se em proteção, cumpre destacar, ainda, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e, também, a dimensão subjetiva⁴¹. Visto que o direito à vida é um direito fundamental, nada mais justo do que elucidar tal assunto. Originalmente, conforme já brevemente mencionado no primeiro capítulo desta pesquisa, os direitos fundamentais, em virtude da superação do Estado Absolutista e do surgimento do Estado Liberal, possuíam cunho eminentemente individualista e eram oponíveis ao Estado. Neste contexto, tais direitos eram concebidos apenas como direitos subjetivos. Porém, com a evolução do conteúdo dos direitos fundamentais e da própria concepção de Estado, foi reconhecida a força normativa da Constituição e, juntamente com ela, a necessidade de efetivação das normas constitucionais. Frente a isto, ao

⁴⁰ Insta referir que o presente assunto – dever de proteção dos particulares frente ao direito à vida – será estudado com mais profundidade no subcapítulo 3.3 desta dissertação.

⁴¹ A dimensão subjetiva e objetiva será estudada com mais afinco, igualmente, no item 3.3 da pesquisa. Nesse momento, apenas faz-se uma breve explanação no sentido de melhor elucidar o que está sendo abordado.

lado da dimensão subjetiva, surge uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais (AZEVEDO; SILVA, 2015).

Segundo apontam Azevedo e Silva (2015), a dimensão objetiva dos direitos fundamentais tem como escopo principal promover a efetividade destes direitos, que são entendidos como os mais básicos e necessários para que o ser humano viva e tenha condições de se desenvolver de maneira digna. Por esta razão, os mesmos devem ser garantidos a todos.

Em face de tais aportes, verifica-se que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais exige do Estado um comportamento positivo, ou seja, o aparelho estatal deve promover e proteger esses direitos, sendo que tal situação os coloca em uma posição privilegiada perante o ordenamento jurídico, qual seja: no topo de seu sistema valorativo e de fundamento material (DUQUE, 2014).

Neste passo, é amplamente plausível concluir que a dimensão objetiva do direito à vida resulta na seguinte premissa: o indivíduo tem o direito perante o Estado de não ser morto por este e, em contrapartida, o Estado tem a obrigação de se abster de atentar contra a vida do indivíduo. Ademais, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais estabelece que o Estado, além de não assacar contra a vida de seus cidadãos, deve promover tal direito e protegê-lo de toda e qualquer ameaça⁴² (CANOTILHO, 2000).

Complementando a dimensão objetiva do direito à vida, é possível trazer a lume, também, a sua dimensão subjetiva. Mas a que se refere essa dimensão? Nesse âmbito, os direitos fundamentais se constituem em fonte de direitos subjetivos para o particular, oponíveis contra o Estado, ou seja, “esses direitos podem ser compreendidos, portanto, como direitos de defesa do cidadão contra o Estado, os quais tornam possível ao particular defender-se contra intervenções não autorizadas” que eventualmente possam ser praticadas pelos poderes públicos (DUQUE, 2014, p. 121).

Consoante dispõe Martel (2010, p. 313), existem pelo menos duas interpretações acerca da dimensão subjetiva do direito à vida, quais sejam: uma interpretação negativa e uma interpretação positiva. Na primeira, inclui-se no direito à

⁴² A referida ideia, segundo a qual o Estado, além de não violar os direitos fundamentais, tem o dever de promover estes direitos e de impedir as ameaças e agressões dos direitos fundamentais por parte de particulares, é conhecida como a teoria dos deveres de proteção. Assim, para melhor organização do trabalho, salienta-se que a mesma será estudada com mais profundidade no subcapítulo 3.3 desta pesquisa.

vida apenas as posições que impõem o dever de não matar – vinculado, também, ao direito estrito de não ser morto. Já na segunda interpretação, além das posições reconhecidas pela primeira, existem mecanismos que impõem aos seres humanos deveres de salvar aqueles que tiverem sob a iminência da morte e, também, de não os abandonar diante desta situação.

Sob essa perspectiva pode-se afirmar que, “como bem supremo, o direito à vida só pode ceder em seu exercício absoluto, quando estiver diante de outros direitos ou outras liberdades” (SANTOS, 2015, p. 179). Se o direito à vida, em sua dimensão subjetiva, fosse absoluto, ou seja, prevalecesse sempre, não haveria como justificar a política brasileira de transplantes de órgãos, porquanto ela situa a escolha do indivíduo e de sua família acima do direito à vida daquelas pessoas que carecem de órgãos. Dessa forma, é imprescindível ressaltar que a dimensão subjetiva do direito à vida não é absoluta, sendo que, em determinados casos específicos, o aludido direito poderá sofrer restrições (MARTEL, 2010).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 menciona, de forma expressa, pelo menos uma restrição ao direito à vida no âmbito brasileiro, pois permite a instituição da pena de morte nos casos de guerra declarada⁴³. Ainda, em enunciados normativos infraconstitucionais, verifica-se a admissão de intervenção ao direito à vida – aqui especialmente em suas posições subjetivas –, visto que o ordenamento aceita as hipóteses de legítima defesa, de estado de necessidade, de estrito cumprimento do dever legal e, ainda, de exercício regular de direito – obviamente, quando cumpridos todos os seus requisitos legais⁴⁴.

Contudo, admitir tais restrições não significa igualar o direito à vida a todo e qualquer direito fundamental, porquanto o direito em tela necessita de muito cuidado, principalmente pelo fato de ele proteger um bem especial e diferenciado (MARTEL, 2010). Logo, “o direito à vida precisa de muito zelo e de muita cautela quando se trata de discutir o enfraquecimento de sua força jurídica e moral” (MARTEL, 2010, p. 308-

⁴³ Artigo 5º, XLVII, “a”: “não haverá penas: de morte, salvo em caso de guerra declarada [...]” (BRASIL, 1988, www.planalto.gov.br).

⁴⁴ Artigo 23: “não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”. Contudo, em qualquer dessas hipóteses, caso houver excesso no ato, seja de forma dolosa ou culposa, o agente responderá por ele (BRASIL, 1940, www.planalto.gov.br).

309), sendo que “qualquer desprezo pela vida humana e pelo direito que a protege, mesmo nas circunstâncias mais adversas, é suspeito⁴⁵” (MARTEL, 2010, p. 310).

Dessa maneira, auferese-se que o direito à vida, ainda que não seja um direito absoluto, possui um peso abstrato mais elevado, que o insere em uma posição preferencial na cultura de direitos das sociedades políticas ocidentais, sendo que o mesmo, no âmbito brasileiro, consoante já referido, detém caráter constitucional. Além disso, é indubitável a proteção que esse direito demanda, uma vez que, excetuados os casos muito específicos, a ninguém é dado o direito de ceifar a vida de outrem.

Nesse sentido revela-se o entendimento primado por Chaves (1994, p. 25), o qual aduz que cada pessoa constitui “senão um elo dessa imensa corrente fluida que é a vida e que, por isso mesmo não temos o direito de interrompê-la [...]. Em face de tal argumento, é plausível dizer que ninguém possui o direito de tirar a vida de outra pessoa, sendo que, quem o assim fizer, estará incorrendo em crime⁴⁶”.

Mesmo que o direito à vida não estivesse coberto pelo manto protetor da Magna Carta de 1988, a ninguém seria assegurado o direito de dispor da vida de outrem, tendo em vista que tal garantia estaria implícita no sistema que consagra os direitos naturais, especialmente por estes decorrerem da natureza humana (DINIZ, 2001).

Dallari (1983, p. 23-24), também se filia a esse entendimento, uma vez que, ao se referir à proteção concedida ao direito à vida, afirma o seguinte: “mas ainda que não houvesse na Constituição aqueles dispositivos, o direito à vida estaria implícito, pois sem ele, nem o Estado, nem a sociedade humana sobrevivem”.

Se a vida, assim, é o “primeiro” direito do homem, não é plausível permitir que os seres humanos assaquem contra a vida de seus semelhantes, tampouco que comprometam a sua existência física. É por essa razão que a proteção “efetiva” ao

⁴⁵ O aborto no Brasil não configura crime apenas em três hipóteses, a saber: quando há risco à vida da mãe devido à gestação; quando a gravidez for produto de estupro; e quando o feto for anencéfalo. Contudo, na presente dissertação, ainda que nenhum direito seja absoluto, compreende-se que o direito à vida não deveria ser relativizado, especialmente por se tratar de um direito muito valioso, essencial e frágil – conforme demonstrado na pesquisa. Dessa forma, quando se fala que o particular, diante de uma declaração de interrupção da gravidez por parte da gestante, deve agir no sentido de evitar a perda das vidas, está se referindo a todo e qualquer tipo de hipótese, seja um caso de abortamento permitido ou não pela lei, pois entende-se que em todos os casos de aborto – até mesmo naqueles em que houver permissão da lei – há atentado contra a vida. O único caso que talvez não ensinaria a responsabilização civil seria o seguinte: quando há risco à vida da mãe, pois nessa hipótese o direito à vida da mãe estaria em colisão com o direito à vida do feto. No entanto, apenas o caso concreto é que estará apto a resolver tal questionamento.

⁴⁶ Excetuadas as hipóteses, conforme acima mencionado, em que o ordenamento jurídico expressamente constitui como escusável o ato de matar – devendo ser respeitados, para tanto, todos os seus requisitos.

direito à vida se apresenta “em forma de punições a quem quer que atente contra a vida de outra pessoa, como no caso de homicídio simples, homicídio qualificado, induzimento ou auxílio ao suicídio, infanticídio e aborto” (BAÚ, 2003, p. 113). Além disso, se a vida é um bem jurídico de tal grandeza, nada mais justo que a mesma seja protegida contra as atitudes e ideias que preconizam “[...] a legalização do aborto, a pena de morte e a guerra [...]” (DINIZ, 2001, p. 22-24).

Diante de tais aportes, faz-se oportuno trazer à baila uma citação efetuada por Silva (1992) acerca do direito à existência, o qual, inegavelmente, está imbricado no direito à vida: o direito à existência consiste no direito de estar vivo, de lutar por este viver e, também, de defender a sua própria vida e de permanecer vivo. “É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável. Existir é o movimento espontâneo contrário ao estado de morte” (SILVA, 1992, p. 201).

Assim, com base no horizonte que vem sendo delineado na presente pesquisa, não restam dúvidas de que “cada um, seja a minha vida, a de Pedro ou de João, é um sujeito único, irrepetível e distinto”. Em suma, é uma pessoa. Embora todos sejam “homens e em toda a espécie humana esteja presente como forma humana, cada um é uma pessoa humana porque existe como um todo incomunicável na natureza racional do homem” (SANTOS, 2015, p. 177).

Todos os seres humanos, sem qualquer exceção, devem ser respeitados naquilo que possuem de maior valor: a vida – que está umbilicalmente vinculada à dignidade humana. Indiscutível é, portanto, a especial proteção conferida a esse elemento no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que o mesmo se caracteriza como um princípio matriz informador de toda a ordem pátria. Neste passo, a proteção do direito à vida deve se coadunar com a importância concedida à dignidade da pessoa humana, ou seja, deve ser ampla e compreender não somente atitudes por parte do Estado, mas, igualmente, por parte dos particulares. Aliás, se o direito à vida dá ensejo aos demais direitos – inclusive a dignidade da pessoa humana – é lógico que o mesmo deve ter uma ampla proteção perante todas as searas da vida cotidiana.

Não por outra razão, foram arrazoados durante a consecução deste subcapítulo inúmeros apontamentos que confirmam a necessidade desse amparo. No entanto, diversos autores vão ainda mais além. Maria Helena Diniz, por exemplo, aduz que a vida demanda proteção desde a concepção: a Constituição de 1988, conforme visto especificamente no artigo 5º, assegura a inviolabilidade do direito à vida, ou seja, a integralidade existencial. Por conseguinte, a “vida é um bem jurídico tutelado como

direito fundamental básico desde a concepção, momento específico, comprovado cientificamente, da formação da pessoa” (DINIZ, 2001, p. 22-24).

Moraes (2004, p. 65-66) também caminha nesta direção, haja vista que é o autor da seguinte afirmação: “a Constituição Federal, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive a uterina”. Baú (2003, p. 113), partilhando do mesmo entendimento, destaca que “a vida é protegida juridicamente em seus vários estágios – na concepção, na infância, na adolescência e na senectude⁴⁷”.

Tais apontamentos, propositalmente, foram trazidos ao final deste subcapítulo como forma de corroborar tudo o que vinha sendo afirmado acerca do direito à vida. O direito à vida é frágil; é especial; e, acima de tudo, essencial ao homem. Por ser possuidor de tais características, nada mais justo que sua proteção seja amplamente reconhecida e promovida. Desta feita, tal amparo, sem margem para qualquer questionamento, deve se fazer presente desde o primeiro segundo em que a vida estiver habitando o corpo humano.

Entretanto, quando abordado o direito à vida e a sua proteção, automaticamente surge a seguinte e inevitável pergunta: quando começa a vida humana? Nesse sentido, a fim de dar melhor embasamento para o trabalho, revela-se necessária a análise acerca desta polêmica, a qual será abordada no próximo item dessa pesquisa.

3.2 O marco inicial da vida: as diversas teorias

Seria ilusão sustentar a crença em uma futura humanidade mais humana,
que dê alto valor à dignidade de todos os seres humanos,
nascidos ou por nascer? (DINIZ, 2001, p. 106)

Desde que o homem se conhece como homem, as questões relativas ao início da vida humana o acompanham. Qual o momento em que ela inicia? A partir de que instante há vida humana? Esses e outros questionamentos têm sido objeto de análise pelos mais diversos campos do conhecimento – desde a religião, até a ciência –, de modo que as teorias que se propõem a delimitar o marco inicial da vida humana são inúmeras e levam em consideração diferentes fases do desenvolvimento humano.

⁴⁷ Cabe mencionar, novamente, que o disposto no artigo 4º, inciso I da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 – Pacto San José da Costa Rica – também amparou o direito à vida desde o momento da concepção: “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção”.

Neste âmbito, as indagações sobre o princípio da vida humana, ao contrário do que se pensa, ocorrem desde a antiguidade e, consoante assevera Goldim (2007, www.bioetica.ufrgs.br), o “estabelecimento de critérios biológicos - início da vida de um ser humano - ou filosóficos - início da vida de uma pessoa - ou ainda, legais, é uma discussão difícil, mas por isso mesmo desafiadora”. A problemática existe porque “a vida está em constante transformação e movimento, organizando-se através de ciclos interligados. Isso significa que [...] tudo é processo” (BERGESCH, 2010, p. 78).

Cada dia dispensado na Terra pode ser considerado um crescimento. Voltar o olhar para o passado mostra claramente o quanto o homem evoluiu e, por conseguinte, o quanto a sociedade se desenvolveu. Incontáveis são as teorias e os estudos que se propõem a verificar qual o marco inicial da vida humana, sendo que, a cada instante, muito em razão do avanço tecnológico, pode surgir uma nova resposta para a pergunta em voga. Contudo, ainda que elas se utilizem de fatores e parâmetros diversos, todas possuem um objetivo em comum: tentar encontrar o momento a partir do qual um indivíduo pode ser considerado um ser humano; uma pessoa; um sujeito de direitos.

Dessa forma, antes de adentrar na análise das teses que se propõem a estabelecer o momento em que a vida humana inicia, serão abordadas as fases do desenvolvimento humano, bem como esclarecidos alguns fatores acerca do embrião e do feto, buscando-se, para tanto, recursos junto à Biologia e à Medicina. Posteriormente, com base nas informações constatadas, serão descritas as teorias relativas à ciência e, em seguida, far-se-á um balanço acerca de como a matéria é tratada no âmbito jurídico brasileiro.

O desenvolvimento humano começa com a fertilização – também podendo ser chamada de fecundação/concepção –, que é o processo pelo qual um gameta masculino – espermatozoide – se une a um gameta feminino – ovócito – para formar uma célula, qual seja: o zigoto. Visível a olho nu, o zigoto, que é um organismo unicelular, é composto por cromossomos e genes – unidades de informação genética – provenientes da mãe e do pai, sendo que sua constante divisão dá ensejo a um ser humano multicelular (MOORE; PERSAUD, 1998).

A partir da fertilização, segue-se a clivagem – ou segmentação –, a qual consiste em inúmeras e repetidas divisões do zigoto, o que resulta em um rápido aumento no número de células. “Estas células – os blastômeros – tornam-se menores

a cada divisão de clivagem⁴⁸ (MOORE, PERSAUD, 1998, p. 40). Primeiro, o zigoto se divide em dois blastômeros; a seguir, tais células se dividem em quatro blastômeros, em oito blastômeros, e assim por diante⁴⁹ (MOORE, PERSAUD, 1998).

Importante referir que os blastômeros são células não especializadas que, no momento da evolução embrionária, irão compor as diversas etapas que fazem parte do desenvolvimento humano (MOORE, PERSAUD, 1998). Ademais, cabe trazer à colação uma importante frase dita pelos médicos Keith Leon Moore e Vid Persaud, a qual é de grande valia para esta pesquisa: “o zigoto é o primórdio do ser humano” (MOORE; PERSAUD, 1998, p. 40).

Desta feita, nesta primeira parte da evolução humana, conforme lembra o médico Alberto Ribeiro de Almeida, “o mais incrível é observar como essas células pulsam revelando a vida pujante que lhes assinala em ritmo frenético. [...] Desde o ser unicelular – o zigoto –, depois o pluricelular [...], até o ser humano⁵⁰” (ALMEIDA; MACHADO, 2015, p. 25-26).

Ultrapassada a fase inicial, tem-se a segunda semana do desenvolvimento humano, a qual diz respeito à formação da blástula e à implantação do blastocisto. Consoante apontam Almeida e Machado (2015), a blástula é o estágio de desenvolvimento embrionário em que, após sucessivas clivagens, centenas de células da mórula reorganizam-se e formam uma espécie de bola, a qual possui uma cavidade central repleta de líquido e é denominada blastoderme⁵¹.

Nessa segunda fase, o zigoto vai sendo transportado pelo corpo humano, passando pela tromba e chegando ao útero. Dessa forma, o referido órgão se prepara para receber o ser concebido mediante o aumento da camada que o reveste – endométrio –, sendo que o mesmo funcionará como um solo fértil para dar continuidade ao processo do desenvolvimento humano (ALMEIDA; MACHADO, 2015).

Conforme aduzem Almeida e Machado (2015), não há como precisar com certeza quanto tempo o zigoto leva para atravessar a trompa. Contudo, os estudos apontam que esse lapso temporal corresponde a três ou quatro dias. Por volta do

⁴⁸ A clivagem consiste em repetidas divisões mitóticas do zigoto e normalmente ocorre enquanto o mesmo atravessa a tuba interina, rumo ao útero.

⁴⁹ E de bom alvitre destacar que a divisão do zigoto em blastômeros começa cerca de trinta horas após a fertilização.

⁵⁰ Insta mencionar que a fertilização termina em até vinte e quatro horas após a ovulação.

⁵¹ A blástula sucede a mórula e antecede a gástrula. É, portanto, uma das primeiras fases que antecedem a formação integral do embrião.

sexto dia após a fertilização, o blastocisto se fixa no endométrio do útero, dando início à fase de implantação, a qual começa no fim da primeira semana do desenvolvimento humano e termina pouco antes do final da segunda semana.

A partir desse momento, não se fala mais em zigoto, e sim em embrião. Desse modo, na cavidade uterina, o embrião segue, com seu saco vitelínico, que é sua provisão de alimento temporário até que possa dispor do alimento proveniente da mãe. Um grupo de células “invade” o útero, que surpreendentemente não oferece a menor resistência. Fixando-se as células no útero, vai surgindo aquilo que mais tarde se constituirá na placenta, que assegurará a sobrevivência do novo ser pelos nove meses da gestação (ALMEIDA; MACHADO, 2015).

Nesta fase, o embrião possui cerca de quatorze dias e tem o formato de um disco com duas camadas, quais sejam: a ectoderme, que dará origem à pele e ao sistema nervoso; e a endoderme, que originará o sistema digestivo (ALMEIDA; MACHADO, 2015). Além disso, o embrião possui uma área circular espessada – placa precordial – que indica o futuro local da boca e de um importante organizador da região da cabeça (MOORE; PERSAUD, 1998).

Analisada a segunda semana, passa-se para o estudo da terceira fase do desenvolvimento humano, que corresponde ao período embrionário e chama-se gastrulação. A rápida evolução do embrião, que se dá por meio do disco embrionário, caracteriza-se por três fatores primordiais: aparecimento da linha primitiva; formação da notocorda; e diferenciação de três camadas germinativas, as quais formarão todos os tecidos e órgãos do embrião (MOORE; PERSAUD, 1998).

As três camadas de células germinativas são as seguintes: a ectoderme, composta por células que darão origem ao cérebro, ao sistema nervoso, à pele e ao cabelo; a mesoderme, formada por células que darão origem ao esqueleto, aos músculos, ao sistema circulatório e aos rins; e a endoderme, composta por células que darão origem ao trato intestinal, aos pulmões e a demais órgãos internos. Diferentemente da segunda fase do desenvolvimento humano – que é composta por dois desses três elementos –, na terceira semana as três camadas germinativas começam a se desenvolver e a se distinguir umas das outras (ALMEIDA; MACHADO, 2015).

Nesse período do desenvolvimento humano o embrião já se encontra firmemente implantado na parede uterina e possui o formato de um disco – disco embrionário – com cerca de três milímetros de comprimento. Devido à rápida evolução

das células germinativas, inicia-se a formação do tubo neural, bem como do sistema cardiovascular (MOORE; PERSAUD, 1998). Além disso, o seu pequeno e frágil coração, mesmo que em fase de desenvolvimento, já pode ser ouvido (ALMEIDA; MACHADO, 2015).

Para além de seu coração, é possível verificar, igualmente, o crescimento da extremidade do embrião, a qual dará origem à cabeça. Na extremidade oposta forma-se uma cauda, que irá desaparecer com o passar do tempo. Neste período já é possível visualizar, mediante uma ecografia, o saco gestacional (ALMEIDA; MACHADO, 2015).

Posterior ao período da terceira semana do desenvolvimento humano, vem a fase da organogênese, que vai da quarta à oitava semana. Destaca-se que a maior parte do período do desenvolvimento embrionário ocorre durante esse lapso temporal, sendo que nesse momento, a partir das três camadas germinativas outrora mencionadas, são formados os principais órgãos e sistemas componentes do corpo humano (MOORE, PERSAUD, 1998).

É justamente nesse sentido que se manifestam Almeida e Machado (2015, p. 30): “as três camadas germinativas diferenciam-se em vários tecidos e órgãos, de modo que, ao final do período embrionário, estejam estabelecidos os primórdios dos principais sistemas de órgãos”. Portanto, sem margem para dúvida, é no período da quarta à oitava semana da evolução humana que “serão formadas e estabelecidas todas as estruturas internas e externas essenciais ao desenvolvimento do bebê” (ALMEIDA; MACHADO, 2015, p. 30). Muito em virtude desses fatores é que tal período se afigura como o mais crítico e delicado do desenvolvimento humano, visto que é nesse momento que determinadas condições podem desencadear distúrbios, originando, assim, malformações congênitas no embrião.

Cumprido ressaltar que nesse período a aparência externa do embrião é muito afetada pela formação do encéfalo, do coração, e do fígado. A cabeça do bebê ainda é bastante disforme e rudimentar. No entanto, já começam a ser formados os olhos, as orelhas, o nariz, a boca e a língua. São visíveis alguns pequenos pontos laterais no corpo do embrião, os quais, no futuro, se transformarão em braços e pernas. Afora tais evoluções, o mesmo já detém corrente sanguínea própria e as células cardíacas

já batem, fazendo circular o sangue em seu pequeno organismo⁵² (ALMEIDA; MACHADO, 2015).



Figura 1 – Imagem ilustrativa de um embrião com quatro semanas de gestação
(Fonte: VOU NASCER, 2013).

De acordo com Almeida e Machado (2015, p. 32), “aqui, de forma mais cabal, a vida se manifesta mais pulsante e bela” e é provavelmente em virtude disso que o médico ginecologista Bernard Nathanson, após chefiar uma das maiores clínicas de aborto dos Estados Unidos, passou a combater tal prática, sendo categórico ao “postular que toda mulher deveria ter o direito de fazer uma ultrassonografia para ver e ouvir o que já existe desde essa etapa de sua gestação”, pois, se houvesse tal possibilidade, a maioria não optaria pela interrupção da gestação (ALMEIDA; MACHADO, 2015, p. 32).

Impende mencionar que na sexta semana do desenvolvimento humano o embrião possui cerca de 13 (treze) milímetros e é nesse momento que o cordão umbilical começa a se formar integralmente, passando a fornecer nutrientes e oxigênio ao pequeno organismo que se desenvolve no ventre materno. O ritmo cardíaco é estabilizado e já são visíveis as teias de vasos sanguíneos espalhadas pelo corpo. O esqueleto começa a endurecer e as articulações já iniciam seu processo de formação. O fígado já se encontra em pleno funcionamento, visto que produz células sanguíneas para o resto da vida fetal – o sangue somente começará a ser produzido pela medula óssea após o nascimento. Com oito semanas é finalizada a formação embriológica

⁵² Muitos autores referem que é a partir desse momento que a gestante começa a sentir os primeiros sintomas de gravidez. Pode ser acometida por náuseas e vômitos, tensão mamária ou simplesmente sentir que o seu corpo está se modificando.

dos órgãos. Nesse momento o embrião mede cerca de 30 (trinta) milímetros e possui 4 (quatro) gramas (ALMEIDA; MACHADO, 2015).

Passado o período embrionário, inicia-se o período fetal, o qual possui como ponto de partida a nona semana após a fertilização e termina com o nascimento do bebê. Caracterizado pelo rápido crescimento corporal e diferenciação de tecidos e órgãos, o referido período é marcado por importantes alterações, muito embora não seja tão dramático quanto a fase embrionária⁵³. Neste momento, não se fala mais em embrião, e sim em feto, o qual está mais forte e, conseqüentemente, menos vulnerável às drogas, aos vírus e à radiação⁵⁴ (MOORE; PERSAUD, 1998). Destaca-se, também, que na nona semana de gestação o feto mede cerca de 5 (cinco) centímetros.



Figura 2 – Imagem ilustrativa de um feto com doze semanas de gestação
(Fonte: BABY CENTER, [2016?]).

Até a vigésima sexta semana do desenvolvimento humano, o feto é incapaz de sobreviver fora do útero, notadamente em virtude da imaturidade de seu sistema respiratório. Contudo, ultrapassada a referida semana, o feto já é capaz de manter uma vida extra-uterina, especialmente porque nesse momento o seu sistema respiratório já estará formado (MOORE; PERSAUD, 1998).

Nesse momento, torna-se relevante trazer à colação uma importante ressalva feita por Almeida e Machado (2015, p. 157): “áreas da Medicina já comprovam que, muito embora o feto dependa do organismo materno para sobreviver, é ele autônomo

⁵³ Uma alteração bastante óbvia no período fetal é a diminuição relativa do ritmo de crescimento da cabeça, a qual, se comparada com o restante do corpo, já começa a ficar mais proporcional.

⁵⁴ Prudente efetuar uma ressalva: ainda que o feto esteja mais forte, tais fatores podem interferir no seu desenvolvimento funcional normal, sobremaneira no que diz respeito ao cérebro e aos olhos.

em relação à mãe”. Assim, o embrião/feto é um ser absolutamente distinto da gestante, com constituição orgânica própria e com propriedades específicas e singulares que o tornam único e inconfundível. Não há como negar que desde o momento da concepção o zigoto é capaz de comandar, sozinho, todo o processo que o levará a sua formação completa (ALMEIDA; MACHADO, 2015).

Se tal afirmação fosse inverídica, não haveria qualquer razão que justificasse o uso de sedativos no procedimento de abortamento no sentido de amenizar a dor do embrião/feto, uma vez que alguns países que permitem o abortamento já se utilizam dessa “técnica”. Se o embrião/feto “sofre a ponto de se cogitar a aplicação de sedativo, é porque, obviamente, trata-se de um ser vivo, um ser humano, e não apenas de mera parte do corpo da gestante⁵⁵” (ALMEIDA; MACHADO, 2015, p. 159).

Efetuosos os apontamentos acerca do desenvolvimento humano, percebe-se o quão delicado – e perfeito, diga-se de passagem – tal processo se revela. Um zigoto que se transforma em embrião, que passa a ser um feto e, posteriormente, desencadeia o nascimento do bebê. Neste passo, é possível afirmar que embrião é a denominação concedida ao futuro bebê desde a fertilização – fecundação –, até a oitava semana de gestação. O feto, por sua vez, é assim chamado a partir dessa oitava semana, sendo que ele deixa de ser um feto quando é concebido, momento em que passa a ser chamado de recém-nascido.

Nesse íterim se revela o pensamento do biólogo José Roberto Goldim, o qual aduz que o “embrião é a denominação dada ao ser humano durante as oito primeiras semanas de seu desenvolvimento” e o feto corresponde ao ser humano em desenvolvimento após o período embrionário – que depende da fertilização – até o nascimento (GOLDIM, 2003, p. 55-56). Quanto a isso, não restam dúvidas. Porém, “a questão-chave é se este ser humano já pode ser considerado como sendo uma pessoa ou não” (GOLDIM, 2003, p. 55-56).

A partir da necessidade de conceder uma resposta a essa dúvida cabal e, muito em razão do avançado estudo das fases do desenvolvimento humano, surgiram inúmeras teorias relativas ao início da vida humana, as quais estão alicerçadas, basicamente, na ciência. Dentre as teses existentes, o presente trabalho irá abordar as três principais, quais sejam: teoria genética, teoria da nidificação, e teoria da formação do córtex cerebral.

⁵⁵ Tal afirmação encontra respaldo em notícia disponibilizada no *site* da Prefeitura de Angra dos Reis – RJ. Disponível em: <<http://www.angra.rj.gov.br>>.

A primeira delas, cujo entendimento se consolida na ideia de que a vida humana começa no momento da fecundação – processo também conhecido como concepção ou fertilização –, é chamada de teoria genética⁵⁶. Segundo preceitua França (2003, p. 29), a tese em questão “[...] admite como ser humano aquele que tem código genético definido, ou seja, a partir da concepção”.

No âmbito dessa teoria, cabe trazer a lume o escólio desenvolvido por Barreto (2003, p. 248-249), o qual aponta que “a biologia nos ensina que o momento da concepção é o único ponto de partida significativo na vida do embrião. Neste passo, “todo homem, identificado por seu genoma, é uma pessoa em potencial, podendo-se concluir que o embrião recém gerado tem os mesmos direitos de um recém-nascido de alguns meses” (BARRETO, 2003, p. 249).

É justamente por essa razão que a teoria genética aponta que a vida humana inicia no exato momento da fecundação – concepção ou fertilização –, ou seja, no instante em que o espermatozoide e o óvulo se encontram e combinam os seus genes para formar um indivíduo detentor de um conjunto genético único. Nesse sentido se revela o pensamento de Mattar (2003, p. 151-152): a vida surge “de uma unidade heterogênea de elementos biológicos, masculino e feminino, que, se unindo, formam um novo ser homogêneo de sua espécie”, sendo que são esses os elementos responsáveis por desencadear “uma força imanente com recursos para seguir o processo vital sem interferência de terceiros” (MATTAR, 2003, p. 152).

Corroborando os argumentos ora mencionados, tem-se, também, as palavras da médica Lenise Garcia, as quais foram citadas no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade número 3.510, que foi proposta no ano de 2008 por Cláudio Lemos Fonteles, Procurador-Geral da República na época, e teve como alvo principal o artigo 5º da Lei Federal nº 11.105 – Lei da Biossegurança: “nosso grupo traz o embasamento científico para afirmarmos que a vida humana começa na fecundação”. Nesse instante já estão definidas as características genéticas dessa pessoa; já está definido se é homem ou mulher; e já estão definidas eventuais doenças genéticas. Afora isso, “também já estarão aí as tendências herdadas: o dom para a música, pintura, poesia”. Tudo isso faz parte da primeira célula formada. Assim, “o zigoto de Mozart já tinha dom para a música e Drummond, para a poesia. Tudo já está lá. É um ser humano irrepitível” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008, p. 151).

⁵⁶ A referida tese também pode ser denominada de teoria concepcionista.

Nesse ínterim constitui-se, igualmente, o entendimento de Maria Helena Diniz, que assevera que “a fetologia e as modernas técnicas de medicina comprovam que a vida inicia-se no ato da concepção, ou seja, da fecundação do óvulo pelo espermatozoide [...]” (DINIZ, 2001, p. 27). A partir desse momento, tudo se afigura como uma transformação, a qual passará pelo nascimento e alcançará a morte, de modo que durante toda a sua vida a pessoa carregará consigo o mesmo código genético que foi formado quando da fecundação, tornando-a única (DINIZ, 2001).

Jérôme Lejeune, genetista e biólogo francês, certa vez afirmou: “não quero repetir o óbvio, mas, na verdade, a vida começa na fecundação”, uma vez que “quando os 23 cromossomos masculinos se encontram com os 23 cromossomos da mulher, todos os dados genéticos que definem o novo ser humano já estão presentes” (LEJEUNE, 1991, p. 7-10). Assim sendo, para o aludido autor, não restam dúvidas de que a fecundação é o marco inicial da vida humana.

O embriologista Dornival da Silva Brandão, concedendo ainda mais embasamento à teoria genética, também entende que a vida começa a partir da concepção, porquanto aduz que “a nova vida tem início com a fusão dos gametas – espermatozoide e óvulo – duas células germinativas extraordinariamente especializadas, ordenadas uma à outra” (BRANDÃO, 1999, p. 22-23). Assevera, ainda, que “ou é humano desde o início de sua vida ou não será jamais: não há momento algum que marque a passagem do não humano ao humano. [...] nada mais de essencial à sua constituição lhe é acrescentado após a concepção” (BRANDÃO, 1999, 22-23).

Nesse passo, não há um momento em que o embrião/feto passe da condição de não humano para humano. A única diferença existente entre o embrião/feto e um bebê recém-nascido não é de natureza, mas de grau e de estágio de desenvolvimento, porquanto ambos são, substancialmente, seres humanos (ALMEIDA; MACHADO, 2015).

Abordada a teoria genética, é possível perceber que a mesma encontra forte embasamento científico, visto que seus principais pontos de referência são a Biologia e a Medicina. A partir de tais referências, é viável apontar que, mediante a concepção, nasce, de fato, um novo ser, o qual é fruto da união de dois elementos genéticos distintos⁵⁷.

⁵⁷ Cumpre mencionar que há uma teoria que segue a mesma linha concepcionista, qual seja: a teoria vitalista. Tal tese considera como pessoa humana todo o ser que detém um genoma humano, sendo

Em contrapartida à teoria genética, há pesquisadores que entendem que, muito embora as bases genéticas sejam, de fato, estabelecidas no momento da fecundação, para que o novo ser possua vida é preciso que o mesmo atinja um determinado grau de desenvolvimento. Tais pesquisadores são conhecidos como desenvolvimentistas, os quais podem se afiliar a duas teorias principais: teoria da nidação e teoria da formação do córtex cerebral.

É justamente nesse âmbito que se revela o escólio de França (2003): os desenvolvimentistas entendem que a fecundação, ainda que determine as bases genéticas, não é suficiente para estabelecer o início da vida, visto que o novo ser necessita de um certo grau de desenvolvimento, o qual, para alguns, começaria na nidação e, para outros, quando da formação do córtex cerebral.

Dessa forma, parte-se, primeiramente, para o estudo da teoria da nidação. Mas o que é nidação? O referido processo, conforme afirma Silva (2004), consiste no momento em que o zigoto se aninha no útero, sendo que o grupo de cientistas que se une a essa tese compreende que somente é possível falar em um indivíduo propriamente humano a partir do instante em que tal etapa ocorre – nidação.

Por outro lado, conforme já brevemente mencionado, existem os pesquisadores partidários da teoria que prega que a vida humana inicia a partir do momento em que há a formação do córtex cerebral, a qual também é conhecida como teoria neurológica. Para os afiliados da tese em voga, o mesmo princípio da morte se aplica para a vida, isto é, se a vida termina quando acaba a atividade elétrica do cérebro, nada mais justo do que estabelecer seu início a partir do momento em que o feto apresenta, pela primeira vez, atividade cerebral. Contudo, o principal problema enfrentado por essa vertente é a data em que a atividade cerebral começa, posto que alguns pensadores afirmam que os sinais do cérebro já são perceptíveis na oitava semana e outros afirmam que isso ocorre apenas na vigésima semana de gestação (SILVA, 2004).

Silva (2004) explica que os partidários da teoria da formação do córtex cerebral embasam sua escolha em um simples e único fator, qual seja: a importância que o cérebro possui para a existência humana, uma vez que nele está centrado o desenvolvimento do elemento psíquico do homem. Em suma, os defensores dessa vertente entendem que o feto somente pode ser considerado um ser humano a partir

que, para ela, a vida é uma continuidade, cujo ponto de partida é a fecundação – momento de fixação da personalidade do feto.

do momento em que forem constatadas as primeiras conexões neurais, as quais são estabelecidas no córtex cerebral. Portanto, apenas a formação neurológica é que possibilitará a aquisição da humanidade.

Analisadas as teorias científicas acerca do início da vida humana, já é possível afirmar que a vertente genética é a que mais protege o pequeno organismo que está sendo formado no ventre materno, visto que, desde a concepção, entende ele como um ser humano, como uma pessoa. Além disso, a referida teoria é a que mais se coaduna com o sistema jurídico pátrio, o qual tem como base a proteção da dignidade da pessoa humana. Superado tal ponto, passa-se, agora, para o estudo da matéria no âmbito do ordenamento brasileiro.

Primeiramente, com o intuito de melhor elucidar a matéria que será destrinchada, traz-se à colação breves conceitos sobre pessoa natural, pessoa e personalidade. Consoante dispõe Lorentz (2002, p. 343), pessoa natural é o homem enquanto ente jurídico, considerado um sujeito de direitos e obrigações. Por outro lado, a “capacidade de direito ou de gozo da pessoa de ser titular de direitos e obrigações, independentemente de seu grau de discernimento, em razão de direitos que são inerentes à natureza humana e em sua projeção para o mundo exterior” é entendida como personalidade.

Unindo os conceitos ora trazidos, é possível construir uma definição para pessoa: na concepção jurídico-civil, pessoa é todo o ser humano dotado de personalidade e possuidor de direitos e obrigações, sendo que a existência dessa personalidade, consoante dispõe o artigo 2º do Código Civil brasileiro⁵⁸, começa a partir do nascimento com vida, muito embora a lei ponha a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro⁵⁹ (FRANÇA, 2003).

Quando da leitura do referido dispositivo legal, é possível constatar uma certa contradição em sua redação, de modo que tal situação é capaz de ensejar uma série de interpretações divergentes a respeito do início da personalidade jurídica – momento a partir do qual um indivíduo passa a ser considerado pessoa humana, um sujeito de direitos. Nesta senda, serão abordadas a partir de agora as três principais

⁵⁸ Artigo 2º: “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (BRASIL, 2002).

⁵⁹ Impende ressaltar que nascituro é aquele ser que irá nascer. É considerado fruto da concepção humana, que vive no ventre materno e que está diretamente ligado à sua genitora mediante o cordão umbilical.

vertentes explicativas, quais sejam: teoria natalista, teoria da personalidade condicionada, e teoria verdadeiramente concepcionista.

A teoria natalista, como o próprio nome já diz, leva em consideração o momento do nascimento. A referida tese corresponde à primeira parte do artigo 2º do Código Civil brasileiro, o qual preceitua o seguinte: “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida [...]”. Gagliano e Pamplona Filho (2004), ao explicar a teoria natalista afirmam que a mesma, por entender que a aquisição da personalidade civil se opera a partir do nascimento com vida, não considera o nascituro uma pessoa e, conseqüentemente, entende que o mesmo possui apenas uma expectativa de direito. Em suma, para a teoria em estudo, somente a partir do nascimento com vida é que uma pessoa adquire personalidade jurídica, ou seja, passa a ser um sujeito de direitos e obrigações.

A teoria da personalidade condicionada ocupa uma posição intermediária no âmbito das teses que se propõem a estudar o marco inicial da personalidade jurídica, visto que ela aduz o seguinte: a personalidade do nascituro começa na concepção, mas é preciso que o feto nasça com vida para que seja detentor de determinados direitos.

Lorentz (2002, p. 345) aponta que a teoria da personalidade condicionada “sustenta a aquisição de direitos e obrigações do nascituro a partir de sua concepção, entretanto com a condição resolutiva de nascer com vida”. A teoria em análise pode “ser vista como uma tentativa de se proteger a vida em formação, entretanto, buscando não entrar em conflito com outras questões jurídicas, como por exemplo, transmissão de propriedade, direitos sucessórios e outros”.

Impende ressaltar que, conforme assevera Gagliano e Pamplona Filho (2004), a teoria da personalidade condicionada confere ao nascituro a aptidão apenas para a titularidade de direitos da personalidade – sem conteúdo patrimonial –, a exemplo do direito à vida ou a uma gestação saudável, uma vez que os direitos patrimoniais estariam sujeitos ao nascimento com vida.

Há, ainda, a teoria verdadeiramente concepcionista, cujos adeptos sustentam que o nascituro é considerado sujeito de direitos – pessoa – desde o momento da concepção, isto é, para essa teoria a vida inicia no instante em que há a fecundação do óvulo pelo espermatozoide. Sem dúvida, a tese em voga possui origem na ressalva contida na segunda parte do artigo 2º do Código Civil brasileiro: “[...] mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

A leitura do referido dispositivo é capaz de ensejar a seguinte conclusão: o fato de o legislador ter resguardado os direitos do nascituro desde o momento da concepção leva a crer que o ordenamento jurídico o considera uma pessoa humana desde a fecundação, ou, na pior das hipóteses, lhe garante os mesmos direitos inerentes a qualquer outra pessoa nascida com vida (LORENTZ, 2002).

Almeida e Machado (2015, p. 179) também caminham nessa direção: “apenas se concebe atribuir titularidade de direitos a quem, substancialmente, seja um ser humano [...]”. Dessa forma, quando o artigo 2º do Código Civil brasileiro faz “a ressalva em relação aos direitos do nascituro, reconhece-se que o feto é um ser humano, tendo, desde a concepção, direitos a serem assegurados” (ALMEIDA; MACHADO, 2015, p. 179).

Nesse âmbito, revela-se pertinente o pensamento externado por França (2003, p. 30), o qual entende que o nascituro deve ser reconhecido como pessoa e ser considerado detentor de personalidade jurídica autônoma: “se o nascituro é considerado sujeito de direito, se a lei civil confere-lhe um curador, se a norma penal o protege de forma abrangente [...]”, nada mais justo do que reconhecer a ele o caráter de pessoa e, igualmente, a sua personalidade jurídica autônoma.

França (2003, p. 30) vai ainda mais além e aduz que, não obstante a legislação brasileira estabeleça que a personalidade civil do homem somente é adquirida após o nascimento com vida, os direitos do nascituro estão protegidos desde o momento da fecundação, sendo que tal situação faz surgir uma espécie de “instituição própria e independente”, a qual está alicerçada no respeito à vida humana. Ademais, se todos os direitos do nascituro estão amparados desde a concepção, é óbvio que o direito à vida também deve estar sob a égide dessa proteção.

Por fim, Lorentz (2002, p. 340) conclui que “dadas as singularidades da natureza, é realmente muito difícil o estabelecimento de uma teoria geral a respeito do início da vida humana”. No entanto, ressalta que a vertente verdadeiramente concepcionista “parece ser a mais aceitável, posto que o óvulo fecundado irá representar a primeira célula do novo ser”.

Muito embora existam inúmeras inconsistências no que tange ao marco inicial da vida humana, verifica-se, por meio dos apontamentos tecidos, que determinados fatos estão imantados pela certeza. Não há como negar que o sistema jurídico brasileiro, ainda que tenha deixado claro que os direitos do nascituro não podem ser

violados, adotou o nascimento com vida como regra para o início da personalidade civil.

Entretanto, consoante escólio de Chinellato (2010), o nascimento com vida não deve ser encarado como o marco inicial da personalidade jurídica, porquanto os direitos da personalidade relativos à vida, à integridade física, à honra e à imagem são atributos do nascituro desde a sua concepção, razão pela qual demandam especial proteção jurídica.

Tal entendimento vai ao encontro do ensinamento de Tartuce (2012, p. 70-71), o qual aponta que a teoria natalista – sendo possível alegar os mesmos motivos para o afastamento da teoria da personalidade condicionada, porquanto obsoleta – deve ser superada, “pois nega ao nascituro até 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”. Em razão dessa negativa, a “teoria natalista esbarra em dispositivos do Código Civil que consagram direitos àquele que foi concebido e não nasceu. Essa negativa de direitos é mais um argumento forte para sustentar a total superação dessa corrente doutrinária”.

Nesse mesmo sentido se manifestam Almeida e Machado (2015, p. 178), os quais apontam que “limitar a condição do nascituro a partir do nascimento com vida, significa reduzir o feto a uma subespécie humana ou a um não humano, o que viola não apenas a essência humana, mas também a legislação que os protege” e todo o ordenamento jurídico pátrio, o qual se alicerça na dignidade da pessoa humana.

Sob esta óptica, realizando uma interpretação sistemática do artigo 2º do Código Civil brasileiro, a teoria concepcionista revela ser a corrente que mais se coaduna com os ditames constantes no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, ao apontar que o nascituro é pessoa humana desde a sua concepção, afirma que os direitos da personalidade, tais como o direito à vida, independem do nascimento com vida para que tenham proteção jurídica⁶⁰.

Aliás, “independente da teoria que se adote, é importante reconhecer que o nascituro é um ser humano e como tal deve ser tutelado” (ALMEIDA; MACHADO, 2015, p. 178). Uma coisa é o Código Civil considerar um marco inicial para estabelecer

⁶⁰ Consoante já brevemente mencionado quando da abordagem da teoria da personalidade condicionada, é cediço que alguns efeitos de determinados direitos, notadamente os direitos patrimoniais, dependem do nascimento com vida. No entanto, isso não impede que o nascituro tenha preservado os seus direitos absolutos relativos à personalidade.

quem seja pessoa física para fins de atos da vida civil em geral; outra, absolutamente distinta, é a condição de humanidade do nascituro.

Nessa mesma senda, é imprescindível destacar que, com o advento do Estado Democrático de Direito, existe uma ampla necessidade de concretização dos direitos fundamentais, especialmente em virtude da força irradiante da constituição. Portanto, a teoria concepcionista, a qual inspira-se na Biologia e na Medicina, merece grande respaldo em face a esta necessidade, pois passa a admitir e encarar o nascituro como pessoa humana e, assim sendo, o mesmo deve ter todos os seus direitos resguardados pela lei desde o início da vida intrauterina, a qual começa a partir da fecundação – união entre espermatozoide e ovócito⁶¹.

Consoante a análise realizada no âmbito deste capítulo, não há como negar que a gestante, desde o momento da concepção – fecundação –, carrega em seu ventre uma vida, a qual é considerada pessoa humana e, portanto, deve ter seus direitos preservados, especialmente o direito à vida, pois o mesmo se trata de um direito fundamental – do qual decorrem diversos outros direitos fundamentais⁶² –, indisponível e que vincula, além do Estado, os particulares, os quais devem primar pela proteção desse direito⁶³.

Isso posto, não restam dúvidas de que a grávida que decide efetuar o abortamento está atentando em face da sua própria vida – pois o abortamento é um procedimento invasivo e, como qualquer outro, possui riscos de insucesso, podendo, assim, ocasionar graves consequências à saúde e, inclusive, a morte – e, ainda, em face da vida do nascituro, pois o mesmo é, igualmente, uma vida.

⁶¹ Importante destacar novamente que, além da proteção ao direito à vida garantida pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto San José da Costa Rica), ratificada pelo Brasil no ano de 1992, em seu item 1 do artigo 4º afirma que toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida, sendo que esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Nesse contexto, ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

⁶² No âmbito desta pesquisa, dois fatores restam bastante evidentes: a dignidade da pessoa humana é o princípio que rege todo o ordenamento jurídico e o direito à vida, por sua vez, funciona como um pré-requisito à efetiva existência e exercício de todos os demais direitos. Tal análise permite efetuar a seguinte conclusão: não há dignidade humana se não houver direito à vida. Portanto, se o ordenamento jurídico brasileiro é assim compreendido – dignidade humana no topo do sistema –, a teoria que indica que o início da vida humana está na fecundação é a teoria que deve ser adotada, visto que compreende como pessoa humana aquele pequeno organismo que cresce no útero materno desde o encontro do espermatozoide com o ovócito. Se qualquer outra teoria for adotada, significa que não há o reconhecimento do direito à vida desde seu ponto inicial – comprovado cientificamente que ocorre na concepção – e, conseqüentemente, significa um desrespeito à dignidade da pessoa humana.

⁶³ Cumpre mencionar que a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e a necessidade de proteção a tais direitos será abordada no subcapítulo 3.3 desta pesquisa.

Assim sendo, levando em consideração todas as informações elencadas até o presente momento – especialmente o fato de que a gestante carrega em seu ventre, desde o momento da concepção, uma vida e que o princípio constitucional da solidariedade gera deveres entre os particulares –, abordar-se-á no próximo item a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e, também, o dever de proteção e preservação do direito à vida por parte dos sujeitos privados diante das declarações de interrupção da gravidez.

3.3 O dever de proteção e de preservação do direito à vida por parte dos particulares diante das declarações de interrupção da gravidez

Urge que a humanidade progrida, caminhando na direção de princípios que permitam ao homem ser cada vez mais homem (DINIZ, 2001, p. 29)

Antes de iniciar a análise acerca da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e, também, do dever de proteção e preservação do direito à vida por parte das pessoas privadas, faz-se necessário abordar com mais profundidade a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, visto que tal teoria compreende os referidos direitos para além do ponto de vista individual, encarando-os como valores que embasam o convívio em comunidade.

Conforme já brevemente disposto no início desta pesquisa, o Estado Liberal compreendia os direitos fundamentais como limites impostos ao poder estatal, ou seja, eram responsáveis por conferir ao Estado um dever jurídico de abstenção. No entanto, com “o advento do Estado Social, aliado à progressiva sofisticação nos estudos do Direito Constitucional na Europa” (SARMENTO, 2006, p. 105), ocorreu uma significativa mudança na concepção dos direitos fundamentais. Nesse momento, além da positivação de novos direitos vinculados à garantia da igualdade material e das condições básicas de vida para a população, os antigos direitos liberais são submetidos a um novo processo de leitura; uma leitura que lhes concede maiores possibilidades (SARMENTO, 2006).

Em verdade, no âmbito do constitucionalismo liberal⁶⁴, os direitos fundamentais eram visualizados fundamentalmente a partir de uma perspectiva subjetiva, ou seja,

⁶⁴ De acordo com Steinmetz (2004, p. 65), a expressão constitucionalismo liberal corresponde ao que se convencionou como a teoria dos direitos fundamentais como limites ao poder do Estado.

apenas eram identificadas quais as pretensões os indivíduos poderiam exigir do Estado em virtude de um direito positivado na ordem jurídica. Assim explica Sarlet (2012, p. 180): quando se fala em direitos fundamentais subjetivos, está se referindo à possibilidade que o seu titular tem “de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão”.

Agora, sem desprezar tal função dos direitos fundamentais, a literatura jurídica passa a compreender esses direitos para além do âmbito subjetivo, revelando novos efeitos e virtualidades a eles: trata-se da dimensão objetiva dos direitos fundamentais (SARMENTO, 2006).

Conforme dispõe Sarmento (2006), a dimensão objetiva dos direitos fundamentais está vinculada ao reconhecimento de que tais direitos, além de ensejarem certas prestações por parte dos poderes estatais, consagram os valores mais importantes de uma comunidade política, funcionando como as bases da ordem jurídica da coletividade. Nesse âmbito, a dimensão objetiva atribuída aos direitos fundamentais “traz consigo a constatação de que eles – mesmo os clássicos direitos de defesa – devem ter sua eficácia valorada não só sob um ângulo individualista, [...] mas também sob o ponto de vista social, da comunidade em sua totalidade” (LEAL, 2007, p. 68).

A partir do instante em que se compreende os direitos fundamentais como valores nucleares de uma ordem jurídica, os seus efeitos não podem ficar adstritos à limitação jurídica dos poderes do Estado. Neste passo, “os valores que tais direitos encarnam devem se irradiar para todos os campos do ordenamento jurídico, impulsionando e orientando a atuação do Legislativo, Executivo e Judiciário” (SARMENTO, 2006, p. 106).

Sob esta linha de pensamento, os direitos fundamentais – mesmo aqueles cuja matriz é eminentemente liberal – deixam de configurar apenas limites quanto à atividade estatal e passam a funcionar como norte para todas as ações que vierem a ser tomadas pelo Estado e pelos seus entes. É justamente nesse sentido que se manifesta o autor Peres Luño (1995, p. 21): os direitos fundamentais deixaram de ser “meros límites al ejercicio del poder político, o sea, garantías negativas de los intereses individuales, para devenir um conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva de los poderes públicos”.

De acordo com o caminho que vem sendo delineado, é cediço que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais é fruto do reconhecimento de que tais direitos condensam os valores tidos como mais relevantes para determinada comunidade política⁶⁵. Dessa forma, os direitos fundamentais não podem configurar uma celeuma apenas de cunho estatal, mas, igualmente, das pessoas físicas, sendo que, para isso, “é preciso abandonar a perspectiva de que a proteção dos direitos humanos constitui um problema apenas do Estado e não também de toda da sociedade” (SARMENTO, 2006, p. 106).

Em virtude de tais apontamentos, é possível afirmar que há uma dupla dimensão de direitos fundamentais, porquanto eles constituem, simultaneamente, fonte de direitos subjetivos – podendo ser reclamados em juízo – e bases fundamentais da ordem jurídica, as quais se expandem para todo o direito positivo (SARMENTO, 2006). Leal (2007, p. 68) também discorre acerca desse duplo caráter: “de um lado, tem-se-os como ‘direitos de defesa’ do cidadão perante o Estado; de outro, eles sustentam uma ordem de valores objetiva que vale como decisão fundamental e se projeta para todo o Direito”.

Em face deste prisma, não basta que o Estado se abstenha de violar os direitos fundamentais. É necessário que ele os proteja de forma ativa frente a eventuais agressões e ameaças advindas de terceiros. Ademais, é igualmente incumbência do poder estatal “assegurar no mundo da vida as condições materiais mínimas para o exercício efetivo das liberdades constitucionais, sem as quais tais direitos, para os despossuídos, não passariam de promessas vãs” (SARMENTO, 2006, p. 107).

Considerando que o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais abre novos caminhos e potencialidades no que diz respeito à promoção dos ideais humanitários, não há como negar que a referida dimensão expande tais direitos, também, para o campo das relações privadas, ou seja, faz com que os direitos fundamentais sejam aplicados para além das relações ocorridas entre cidadão e Estado (STEINMETZ, 2004).

⁶⁵ Neste momento, impende trazer a lume importante ressalva feita por Sarmiento (2006, p. 106): quando se afirma que os direitos fundamentais expressam valores da comunidade, não se está negando o óbvio: é evidente a falta de consciência crítica de parte significativa da população, a qual é visualizada por meio da indiferença perante as graves violações de direitos fundamentais que ocorrem diariamente no país. Contudo, acredita-se que a solução para esse sério problema está na educação voltada para a cidadania e, também, na criação de mecanismos que criem uma verdadeira “cultura” de direitos humanos.

Em virtude de tal situação, reconhece-se, então, que tais direitos limitam a “autonomia dos atores privados e protegem a pessoa humana da opressão exercida pelos poderes sociais não estatais, difusamente presentes na sociedade contemporânea”. Assim, diante de tal quadro, “o legislador assume o encargo de promover os direitos fundamentais, e toda a legislação ordinária terá de ser revisada sob uma nova ótica, ditada pela axiologia constitucional” (SARMENTO, 2006, p. 107).

Neste passo, reconhecer a dimensão objetiva aos direitos fundamentais não significa desprezar a sua dimensão subjetiva. Ao contrário do que se pensa, elas se complementam, de modo que a dimensão objetiva, por meio de esquemas que vão além da estrutura típica dos direitos subjetivos, é capaz de reforçar a proteção relativa aos direitos fundamentais (SARMENTO, 2006).

Por outro lado, é indubitável que, algumas vezes, a dimensão objetiva irá funcionar como justificadora de certas limitações impostas aos direitos fundamentais em prol da coletividade. Assim, a aludida dimensão está vinculada “[...] à ideia de que os direitos fundamentais devem ser exercidos no âmbito da vida societária, e que a liberdade a que eles aspiram não é anárquica, mas social” (SARMENTO, 2006, p. 108).

Desta feita, logicamente que os direitos fundamentais, por estarem inseridos em uma sociedade complexa, podem sofrer restrições. Contudo, os seus núcleos essenciais e a teoria da proporcionalidade devem ser sempre respeitados. Nesse sentido se manifesta Leal (2007, p. 67): “os direitos fundamentais, enquanto normas objetivas, têm efeito em todas as direções e âmbitos do direito”. Contudo, considerando que esse efeito possui intensidade indeterminada, tal situação somente “pode ser operada por meio do sopesamento e da aplicação do princípio da proporcionalidade” (LEAL, 2007, p. 67).

Frente a tais constatações, ainda que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais tenha sua origem na doutrina constitucional alemã, é possível perceber que tal temática encontra perfeita compatibilidade com o direito constitucional positivado no Brasil, especialmente por incrementar alguns fenômenos que já vêm sendo abordados com frequência pela literatura jurídica pátria, tais como os processos de constitucionalização do direito privado e, também, de eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas (SARMENTO, 2006).

Essa compatibilização começa a ser percebida já mediante o reconhecimento da eficácia irradiante dos direitos fundamentais. De acordo com o escólio de Sarmento

(2006, p. 124), a referida eficácia, consoante já brevemente referido nesta pesquisa, “significa que os valores que dão lastro aos direitos fundamentais penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulso e diretrizes” para todos os poderes componentes do Estado. Não por outra razão ela possui o condão de “humanizar” a ordem jurídica, pois exige que todas as normas, no momento de sua aplicação, sejam reexaminadas com base na dignidade da pessoa humana, na igualdade substantiva e na justiça social.

Neste passo, não restam dúvidas de que a eficácia irradiante dos direitos fundamentais, além de ser uma importante consequência desencadeada pela dimensão objetiva, decorre do processo de constitucionalização do direito privado, porquanto ela “[...] tem na interpretação conforme a constituição um dos seus mais férteis instrumentos”, sendo que é a partir dessa situação que os valores contidos na Constituição irão permear todo o direito infraconstitucional (SARMENTO, 2006, p. 124).

Sem embargo, não é surpresa afirmar que os direitos fundamentais incidem para além das relações entre Estado e cidadão, sendo observados, igualmente, nas relações ocorridas na seara privada, de modo que tal afirmação decorre de um simples fator: o Direito Civil não pode se afastar dos ditames presentes da Constituição Federal (ARONNE, 2010). Portanto, a eficácia irradiante dos direitos fundamentais vai fazer com que todas as relações sejam iluminadas pelos valores contidos nesses direitos, sejam elas de cunho público ou privado. Além disso, é imperioso frisar que “a extensão dos direitos fundamentais às relações privadas é indispensável no contexto de uma sociedade desigual” (SARMENTO, 2006, p. 185), sobremaneira porque a opressão pode provir de todos os lados, ou seja, tanto por parte do Estado, como por parte dos atores privados, os quais estão presentes, por exemplo, nas esferas como o mercado, a família, e a sociedade civil.

Nesta senda, estudada a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e, também, a irradiação dos efeitos constitucionais sob todo o ordenamento jurídico – fruto da constitucionalização do direito privado –, questiona-se de que forma se dá a incidência dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares.

Frente a tal celeuma, surgiram diversas teorias que se propõem a analisar a aplicabilidade dos direitos fundamentais na seara privada⁶⁶. A primeira delas é

⁶⁶ Cumpre mencionar que a doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais surgiu na Alemanha, no seio do direito do trabalho, posto que foi Hans Carl Nipperdey, então presidente do

chamada de teoria da negação. Nascida na Alemanha, a aludida corrente está alicerçada no liberalismo clássico e, por entender que os direitos fundamentais funcionam apenas como direitos de defesa perante o Estado, acabam negando a incidência desses direitos no âmbito privado. Os seguidores dessa vertente alegam “[...] que a eficácia horizontal fulminaria a autonomia individual, destruiria a identidade do direito privado [...], e conferiria um poder exagerado aos juízes” (SARMENTO, 2006, p. 188).

Impende ressaltar que, muito embora a teoria da negação tenha sua origem na Alemanha, foi no direito norte-americano que a tese da não-vinculação dos particulares pelos direitos fundamentais teve maior difusão, sendo chamada de doutrina da *State Action*. No entanto, ainda que a referida doutrina tenha sido bastante difundida, de acordo com Sarmiento (2006), ela não é capaz de proporcionar um tratamento adequado aos direitos fundamentais, especialmente porque os maiores perigos e ameaças a estes direitos não provêm apenas do Estado, mas, sobremaneira, dos particulares, sejam eles pessoas ou organizações.

Desta feita, considerando as características da teoria da negação, ainda que as obras tragam em seus conteúdos sua previsão, a literatura jurídica e a jurisprudência brasileiras parecem pender de forma bastante evidente para o lado da aplicabilidade de tais direitos no âmbito das relações privadas⁶⁷. Entretanto, conforme já mencionado, o ponto que gera maior discussão está relacionado à forma pela qual se dá a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais (AMARAL, 2014). Sobre o tema, existem duas principais correntes, quais sejam: a teoria da eficácia indireta ou mediata e a teoria da eficácia direta ou imediata.

A teoria da eficácia horizontal mediata ou indireta dos direitos fundamentais trata-se de uma teoria intermediária entre a vertente que nega a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e aquela que defende a incidência direta de tais direitos no âmbito das relações privadas (SARMENTO, 2006). Dessa forma, para a teoria em análise, os direitos fundamentais devem exercer influência sobre as

Tribunal Federal do Trabalho alemão, que pela primeira vez abordou o problema em meados da década de 1950, ao aplicar o princípio da igualdade no âmbito das relações de trabalho no sentido de determinar a isonomia salarial entre mulheres de mesmo desempenho (AMARAL, 2014).

⁶⁷ Corroborando tal posicionamento, traz-se a lume o escólio tecido por Novais (2007, p. 357): “em primeiro lugar, parece pacífico que a recusa de qualquer eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é inaceitável. O simples fato da existência de uma discussão que se prolonga por mais de cinquenta anos não permitiria, de resto, outra conclusão: alguma eficácia terá de haver, pois não pode toda a gente ter andado a discutir sobre o vazio durante todo este tempo”.

relações de cunho privado de forma indireta e mediata, ou seja, para que eles adentrem as relações ocorridas entre os particulares é preciso, inicialmente, que sejam construídas algumas pontes entre o direito privado e a Constituição. Assim, essa incidência somente se dá por meio da atuação do legislador infraconstitucional; como fundamento axiológico na interpretação e aplicação de normas infraconstitucionais; ou no preenchimento de cláusulas gerais (NOVAIS, 2007).

Nesse âmbito, para a teoria mediata ou indireta, “os direitos fundamentais não teriam como função principal resolver os problemas decorrentes do direito privado”. O legislador, enquanto principal destinatário das normas de direitos fundamentais, é que deveria ser o responsável por efetuar “a aplicação das normas às relações jurídico-privadas e na ausência destas normas é que entraria a interpretação a ser feita pelo poder judiciário, o que se daria de acordo com os direitos fundamentais (SANTOS; DIAS, 2015, p. 156).

Frente a tais aportes, cumpre destacar que os adeptos da teoria da eficácia indireta ou mediata negam a possibilidade de aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas porque entendem que tal incidência exterminaria a autonomia da vontade e desconfiguraria o direito privado. Assim, as normas de cunho privado tornar-se-iam uma mera concretização do Direito Constitucional, o que outorgaria ao Poder Judiciário um poder desmesurado, haja vista o grau de indeterminação que caracteriza as normas constitucionais que consagram os direitos fundamentais (SARMENTO, 2006).

Em contrapartida à teoria mediata ou indireta, tem-se a teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais na esfera privada. A corrente em voga está calcada na ideia do Estado democrático de direito, na unidade do ordenamento jurídico e, também, na força normativa e na supremacia da Constituição (AZEVEDO; SILVA, 2015). Se o ordenamento jurídico é uno e se os direitos fundamentais possuem força normativa e supremacia em relação a todo ordenamento jurídico, não há razão para que o direito privado constitua um “gueto, à margem da Constituição e dos direitos fundamentais” (SARMENTO, 2006, p. 205).

De acordo com a teoria da eficácia direta ou imediata, as “decisões fundamentais do poder constituinte originário podem e devem ser aplicadas diretamente em toda e qualquer relação jurídica” (AZEVEDO; SILVA, 2015, p. 62-63). É evidente que “a atuação do Estado contra as ofensas aos direitos fundamentais ocorridas em relações privadas não pode ficar à mercê da existência de cláusulas

abertas e de conceitos jurídicos indeterminados [...]”, mesmo porque, assumindo-se o risco de soar repetitivo, volta-se a dizer que as ameaças e agressões a direitos fundamentais advém, também, dos particulares (AZEVEDO; SILVA, 2015, p. 62-63).

Contudo, como toda e qualquer teoria, a tese da eficácia direta ou imediata também sofre críticas. Dessa forma, aqueles que se opõe a essa vertente alegam que o reconhecimento da eficácia direta “vem a ser uma ofensa à autonomia privada e, por isso, uma ofensa a um direito também fundamental” (AZEVEDO; SILVA, 2015, p. 63). Porém, é imperioso deixar claro que a autonomia privada não é o único direito fundamental que deve ser protegido e, por essa razão, não deve prevalecer sobre outros direitos igualmente fundamentais. “Além do mais, a simples abstenção do Estado na intervenção na autonomia privada não é suficiente para o gozo dos direitos fundamentais a todos os indivíduos” (AZEVEDO; SILVA, 2015, p. 63). Portanto, é inegável que a autonomia privada deve ser exercida em harmonia com o exercício de outros direitos fundamentais.

Concedendo ainda mais embasamento para a teoria em questão, traz-se à baila os apontamentos construídos por Sarlet (2000): à exceção de uma vinculação exclusiva dos órgãos estatais, todas as normas de direitos fundamentais vinculam, de forma direta, os sujeitos privados e, assim sendo, são eficazes nas relações entre particulares. Nesse mesmo sentido se revela o pensamento de Sarmento (2006), pois o mesmo afirma que sempre existe uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, sendo que tal concepção deriva da compreensão do princípio da dignidade da pessoa humana como o centro de gravidade da ordem jurídica – se os direitos fundamentais funcionam como exteriorizações do aludido princípio, é preciso expandir a incidência de tais direitos a todas as esferas da sociedade, porquanto, do contrário, a proteção à dignidade da pessoa humana resta prejudicada e incompleta.

Além das teses ora abordadas, há, ainda, a teoria dos deveres de proteção, que, na verdade, constitui um importante desdobramento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. De acordo com a referida teoria, o Estado não deve “apenas abster-se de violar os direitos fundamentais, tendo também de proteger seus titulares diante de lesões e ameaças provindas de terceiros” (SARMENTO, 2006, p. 129). O referido dever envolve, portanto, todos os poderes estatais, os quais devem voltar-se para a promoção dos direitos da pessoa humana.

Na Alemanha, berço da tese em voga, houve o julgamento de um caso bastante emblemático, o qual envolveu a aplicação da teoria dos deveres de proteção. A ação

versou sobre a descriminalização do aborto, e no ano de 1975 a Corte Constitucional germânica, após destacar a relevância ímpar do direito à vida no âmbito do ordenamento pátrio, afirmou que a proteção do referido direito começa muito antes do nascimento, porquanto antes desse acontecimento o feto já é uma existência humana em pleno desenvolvimento⁶⁸. Mesmo reconhecendo a relevância do direito à privacidade da mulher grávida, o Tribunal entendeu que tal direito não é absoluto. Dessa forma, penderam para o lado de preeminência do direito à vida do feto em relação ao direito de autodeterminação da gestante (SARMENTO, 2006).

Estabelecida a premissa em comento, assentou a Corte que o legislador tinha a obrigação constitucional de proteger o direito à vida do feto. Conforme a decisão prolatada, a descriminalização do aborto não poderia ser operada, a não ser em casos específicos e, mesmo nestes, uma série de cautelas deveria ser observada. Assim, se a descriminalização do aborto fosse declarada, o legislador estaria violando o dever de proteção ao bem jurídico vida⁶⁹ (SARMENTO, 2006).

Diante de tais aportes, mediante um olhar rápido, é possível perceber que a teoria dos deveres de proteção não está de todo errada: cabe, sim, ao Estado proteger os direitos fundamentais dos particulares ameaçados pela conduta de outras pessoas privadas. No entanto, não há como negar que a premissa em que ela se lastreia – somente o Estado é que está vinculado aos direitos fundamentais – parece não estar em consonância com a realidade da vida moderna (SARMENTO, 2006).

Nesse íterim, Sarmiento (2006, p. 244) afirma que a teoria dos deveres de proteção não exclui a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, e, como forma de corroborar tal assertiva, aponta: o reconhecimento de que o Estado “tem o dever de proteger os particulares de lesões e ameaças aos seus direitos fundamentais perpetradas por terceiros não apresenta nenhuma incompatibilidade ou contradição com a ideia da incidência direta dos mesmos direitos na esfera privada”. Muito pelo contrário, as duas concepções mencionadas reforçam-se mutuamente, e, além disso, podem ser reconduzidas a um denominador comum: uma visão realista

⁶⁸ É de bom alvitre mencionar que a Corte, baseando-se em critérios biológicos e fisiológicos da época, afirmou que a vida tinha início do 14º dia seguinte à concepção.

⁶⁹ Cumpre destacar que essa decisão foi posteriormente flexibilizada pela Corte alemã, em razão do julgamento do caso denominado Aborto II, ocorrido em 1993. Nesse julgado o Tribunal entendeu que, muito embora o aborto continuasse sendo contrário à Constituição da Alemanha, o legislador poderia optar pela adoção de outras medidas para a proteção do direito à vida do feto. Assim, de acordo com a decisão, a tutela penal não seria mais impositiva, pelo menos em relação aos abortos praticados nas primeiras doze semanas de gestação (SARMENTO, 2006).

de que, “no mundo contemporâneo, os atores privados, sobretudo quando investidos em maior poder social, representam um perigo tão grande ou até maior que o próprio Estado para o gozo dos direitos fundamentais dos mais fracos” (SARMENTO, 2006, p. 244).

Caminhando-se para a conclusão desse capítulo, não há como negar que a incidência dos direitos fundamentais na seara privada é essencial para que se chegue a uma efetiva proteção da dignidade da pessoa humana – objetivo primordial da ordem constitucional brasileira –, pois, em sendo tais direitos concretizações do referido princípio, é necessário que os mesmos sejam expandidos para todas as esferas da vida humana. Aliás, o próprio reconhecimento da dignidade da pessoa humana como princípio matriz de toda a ordem jurídica pátria enseja a expansão dos direitos fundamentais, sendo que qualquer ideia que tenda a atenuar seus impactos ou diluir sua normatividade deve ser superada – pois não se coaduna com o sistema. Se a dignidade é um valor absoluto, é lógico que ela deve condicionar a todos, independentemente se há ou não uma manifesta desigualdade de forças entre as partes protagonistas de uma relação jurídica (SARMENTO, 2006).

Em face de tais apontamentos, traz-se um outro panorama: conforme visualizado no início desse capítulo, o direito à vida deve ser protegido desde a concepção, uma vez que é a partir desse momento que passa a existir vida orgânica e biológica própria, a qual é independente da genitora. Abordou-se, também, que o direito à vida possui caráter *sui generis*, ou seja, é preciso que haja vida e proteção à vida para que outros direitos sejam gozados pelo homem, inclusive a dignidade. Desta feita, resta claro que o direito à vida deve ser amplamente protegido, pois somente tendo ele é que será possível ter dignidade humana, a qual, consoante já dito diversas vezes, se trata de um valor absoluto no ordenamento jurídico brasileiro.

O reconhecimento do direito à vida desde a concepção e, também, o reconhecimento de que é desse direito que decorrem todas as demais garantias presentes no sistema jurídico, estabelece que o Estado possui o dever de salvaguardar a inviolabilidade da vida humana (DINIZ, 2001). Contudo, conforme visto na análise acerca da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, não cabe apenas ao Estado proteger o direito à vida, porquanto as ameaças e agressões a tal direito podem vir, igualmente, de atores privados. Nesse diapasão, não há como negar que existe, sim, um dever por parte dos particulares em proteger

e preservar o direito à vida diante de toda e qualquer situação que possa ameaçar, agredir ou até mesmo destruir esse direito fundamental⁷⁰.

Se resta claro que a mãe carrega em seu ventre, desde a concepção, uma vida, e se os direitos fundamentais incidem no âmbito das relações privadas, é indubitável que todos – Estado e particulares – devem conservá-la e protegê-la. Pensar de modo diverso seria equiparar aquele pequeno organismo que cresce no útero materno a uma coisa qualquer. Desta feita, considerando todos os argumentos tecidos, o particular que se vê diante de uma declaração de interrupção da gravidez por parte da gestante, não só pode, como deve envidar esforços no sentido de proteger e preservar as vidas humanas que estão em jogo – vida da genitora e vida do embrião/feto⁷¹.

Assim sendo, levando em consideração todas as informações elencadas até o presente momento – especialmente o fato de que o princípio constitucional da solidariedade gera deveres entre os particulares; que o embrião/feto é uma vida; e que os direitos fundamentais incidem no âmbito das relações privadas –, abordar-se-á no próximo capítulo as questões relativas à responsabilidade civil do particular que, estando ciente da declaração de interrupção da gravidez, não age no sentido de preservar as vidas.

⁷⁰ O referido dever, conforme vem sendo demonstrado na presente pesquisa, decorre, também, do princípio constitucional da solidariedade, o qual, para além da ideia de caridade e fraternidade, se constitui como um direito/dever decorrente do artigo 3º, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁷¹ Insta mencionar que a gestante que decide efetuar a interrupção da gravidez está atentando em face da sua própria vida – pois o abortamento é um procedimento invasivo e, como qualquer outro, possui riscos de insucesso, podendo, assim, ocasionar graves consequências à saúde e, inclusive, a morte – e, ainda, em face da vida do embrião/feto que cresce em seu ventre, uma vez que o mesmo, conforme demonstrado, é, igualmente, uma vida.

4 A (IM)POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO PARTICULAR DIANTE DA INOBSERVÂNCIA DO DEVER DE SOLIDARIEDADE NA PROTEÇÃO DO DIREITO À VIDA NOS CASOS DE DECLARAÇÃO DE INTERRUÇÃO DE GRAVIDEZ

Se, no próximo, enxergarmos sempre e apenas o outro,
nunca vamos parar de machucá-lo
(Ilija Trojanow)

A vida em sociedade está em constante transformação. O tempo passa, a história das pessoas é escrita e, nesse cenário, os mais variados fatos podem ocorrer – alguns, talvez, nem tão prazerosos. Atualmente, o instituto da responsabilidade civil é uma das ferramentas mais utilizadas para reparar os danos sofridos no âmbito das relações sociais. Se a vida está em progressiva mutação, logicamente que tal instrumento não pode prender-se ao passado, devendo acompanhar a realidade contemporânea.

Nesse sentido, foi-se o tempo em que a responsabilidade civil estava piamente calcada em pressupostos gerais. Se antes a conduta, a culpa, o dano e o nexo de causalidade eram os fatores que determinavam uma indenização, hoje tal situação não está mais tão engessada assim. O sistema de responsabilização civil passou a ser permeado pelos influxos constitucionais, fazendo com que outros elementos, tais como a solidariedade e a dignidade da pessoa humana, fossem incorporados à obrigação de indenizar.

Além disso, se a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 objetiva a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, logicamente que tal ideal deve ser perseguido por todos, inclusive pelos particulares. Dessa forma, nada mais justo do que trazer a solidariedade – enquanto dever jurídico – como um dos fundamentos da responsabilidade civil.

Neste âmbito, o derradeiro capítulo possui o intuito de analisar se é possível responsabilizar civilmente por dano moral e/ou material o particular que se omite quanto à proteção das vidas – vida da gestante e vida do embrião/feto – no momento em que estiver diante da declaração de interrupção da gestação por parte da mulher grávida.

Para tanto, em um primeiro ensejo serão estudadas as premissas históricas e conceituais acerca da responsabilidade civil; no segundo subcapítulo far-se-á a abordagem, com base na constitucionalização do direito privado e no princípio

constitucional da solidariedade enquanto dever jurídico, da noção contemporânea do sistema de responsabilização civil brasileiro; e, por fim, no terceiro momento, a pesquisa verificará se é possível responsabilizar por dano moral e/ou material o particular que, ciente dos fatos, se omite quanto à preservação das vidas nos casos de declaração de interrupção da gravidez.

4.1 O instituto da responsabilidade civil: notas introdutórias

O tempo voa; e isso não é apenas mais uma frase clichê dita por todo e qualquer homem que vive no auge do século XXI. É a realidade. O rápido fluir do tempo transforma futuro em presente, e, em um piscar de olhos, o agora já passou. A vida das pessoas em sociedade, a cada dia que passa, modifica-se mais rapidamente, sendo que é nesse decorrer temporal que os mais variados fatos e situações acontecem e permeiam a vida cotidiana – obviamente, alguns mais doces; outros, nem tanto.

Se tudo é transformação, é lógico que inúmeros institutos do Direito irão “sofrer” com as céleres mudanças da sociedade. Novas relações são estabelecidas, conflitos tornam-se mais frequentes, e diferentes condutas e posturas passam a ser exigidas – seja por parte do Estado ou das pessoas particulares. Desta feita, impossível dizer que a responsabilidade civil não sentiu as ações do tempo, especialmente porque tal instituto não se encontra engessado e, conseqüentemente, deve respeitar a realidade a sua volta.

A responsabilidade civil não se trata de uma matéria nova no âmbito judicial, sendo que a diversidade de temas abrangidos por este instituto gera inesgotáveis e complexos debates. No entanto, o avanço jurídico e a evolução da sociedade aumentaram a gama de celeumas a serem sanadas e, por conseguinte, ampliaram o campo de aplicação do instituto em comento. Nesse âmbito, Venosa (2012, p. 14) aponta que “o estudo da responsabilidade civil é totalmente dinâmico, estando a surgir a cada momento novas teorias e linhas de pensamento, [...] fruto não só do pensamento jurídico como também das novas necessidades sociais”.

Assim, com o intuito de dar início ao estudo da responsabilidade civil, cumpre trazer a lume, primeiramente, algumas questões conceituais e históricas, as quais irão permitir uma melhor elucidação sobre como o referido instrumento era compreendido no passado e, inclusive, como o mesmo é encarado no âmbito contemporâneo. Desta

forma, de antemão é preciso deixar claro que “toda a manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade” (DIAS, 1994, p. 01). Mas o que é essa responsabilidade?

Etimologicamente, o termo responsabilidade está vinculado à expressão *respondere*, a qual deriva do latim e, conforme Stoco (2004, p. 118), significa “responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém por seus atos”. Desta forma, percebe-se que a vida em sociedade, por si só, gera a possibilidade de causar prejuízo a outrem, sendo que é sob esta perspectiva que nasce a obrigação de reparar, ou seja, se algum dano for causado a outrem, o mesmo deverá ser reparado.

É justamente nesse sentido que se revela o pensamento de Gonçalves (2007, p. 01-02, grifado no original): “*responsabilidade* exprime ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano”. Se as atividades humanas são múltiplas, “inúmeras são também as espécies de responsabilidade, que abrangem todos os ramos do direito e extravasam os limites da vida jurídica, para se ligar a todos os domínios da vida social”.

No campo jurídico, a obrigação de reparar o dano causado está calcada no princípio da “proibição de ofender”, o qual significa que a ninguém é dado o direito de lesar o outro, especialmente porque, em uma sociedade civilizada, existem limites objetivos da liberdade individual que devem ser observados (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006).

Sob esta perspectiva, se o Direito é responsável por congregar “as regras necessárias para a convivência social, punindo todo aquele que, infringindo-as, cause lesão aos interesses jurídicos por si tutelados”, uma pessoa que cause prejuízo a um terceiro, salvo melhor juízo, ficará obrigada a reparar o dano causado (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p. 02). É justamente em face desse ideário que nasce a ideia de responsabilidade civil, a qual, consoante o escólio de Gagliano e Pamplona Filho (2006, p. 02), nada mais é “que uma obrigação derivada – um dever jurídico sucessivo – de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências estas que podem variar [...] de acordo com os interesses lesados”.

Nesse íterim, pode-se asseverar que o instituto da responsabilidade civil é utilizado para a consecução da pacificação social, porquanto o mesmo é responsável por garantir ao indivíduo o direito de ressarcimento do prejuízo causado por um

terceiro, sendo que a obrigação de reparar o dano inspira-se no mais elementar sentimento de justiça (CAVALIERI FILHO, 2012).

Contudo, é importante fazer uma pequena ressalva: obrigação e responsabilidade possuem significados distintos. Conforme aduz Cavalieri Filho (2012, p. 02), “obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro”. Assim, quando alguém desejar saber quem é o responsável pelo dever de reparar, deverá “identificar aquele a quem a lei imputou a obrigação, porque ninguém poderá ser responsabilizado por nada sem ter violado um dever jurídico preexistente” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 03). Além disso, cabe ressaltar que a obrigação de indenizar decorre da violação de obrigação anterior, a qual pode estar estabelecida na lei, no contrato, ou na própria ordem jurídica – nesse último item leva-se em conta, inclusive, os valores tidos como os mais relevantes no âmbito do ordenamento⁷² (CAVALIERI FILHO, 2012).

Efetuada breves apontamentos conceituais sobre a responsabilidade civil, cumpre destacar, agora, os fatos históricos acerca do instrumento jurídico em voga. Neste passo, já de antemão é importante referir que, quando do surgimento da responsabilidade civil – não muito diferente de outras ferramentas jurídicas –, o aludido instrumento acabou concedendo demasiada importância para as questões patrimoniais, relegando a segundo plano o que, de fato, realmente precisava ser tutelado: a pessoa humana. Assim, para melhor compreender esse viés, é imprescindível voltar o olhar para o passado; mais precisamente para o processo de surgimento das primeiras codificações.

O nascimento dos primeiros códigos está intimamente atrelado à Revolução Francesa, a qual foi deflagrada no ano de 1789. Um quadro imaginário, retratando aquele momento específico, muito provavelmente se reportaria a duas questões principais: “a necessidade de afastar os desmandos do príncipe; e ações visando à disseminação da crença na garantia de que seria possível, a qualquer um e, ao mesmo tempo, a todos, ter as rédeas de sua(s) vida(s) na(s) mão(s)” (CATALAN,

⁷² Cumpre destacar que existem diferenças no âmbito da responsabilidade. A responsabilidade criminal se traduz naquela que acarreta uma sanção em decorrência da violação da norma jurídica de cunho penal. No âmbito cível, responsabilidade é a obrigação de alguém responder pelas próprias ações ou pelas ações de outrem. Contudo, há que se salientar que, em determinados casos, é possível que a partir de um mesmo comportamento humano derivem responsabilidades criminais e, igualmente, responsabilidades cíveis. Além disso, há a divisão entre responsabilidade civil contratual e extracontratual. A primeira se refere ao inadimplemento de obrigação prevista em contrato – violação de norma estabelecida pelas partes. A segunda, por sua vez, diz respeito à violação direta de uma norma legal.

2013, p. 17). Tais fatores demonstram que a sociedade estava almejando novos horizontes, deixando claro o início da transição entre os modelos estatais: o Estado Absolutista começava a ceder espaço para a consolidação do Estado Liberal.

Desde o princípio, é fundamental lembrar que as codificações não são frutos do acaso. Aliás, a própria análise histórica leva a crer que uma das principais estratégias utilizadas quando da criação da codificação francesa de 1804 adveio da necessidade de manter a monarquia e a nobreza longe do poder, pois somente assim é que os burgueses conseguiriam se fixar no topo da “pirâmide social” (CATALAN, 2013, p. 17-18).

Em face de tal cenário, começou a ser disseminada nas ruas a promessa de que a igualdade de direitos e a propriedade seriam garantidas a todo e qualquer cidadão. Assim, no modelo estatal instaurado a partir da Revolução de 1789 – Estado Liberal –, qualquer pessoa poderia ter acesso aos bens disponíveis no comércio. A propriedade, que antes era considerada um direito praticamente intocável, passou a ser adquirida por todos aqueles que a desejavam e que tinham condições econômicas para tê-la (CATALAN, 2013). Não por outra razão, às vésperas de 1804, o desejo da população – bastante deslumbrada, diga-se de passagem – era a criação e a manutenção de uma ordem que garantisse o exercício das liberdades individuais (CANOTILHO, 2004).

As codificações oitocentistas, notadamente o *Code de France* de 1804 – texto legislativo que influenciou o destino da humanidade –, consagrou a proteção da propriedade privada e do contrato – instrumento utilizado como ferramenta para garantir que a propriedade e demais bens, de fato, circulassem no comércio. O referido código e diversos outros que o seguiram, alicerçados na autonomia da vontade, na igualdade formal e na segurança jurídica, eram perfeitas projeções do racionalismo, o qual tornava o diálogo entre o Direito e a Justiça ainda mais sinuoso. Em face de tais aportes, fácil perceber que os primeiros códigos civis direcionaram suas preocupações para a ordem patrimonial e, muito em virtude de estarem baseados numa postura liberal, sua função primordial consistia em organizar as relações privadas no sentido de assegurar o bom desenvolvimento do sistema econômico em favor da classe dominante⁷³ (CATALAN, 2013).

⁷³ Conforme dito, a principal função dos primeiros códigos civis era organizar as relações ocorridas no âmbito privado e, igualmente, garantir que o sistema econômico crescesse de acordo com o pensamento e os desejos da classe dominante. Nesse âmbito, muito em razão de os códigos

Em virtude de tal cenário a sociedade passou a ser pensada a partir dos ideais pregados pelos indivíduos que compunham a referida casta. Tais sujeitos entendiam que, “por meio de sua razão poderiam compreender completamente o mundo e, a partir desta compreensão, manifestar suas intenções e exercer suas vontades”, de modo que as normas jurídicas decorrentes da soma dessas vontades individuais formariam regras válidas para toda a sociedade (ALTHEIM, 2006, p. 13-14).

Na esteira desse entendimento, presumia-se que as leis criadas mediante a somatória das razões dos sujeitos ora mencionados “poderiam prever qualquer problema surgido na sociedade, de forma a antecipadamente estabelecer os mecanismos adequados de pacificação social” (ALTHEIM, 2006, p. 14).

Não por outro motivo, consoante aduz Catalan (2013, p. 20), nesse momento histórico o “Direito estava fundado na lei: as regras deveriam ser claras, precisas em suas hipóteses de incidência, abstratas e universais”. Neste passo, a decisão justa era aquela que estava baseada na literalidade da legislação, a qual era encarada como uma verdade a ser respeitada e cultuada por todos. O resultado disso não poderia ser diferente: juízes engessados e limitados a encaixar o fato concreto em molduras normativas previamente codificadas⁷⁴ (ROCHA, 1999).

Para além de tais fatores, outro traço bastante característico desse período foi o individualismo. “As relações negociais – conduzidas pelo império da autonomia da vontade – eram informadas por uma racionalidade prática que via no contrato – e na propriedade – a chave, a porta e o caminho de acesso à ascensão social e política” (CATALAN, 2013, p. 22). Atrelado a esse individualismo, tem-se a igualdade plena, a qual, objetivando o sucesso do modelo em pauta, trabalhava no sentido de criar um contexto em que todos fossem absolutamente iguais. Mas, na verdade, conforme assevera Catalan (2013, p. 23), a referida situação deu vazão a um processo de alienação: “difunde-se que todos são absolutamente iguais e merecedores de idêntico tratamento por parte da lei. O discurso é repetido tantas vezes que passa a fazer parte do senso comum imaginário”. Ocorre que, se todas as pessoas são iguais e livres, “que cada um decida por si próprio o que fazer com seu destino, até porque, como ser

trabalharem em cima de tais premissas, a maioria das pessoas, justamente por não pertencerem à classe dominante e por não partilharem de seu “poder”, ficaram sem o amparo da lei – e nem percebiam tal situação, pois estavam ingenuamente fascinadas com a ideia de liberdade e igualdade.

⁷⁴ Toda essa ideia parece se coadunar com o pensamento burguês: quando se afasta a discricionariedade judicial, as premissas consagradas nas primeiras codificações, as quais eram veementemente seguidas pelos detentores do poder econômico, ficam mais fáceis se serem consolidadas.

racional, é evidente que o homem sempre buscará o melhor para si. Será que um dia, alguém, realmente acreditou nessa falácia?”

Basta um rápido olhar para perceber que a igualdade absoluta não considerou as individualidades das pessoas. Nesse modelo, cada ser humano era considerado apenas um ator representando papéis pré-estabelecidos nos códigos, ou seja, as características pessoais construídas ao longo do tempo haviam sido totalmente desprezadas. Devido à igualdade formal, o homem acaba sendo transformado em um mero ente abstrato, pois passa “a ser tratado pelo Direito civil como um sujeito de direitos, igual, idêntico a todo e qualquer outro que necessite ocupar a posição jurídica de credor, devedor, contratante, terceiro, causador do dano, lesado, [...] etc.” (CATALAN, 2013, p. 23-24). Roberto Altheim também explica esse individualismo e diz que, sob tal viés, os “seres humanos são considerados como pessoas concretas, e não como integrantes de uma coletividade, de forma que se atribui valor ético positivo à sua crescente individualização” (ALTHEIM, 2006, p. 13). Como consequência, o que acaba sendo, de fato, promovido, não é a liberdade, mas a opressão e a exclusão social.

Frente aos apontamentos tecidos, o que se percebe é que o Direito civil pregado no século XIX gravitou em torno de dois principais fatores: manutenção da liberdade e preservação da propriedade. Em virtude disso, é evidente que os institutos jurídicos como o “contrato, a propriedade, a responsabilidade civil, a família e o direito das sucessões foram pensados a partir de uma lógica estritamente patrimonial, *preferindo o ter ao ser*” (CATALAN, 2013, p. 25, grifado no original).

Não obstante tais aportes, não há como negar que o Código Napoleônico trouxe inúmeras contribuições para diversas ferramentas presentes no ordenamento jurídico, até porque o referido diploma é considerado um marco para as liberdades individuais e para o direito privado. Contudo, a origem de algumas ferramentas jurídicas é ainda mais antiga – até mesmo a origem da responsabilidade civil. Assim, se na vigência do Estado Liberal era possível dizer que o Direito Civil e seus instrumentos estavam calcados na manutenção e na proteção da liberdade e da propriedade, no passado – mais precisamente durante o período do Direito Romano – a responsabilidade civil estava atrelada à ideia de vingança.

Nos primórdios da civilização, quando a sociedade não era suficientemente estruturada, a responsabilização estava vinculada à vingança privada, isto é, todo o acontecimento gerador de uma lesão, ensejava, sem qualquer intervenção do Estado,

a possibilidade de praticar um ato vingativo – por parte da vítima – em face do indivíduo que havia consumado o dano. Portanto, o mal era retribuído com a mesma moeda, de modo que “o dano provocava a reação imediata, instintiva e brutal do ofendido. Não havia regras, nem limitações. Não imperava, ainda, o direito” (GONÇALVES, 2007, p. 06).

Com o decorrer do tempo, em um período mais avançado, o Estado fortaleceu-se perante a população e prescreveu o seu direito acima das vontades individuais de todos os cidadãos. Assim, o legislador apropriou-se da iniciativa particular e passou a intervir diretamente na vida das pessoas, declarando quando e em quais condições a vítima possuiria o direito de retaliação. Mais tarde, o Estado – que ainda não contava com uma lei expressa – busca o controle social mediante a forma legal, surgindo, então, a Lei das XII Tábuas e a pena de Talião, cuja função primordial era punir aquele que tivesse causado prejuízo a terceiro. Nesse diapasão, ambas as normas foram responsáveis por estabelecer que aquele que houvesse causado um mal a seu semelhante deveria sofrer, como forma de castigo, mal idêntico ao que havia causado, lembrando a seguinte frase: olho por olho, dente por dente (DIAS, 1994).

Percebe-se, aqui, uma primitiva e rudimentar forma de responsabilidade civil, pois a pena de Talião, traduzida na retribuição do mal pelo mal, já denotava uma forma de reparação do dano. Venosa (2012, p. 18) ainda afirma que tal entendimento se alicerça na “[...] natureza humana, qual seja, reagir a qualquer mal injusto perpetrado contra a pessoa, a família ou o grupo social”.

Contudo, com o passar dos anos, a utilização do método “olho por olho, dente por dente” revelou-se extremamente maléfico e ineficaz, de modo que o resultado desse tipo de reparação – vingança privada – deu ensejo a um efeito contrário ao que se esperava: ao invés de recompor o dano, uma nova retaliação era causada. Nesse momento surge, então, uma sanção menos gravosa para restituir o prejuízo causado, a qual foi marcada pelo período da composição⁷⁵, onde o Estado passou a solucionar os conflitos, proibindo a vingança privada – que se traduzia no “fazer justiça pelas próprias mãos” – (DIAS, 1994, p. 17).

⁷⁵ O principal objetivo da composição era proporcionar a reparação do prejuízo causado mediante uma pecúnia ou por meio da entrega de bens à vítima, satisfazendo-a totalmente ou amenizando o sofrimento ocasionado pelo dano ocorrido. Assim, a pacificação social era obtida de uma maneira mais justa e sem a ocorrência de exageros.

Não obstante seja possível verificar nesse regime uma primitiva forma de responsabilidade civil, a grande transformação no referido instituto jurídico se deu mediante a *Lex Aquilia*, “que introduziu os primeiros alicerces da reparação civil em bases lógicas e racionais” (MONTEIRO, 2003, p. 447). A referida lei se caracterizou como um divisor de águas no âmbito da responsabilidade civil, porquanto estabeleceu o elemento culpa como fator fundamental na reparação do dano.

Neste âmbito, voltando-se novamente para a trilha original traçada, cumpre destacar que a culpa – aqui encarada como elemento fundamental da responsabilidade civil aquiliana⁷⁶ – foi incorporada no grande monumento legislativo da idade moderna: o *Code de France* de 1804, que influenciou inúmeras legislações mundo afora (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006).

No entanto, já nesta época a ideia clássica de vinculação da culpa à responsabilidade civil dava indícios de que não seria capaz de “satisfazer todas as necessidades da vida em comum”, uma vez que, em razão da rápida mudança da realidade social, diversos casos concretos poderiam ficar sem reparação, sendo que tal situação era uma consequência da dificuldade que se tinha para comprovar o fator culpa, o qual era indispensável para que, de fato, fosse estabelecido o dever de reparar o dano (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p. 12). Neste passo, resta evidente que toda essa celeuma concernente à responsabilidade civil decorria de uma visão parcial do instituto em tela, uma vez que tal atitude acabava ignorando a complexidade relativa à reparação de danos⁷⁷.

No âmbito brasileiro, não há como negar que o Código Civil de 1916 nasceu com suas amarras atadas às codificações do passado – muito influenciadas pela manutenção da liberdade e preservação da propriedade que tanto eram exaltadas no Código Napoleônico de 1804. Baseado no individualismo, não atendeu os anseios relativos às camadas mais desfavorecidas e, por conseguinte, deixou claro que “preferiu a tranquilidade no tráfego jurídico em detrimento da justiça material” (CATALAN, 2013, p. 29). Em suma, o Código de Beviláqua, cego perante a realidade social, constituiu-se em um código forjado pelos interesses dos proprietários e que

⁷⁶ Responsabilidade civil aquiliana se refere à responsabilidade civil extracontratual.

⁷⁷ Catalan (2013, p. 27) ainda afirma que focar a imputação do dever de reparar na aferição de culpa na conduta do devedor, por exemplo, acaba fazendo com que o mesmo seja injustificadamente protegido, pois se existir culpa haverá reparação, mas se não existir, a reparação do dano causado à vítima “vai por água abaixo”.

desprezou toda e qualquer aspiração das pessoas que não faziam parte desta classe. Por razões lógicas, todos esses fatores eram refletidos na responsabilidade civil.

É de bom alvitre mencionar, também, que a codificação civil de 1916, conscientemente e excetuadas raríssimas exceções, ignorou a existência de princípios. Quando se referia a eles, o fazia com base em uma perspectiva ideológica, cuja ideia principal visava a preservação da situação social que vigorava na época. Para além desse fato – e ainda mais perigoso –, o referido diploma não dialogava com a Constituição Federal vigente, pois, devido ao momento histórico, acreditava ser mais importante que essa. Não obstante o passar do tempo trouxesse alterações nos mais diversos campos da sociedade, o Código Civil brasileiro de 1916 “[...] continuou a atuar como se as mudanças sociais não lhe dissessem respeito” (CATALAN, 2013, p. 32).

Da mesma forma, é curioso destacar que toda essa legislação que vem sendo abordada – seja brasileira ou não –, mesmo possuindo incontestável vinculação com os ideais pregados na Revolução Francesa, acabava por esquecer um de seus três principais pilares: a igualdade e a liberdade sempre eram lembradas e cultuadas; a fraternidade, por sua vez, era habitualmente desprezada. Nesse ínterim, Catalan (2013, p. 32) arrisca dizer que o referido fator era ignorado em virtude de “[...] impor o direcionamento do olhar para o outro, preocupação que parecia inexistir no projeto liberal, especialmente diante dos custos econômicos que tal postura representava”.

Mas, independentemente de tudo o que foi escrito neste subcapítulo, qual a necessidade de abordar fatos históricos sobre a sociedade, sobre o Direito, e mais especificamente sobre a responsabilidade civil? Para deixar claro que o referido instituto, de certa forma, já nasceu de uma maneira deturpada, porquanto baseado em elementos que pouco dizem respeito acerca da pessoa humana. A exaltação da propriedade, do contrato, da *pacta sun servanda*, e da vingança privada claramente demonstram a construção de um caminho contrário à busca da proteção do homem enquanto pessoa; à busca da valorização do ser perante o ter.

Com os apontamentos tecidos, é possível notar que o sistema de responsabilidade civil consagrado pelo *Code de France* de 1804 e por inúmeros outros que o seguiram, estava ancorado em três pilares principais, quais sejam: a culpa, o dano, e o nexo causal. Na prática judicial, o aludido sistema estabelecia que toda a vítima que se dirigisse aos tribunais deveria superar duas sólidas barreiras para obter a indenização: demonstrar o caráter culposos da conduta do ofensor; e comprovar o nexos de causalidade entre a conduta do ofensor e o dano. Essas duas barreiras eram

tão importantes para o processo que, consoante aduz Schreiber (2005, p. 03, grifado no original), já foram chamadas de “[...] *filtros da responsabilidade civil*, por funcionarem como meio de seleção das demandas de indenização que deveriam merecer acolhimento jurisdicional”.

Face a essa mentalidade, o que parece é que a importância concedida a tais elementos estava ancorada em um único temor: se a culpa e onexo causal deixassem de funcionar como fortes barreiras, o Poder Judiciário seria inundado por um volume incalculável de pedidos de reparação de danos por todo e qualquer motivo (SCHREIBER, 2005).

No entanto, com o passar do tempo – conforme já brevemente mencionado nessa pesquisa – a culpa perdeu sua força perante a responsabilidade civil, visto que se sua rigidez permanecesse, diversos casos legítimos ficariam sem qualquer reparação. Não obstante tal argumento, a ferramenta jurídica em comento – agora dirigindo-se ao âmbito contemporâneo – ainda demonstra ter algumas amarras bastante presas aos fatos históricos, carregando consigo uma carga normativa baseada em códigos passados.

Nesse diapasão revela-se o pensamento de Catalan (2013, p. 33): “o Direito civil brasileiro foi – e, pior, mantém-se – estruturado a partir de uma concepção histórica francamente ultrapassada”. Em face de tais aportes, não é difícil perceber “que tanto o código revogado – e a leitura que dele se faz –, como a codificação vigente – e a forma de atribuir vida as suas regras – estão contaminados pelos influxos oriundos da compreensão prometeica do tempo”.

Logicamente que essa estruturação rígida já vem sendo dissipada, visto que, contemporaneamente, a posição majoritária da literatura jurídica aduz que os pressupostos gerais da responsabilidade civil são os seguintes: conduta humana – positiva ou negativa –; dano ou prejuízo; e nexode causalidade⁷⁸ (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006). Note-se que a culpa já não é mais encarada como elemento essencial, mas como elemento acidental. Contudo, o estabelecimento de determinados elementos objetivos ainda suscitam uma certa vinculação com o passado.

De acordo com os apontamentos tecidos por Diniz (2006, p. 04), volta-se a afirmar que “toda manifestação da atividade que provoca prejuízo traz em seu bojo o

⁷⁸ Cumpre mencionar que os elementos da responsabilidade civil serão abordados com mais profundidade no próximo subcapítulo dessa pesquisa.

problema da responsabilidade, que não é fenômeno exclusivo da vida jurídica, mas de todos os domínios da vida social”. Neste passo, o dano/prejuízo causado rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Frente a tais aportes, é lógico que, se há dano/prejuízo, há a necessidade de reparação, ou seja, é preciso que a harmonia seja reestabelecida. E é justamente nesse ponto que se alicerça a principal função da responsabilidade civil: repor a vítima, tanto quanto possível, à situação anterior à lesão – em todos os aspectos (CAVALIERI FILHO, 2012). Se essa é a função primordial do instituto em tela – claramente preocupando-se com a pessoa humana –, o mesmo não pode conter elementos que dificultem a busca pela reparação de algum direito que foi violado.

Nesse sentido revela-se o pensamento de Reis (2000, p. 78-79): o agente ofensor “receberá a sanção correspondente consistente na reparação social, tantas vezes quantas forem suas ações ilícitas, até conscientizar-se da obrigação em respeitar o direito das pessoas”. Além disso, aponta que as pessoas responsáveis possuem uma absoluta consciência do dever social, uma vez que somente fazem aos outros o que desejam que lhes seja feito em troca. Tais pessoas possuem exata noção do dever social, o qual consiste em uma conduta baseada na ética e no respeito aos direitos alheios. “Por seu turno, a repreensão contida na norma legal tem como pressuposto conduzir as pessoas a uma compreensão dos fundamentos que regem o equilíbrio social”.

A responsabilidade civil não diz respeito apenas à vítima e ao ofensor. Ela diz respeito à toda a coletividade. Sua função também consiste em construir um local mais harmonioso e equilibrado para se viver – onde condutas que não respeitem e não observem direitos serão apuradas e, conseqüentemente, punidas. Desta forma, o Direito – e todos os seus institutos – precisam ser repensados, mesmo porque, até hoje existe aqueles que defendem que “nos domínios do direito privado deve reinar a autonomia e a vontade soberana do indivíduo [...]” (CATALAN, 2013, p. 33), fulminando com toda e qualquer preocupação relativa às pessoas que estão a sua volta.

Afora isso, o Direito precisa ser revisto porque ao mesmo tempo em que as codificações perdem importância, os danos continuam se multiplicando em quantidade e intensidade, sendo que, na maioria das vezes, são tratados como algo sem muita importância. Percebe-se, aí, um efeito disparado pelo viés patrimonial: “aspectos de ordem econômica normalmente prevalecem em detrimento da

preocupação com a tutela da pessoa humana e da sociedade [...]” (CATALAN, 2013, p. 33).

A partir dessas constatações, pulula a necessidade de assunção de um Direito cujo vértice seja a constante busca pela promoção e respeito aos direitos fundamentais e, principalmente, pela valorização da dignidade da pessoa humana e do ideal solidário. A prática jurídica deve visar um direito que realmente repare os danos sofridos pela vítima.

É lógico que o patrimônio também é merecedor de tutela jurídica – não é a intenção da presente pesquisa negar essa premissa. Porém, isso não justifica que ele seja considerado tão importante quanto – e mais valioso que – a pessoa humana (CATALAN, 2013). É preciso ter em mente que as condutas humanas devem sempre voltar-se para a preservação dos direitos fundamentais, sendo que qualquer violação a tais direitos poderá ensejar a responsabilização civil.

Acima de tudo, é preciso compreender – e incorporar essa ideia à realidade cotidiana – “que o Direito deve servir ao homem e à sociedade, e não, o contrário, postura que exige, entretanto, desapego a um passado que não foi generoso com boa parte da sociedade brasileira” (CATALAN, 2013, p. 34-35). O Direito deve acompanhar o cenário a sua volta e lembrar-se que o centro gravitacional deve ser – sempre – a dignidade da pessoa humana, sendo que todos os institutos positivados devem, igualmente, voltar-se para a consecução desse objetivo.

Efetuada alguns apontamentos iniciais acerca da responsabilidade civil – perpassando pelo seu viés histórico e, também, pela questão conceitual – cumpre, agora, trazer a lume como o aludido instrumento jurídico é encarado atualmente pelo sistema jurídico pátrio, fazendo uma análise a partir do processo de constitucionalização do direito privado e, inclusive, a partir do dever de solidariedade por parte das pessoas particulares.

4.2 A noção contemporânea do instituto da responsabilidade civil no sistema jurídico brasileiro: uma análise a partir da constitucionalização do direito privado e do dever de solidariedade

De acordo com o exposto no capítulo anterior, a responsabilidade civil, muito embora ainda esteja longe de refletir total consonância com o ideal de dignidade humana –, já passou por inúmeras transformações. Nos primórdios, aquele que

desejasse obter uma indenização decorrente de um dano sofrido por terceiro deveria, obrigatoriamente, comprovar no tribunal dois fatores: a culpa do ofensor, e o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano provocado.

Neste passo, mediante um rápido olhar já é possível perceber que tais elementos funcionavam como verdadeiros obstáculos ao alcance de uma reparação, sobremaneira a culpa, uma vez que era extremamente difícil comprová-la⁷⁹. Face tal cenário, o referido fator acaba perdendo força e deixa de ser considerado um elemento essencial à responsabilidade civil.

A rígida estruturação em que estava calcada a responsabilidade civil começa a entrar em declínio, fazendo surgir um novo pensamento, o qual, contemporaneamente, é corroborado mediante o artigo 186 do Código Civil brasileiro, cuja redação refere: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002).

Ao avaliar o artigo descrito, é possível verificar que a atual noção de responsabilidade civil, em princípio, está baseada em alguns pilares fundamentais, quais sejam: a conduta humana – positiva ou negativa –; o dano ou prejuízo; e o nexo de causalidade. Juntos, esses quatro fatores formam o que se chama de elementos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006).

De acordo com o escólio de Ghersi (1999), tais aspectos compõem uma espécie de primeira fase da responsabilidade civil, visto que são elementos comuns a toda situação fática que se pretenda converter em uma situação jurídica de reparação. Assim, esses fatores - conduta humana; dano; e relação de causalidade – formam uma espécie de filtro de análise científico, sendo imprescindível sua presença para que seja possível avançar para o próximo passo do processo.

Dito isso, a partir desse momento revela-se essencial estudar cada elemento destacado de forma mais específica, iniciando-se pela conduta humana. O aludido elemento é pressuposto necessário para a configuração da responsabilidade civil em virtude de um simples fator: “apenas o homem [...], por si ou por meio das pessoas jurídicas que forma, poderá ser civilmente responsabilizado” (GAGLIANO;

⁷⁹ Ademais, essa dificuldade em comprovar a culpa gerava um outro problema: se tal fator continuasse a ser considerado essencial ao instituto da responsabilidade civil, inúmeros casos ficaram sem reparação – ocasionando injustiças.

PAMPLONA FILHO, 2006, p. 27). Assim sendo, o núcleo fundamental da conduta humana “[...] é a *voluntariedade*, que resulta exatamente da liberdade de escolha do agente imputável, com o discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p. 27).

Dessa forma, consoante explicam Gagliano e Pamplona Filho (2006), não há como reconhecer, por exemplo, o elemento conduta humana na seguinte situação: determinada pessoa, ao apreciar um raríssimo pergaminho do século III, sofre uma micro hemorragia nasal e, involuntariamente, espirra e danifica o objeto. Nesse caso específico, seria possível apurar se houve negligência do museu por não ter colocado o manuscrito em um mostruário fechado, ou se a pessoa violou alguma norma interna. Mas não há que se falar em ato voluntário por parte do agente em virtude do espirro⁸⁰.

Em outros termos, a voluntariedade é a pedra de toque da noção de conduta humana. Ela “[...] não traduz necessariamente a intenção de causar o dano, mas sim, e tão somente, *a consciência daquilo que se está fazendo*” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p. 28, grifado no original). É importante compreender que, para que seja observado o elemento conduta humana, a pessoa causadora do dano deve ter agido voluntariamente, ou seja, de acordo com sua livre capacidade de autodeterminação.

O fator em voga, conforme dispõe Cavalieri Filho (2012), poderá se dar de duas formas distintas, quais sejam: de forma positiva ou de forma negativa. A primeira delas traduz-se pela prática de um comportamento ativo/positivo, como, por exemplo, a pessoa que arremessa uma pedra em direção à janela de vidro do vizinho. A segunda, por sua vez, está vinculada a uma atuação omissiva/negativa e se traduz em um “não fazer”, em uma abstenção. Um exemplo para esse tipo de conduta seria o seguinte: uma enfermeira, violando regras da profissão e até mesmo do contrato de prestação de serviço, deixa de ministrar os remédios à pessoa que está sendo cuidada por ela⁸¹.

É de bom alvitre mencionar que, na conduta omissiva, a voluntariedade também deve se fazer presente para que haja a possibilidade de reparação (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006). Imagine-se a seguinte situação: uma pessoa, logo após um acidente, fica paralisada devido ao choque emocional e, por essa razão, não consegue socorrer os demais partícipes. Não há voluntariedade

⁸⁰ Insta lembrar que não se insere no contexto de voluntariedade a deliberação ou a consciência de causar o prejuízo, porquanto tal fator se trata de um elemento do dolo.

⁸¹ O Código Civil brasileiro de 2002, além de disciplinar a responsabilidade civil por ato próprio, reconhece algumas espécies de responsabilidade civil indireta, por ato de terceiro, ou por fato de animal ou coisa (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006).

nessa ação omissiva, pois ela não escolheu agir dessa maneira. Logo, em princípio, não há possibilidade de indenização cível.

Com relação à ilicitude como aspecto necessário da conduta humana voluntária, cabe ressaltar que nem sempre tal fator irá acompanhar a ação danosa. Assim, não há que se falar em conduta humana ilícita como pressuposto para a responsabilização civil, porquanto, ainda que seja mais raro, é totalmente possível ingressar com um pedido de reparação civil devido a um ato lícito, tais como nas situações de estado de necessidade, por exemplo⁸² (GARCEZ NETO, 2000).

Abordado o elemento conduta humana, passa-se, agora, a estudar o segundo pressuposto relativo à responsabilidade civil: o dano. Indispensável para a configuração do instituto jurídico em comento, o dano – conhecido também como prejuízo –, sem dúvida é o grande vilão da responsabilidade civil, pois, se não há tal elemento, não há possibilidade de indenização. Pode haver até mesmo responsabilidade sem culpa, mas jamais haverá responsabilidade civil se o dano estiver ausente⁸³ (CAVALIERI FILHO, 2012).

Nesses termos, o dano pode ser conceituado da seguinte maneira: é “a lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não –, causado por ação ou omissão do sujeito infrator” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p. 36). Assim, sendo o dano uma espécie de sanção imposta ao responsável pelo prejuízo causado a um terceiro, via de regra, todos os danos provocados devem ser ressarcidos à vítima. No entanto, a dogmática civilista aponta que, para que o dano seja efetivamente reparável, alguns requisitos devem ser observados, quais sejam: a violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica; a certeza do dano; e a subsistência do dano (VENOSA, 2012).

O primeiro requisito fala por si só: todo o dano está umbilicalmente vinculado à agressão a um bem jurídico tutelado – seja ele material ou não – pertencente a uma pessoa. Deste modo, aquele sujeito que provocar lesão a um direito de outrem chamará para si o problema da responsabilidade civil (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006).

⁸² Cumpre mencionar que as excludentes de responsabilidade civil serão abordadas mais a frente neste capítulo.

⁸³ É importante referir que o dano é um elemento essencial às duas espécies de responsabilidade civil existentes. Nesse sentido, tanto para a responsabilidade contratual como para a responsabilidade extracontratual, o dano se afigura como requisito indispensável no que diz respeito à necessidade de reparação. Cumpre assinalar, também, que as duas espécies citadas serão trabalhadas mais à frente neste subcapítulo.

Relativamente ao segundo item, a literatura jurídica brasileira alicerça-se na ideia de que ninguém pode ser obrigado a compensar a vítima em decorrência de um dano abstrato ou hipotético, sendo que essa certeza se refere a sua existência, e não a sua atualidade ou ao seu montante (DINIZ, 2006). Nesse ínterim, mesmo que se trate de bens ou direitos personalíssimos, “o fato de não se poder apresentar um critério preciso para a sua mensuração econômica não significa que o dano não seja certo” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p. 39).

Ainda com relação ao requisito da certeza, impende destacar a questão da reparabilidade do dano em virtude da perda de uma chance. Nesses casos, é preciso verificar se há ou não a certeza do dano. Exemplificando a temática, Venosa questiona: aquela pessoa que deixou de prestar o vestibular em virtude de o sistema de transporte não ter funcionado pode ter o dano reparado por parte do transportador, já que restou impossibilitado de cursar a universidade? (VENOSA, 2012). No que tange a essa questão, Gagliano e Pamplona Filho (2006) dizem que a reparabilidade do dano não pode ser, de pronto, excluída. Comprovado o nexo de causalidade e a efetividade do dano sofrido, é possível que haja a necessidade de restituir a vítima⁸⁴.

Abordada a certeza do dano, parte-se para a análise do próximo – e último – requisito: a subsistência do dano. Tal exigência significa que, se o prejuízo já foi reparado, não há como suscitar a responsabilidade civil. Nesse sentido se manifestam Gagliano e Pamplona Filho (2006, p. 40): “o dano deve subsistir no momento de sua exigibilidade em juízo, o que significa dizer que não há como se falar em indenização se o dano já foi reparado espontaneamente pelo lesante⁸⁵”.

Em face do cenário que vem sendo delineado na presente pesquisa, torna-se importante falar, também, sobre as espécies de dano existentes. Dessa forma, o dano poderá ser de cunho patrimonial ou moral. O dano patrimonial configura-se quando uma pessoa tem seus interesses financeiros ofendidos, ou seja, quando o prejuízo afeta um bem material. Assim, toda a diminuição de patrimônio da vítima – seja ela consistente na perda ou devido à privação de algum lucro – é entendida como dano patrimonial⁸⁶ (SANTOS, 2015).

⁸⁴ Impende mencionar que a verificação quanto às chances sérias e reais dizem respeito ao seu grau, sendo que somente o caso concreto é que demonstrará a real seriedade dessas chances.

⁸⁵ Logicamente que, se essa reparação estiver sido feita às expensas da vítima, a exigibilidade permanece.

⁸⁶ Nesse ínterim, quando, por exemplo, um carro é atingido devido ao arremesso de uma pedra por parte de um terceiro, se está diante de um dano patrimonial.

Insta mencionar que o dano patrimonial pode ser percebido de duas formas: como dano emergente ou como lucros cessantes. O primeiro corresponde ao efetivo prejuízo experimentado pela vítima, isto é, diz respeito ao que ela, de fato, perdeu. Com relação aos lucros cessantes, esses estão vinculados ao que pessoa ofendida deixou de lucrar por força do dano, ou seja, se refere a tudo o que ela não ganhou (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006).

Estudado o dano patrimonial, passa-se, agora, a analisar o dano moral. Nesse âmbito, abrangentemente falando, o dano em comento traduz-se na lesão a direitos da personalidade de determinada pessoa. De acordo com o escólio tecido pelos autores Gagliano e Pamplona Filho (2006, p. 44), o dano moral está conectado ao “prejuízo ou lesão de direitos, cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro, como é o caso dos direitos da personalidade, a saber, o direito à vida, à integridade física, à integridade psíquica e à integridade moral”.

Bittar (1993, p. 41) também define o que são os danos morais: são aqueles prejuízos advindos da esfera da subjetividade, ou seja, aqueles que dizem respeito ao plano valorativo da pessoa na sociedade. Nesse diapasão, o fato violador – dano moral – atinge “[...] os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou o da consideração social)”.

Nesses termos revela-se, também, o pensamento de Santos (2015, p. 76), o qual aduz que, em sua mais profunda acepção, o dano moral é aquele que tem como consequência “[...] a frustração do projeto de vida da pessoa. Vale dizer, trata-se de um fato de tal magnitude, que truncaria a realização da pessoa humana de acordo com sua mais recôndita e intrasferível vocação”.

Em face dos argumentos trazidos, não restam dúvidas de que o dano moral é aquele que afeta os sentimentos das pessoas. Aquele prejuízo que rompe com o equilíbrio emocional e que, por conseguinte, produz angústia, dor, vergonha e impotência (SANTOS, 2015). No entanto, devido à perspectiva constitucionalizada – aplicação dos preceitos constitucionais em todas as esferas do Direito –, na qual o norte principal passou a ser a dignidade da pessoa humana e a construção de uma sociedade mais solidária, a conceituação de direito moral pode ir ainda mais além.

Com efeito, o dano moral também pode ser definido como toda e qualquer lesão que atinja a dignidade da pessoa humana, isto é, toda circunstância que afete o ser

humano em sua condição humana e que negue sua qualidade de pessoa pode ser igualmente considerada um dano moral.

Corroborando o pensamento ora mencionado, Moraes (2003, p. 327) aponta o seguinte: “constitui dano moral a lesão a qualquer dos aspectos componentes da dignidade humana”, sendo que essa dignidade está “[...] fundada em quatro substratos e, portanto, corporificado no conjunto dos princípios da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade”.

Há, ainda, uma outra espécie de dano que merece atenção: o dano por ricochete – também conhecido como dano reflexo. O referido dano, que tem sua origem no Direito francês, consiste no prejuízo que atinge reflexamente uma pessoa próxima da vítima que sofreu diretamente a ação ilícita ou lícita. É o caso, por exemplo, de um pai que é morto por um segurança de banco inábil em uma troca de tiros. Note-se que, muito embora o dano tenha sido sofrido diretamente pelo genitor, seus filhos irão sofrer reflexos em virtude da ausência da figura paterna (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006).

Nesse íterim, de acordo com a maior parte da literatura jurídica brasileira, para que o dano reflexo possa ensejar uma reparação civil é necessário que ele seja certo e de existência comprovada. Portanto, a despeito de não ser de fácil caracterização, é possível haver a reparação civil por dano reflexo ou em ricochete, desde que fique evidente o prejuízo causado à vítima indireta (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006).

Após efetuar a análise dos dois primeiros elementos da responsabilidade civil – a conduta humana e o dano –, cuidar-se-á, agora, do estudo relativo ao nexo de causalidade. O fator em voga, que diz respeito à relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o prejuízo sofrido pela vítima, é bastante complexo, sendo que é nessa linha de raciocínio que se revela o escólio de Lopes (2001, p. 218): o nexo de causalidade parece envolver noções fáceis e sem maiores dificuldades. Contudo, isso se trata “[...] de mera aparência, porquanto a noção de causa é uma noção que se reveste de um aspecto profundamente filosófico, além das dificuldades de ordem prática, quando os elementos causais [...] se multiplicam no tempo e no espaço”.

O referido pressuposto parece ser simples de ser compreendido. Porém, não raras vezes, talvez em razão de a matéria ser mal assimilada, os tribunais acabam adotando posicionamentos confusos em torno do nexo de causalidade, situação que gera diversos prejuízos para a população e que, inclusive, contribui para o descrédito do Poder Judiciário. Neste passo, com o intuito de verificar quem deve responder pelo

dano, a literatura jurídica prevê algumas teorias explicativas acerca do nexo de causalidade, quais sejam: a teoria da equivalência de condições; a teoria da causalidade adequada; e a teoria da causalidade direta ou imediata – interrupção do nexo causal.

Para a teoria da equivalência das condições, tudo aquilo que concorra para o evento será considerado causa. Esta forma de análise do nexo de causalidade foi criada pelo jurista alemão Von Buri, no ano de 1860, o qual, para fins de responsabilização civil, entendia como causa qualquer evento que fosse capaz de gerar o dano. Assim, a referida teoria, que possui um amplo espectro, considera elemento causal todo o antecedente que haja participado da cadeia de fatos que desembocam o prejuízo. Esse entendimento, inclusive, dá nome à teoria, pois a “equivalência de condições significa que “[...] todos os fatores causais se equivalem, caso tenham relação com o resultado⁸⁷” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p. 46).

Esta proposição quanto ao nexo de causalidade traz consigo um grave problema, uma vez que ao “[...] considerar causa todo o antecedente que contribua para o desfecho danoso, a cadeia causal, seguindo esta linha de inteligência, poderia levar a sua investigação ao infinito” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p. 87). A referida ideia encontra respaldo, também, nas palavras de Tepedino (2001, p. 03): a inconveniência desta teoria paira em sua desmesurada ampliação, uma vez que o dever de reparar é imputado a um interminável número de agentes. “Afirmou-se, com fina ironia, que a fórmula tenderia a tornar cada homem responsável por todos os males que atingem a humanidade”.

Em face dessa linha de raciocínio, numa situação hipotética em que o agente saca a arma e dispara o projétil na direção de seu desafeto, seria considerado causa não apenas o disparo, mas, igualmente, a compra da arma, a sua fabricação, a aquisição da pólvora pela indústria de armamento bélico, e assim por diante. Logicamente que tal entendimento geraria um número ilimitado de ofensores na situação de ilicitude. Dessa forma, em virtude de tais complexidades, a teoria em voga não se mostra a mais adequada para resolver a questão do nexo de causalidade, razão pela qual não é adotada pelo Direito Civil brasileiro (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006).

⁸⁷ A teoria da equivalência de condições é a teoria adotada pelo Código Penal brasileiro.

Parte-se, agora, para o estudo da segunda teoria acerca do nexo de causalidade: a teoria da causalidade adequada. A aludida proposição, desenvolvida a partir das ideias do filósofo alemão Von Kries, não obstante ainda sofra algumas críticas, é considerada mais refinada do que a teoria da equivalência das condições.

Segundo apontam os adeptos da teoria em comento, não se pode considerar causa toda e qualquer condição que tenha contribuído para a efetivação do resultado, mas apenas o antecedente abstratamente idôneo à produção do efeito danoso. Portanto, “causa, para ela, é o antecedente, não só necessário, mas, também, adequado à produção do resultado. Logo, nem todas as condições serão causa, mas apenas aquela que for mais apropriada para produzir o evento” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p. 88).

Exemplificando a teoria em voga, Varela (1996) aduz: uma pessoa, apressada para embarcar em um avião, é retida ilicitamente por outra. Em virtude dessa retenção, precisa pegar outro avião, o qual cai e provoca a morte de todos os passageiros, sendo que o primeiro avião – que ela deveria embarcar – chegou normalmente ao seu destino. Para a teoria da causalidade adequada não se pode considerar a retenção ilícita como causa – jurídica – do dano ocorrido, visto que, em abstrato, não era adequada a produzir tal efeito, embora se possa asseverar que este, nas condições expostas, não teria ocorrido se não fosse o ilícito.

Portanto, o ponto nodal da doutrina em análise se fixa na seguinte ideia: somente há uma relação de causalidade adequada entre o fato e o dano quando o ato ilícito praticado pelo agente for apto a provocar o dano sofrido pela vítima, levando-se em conta, sobremaneira, o curso normal das coisas e a experiência comum da vida (VARELA, 1996).

O Brasil não adotou a teoria da causalidade adequada, visto que nem sempre a causa em abstrato se revela como a mais adequada a gerar o prejuízo. Nesse âmbito, se a teoria da equivalência das condições peca pelo excesso, a teoria em análise admite um acentuado grau de discricionariedade do julgador, pois é ele quem irá avaliar se o fato ocorrido pode ser considerado, realmente, causa do resultado danoso⁸⁸ (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006).

⁸⁸ Afora isso, a abstração característica da teoria da causalidade adequada pode conduzir a um afastamento absurdo da situação concreta, uma vez que é posta ao acerto judicial (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006).

A última teoria a ser analisada é chamada de teoria da causalidade direta ou imediata. Esta vertente, que foi desenvolvida no Brasil, está relacionada à interrupção do nexo causal, ou seja, apenas são consideradas causas aquelas que estão conectadas direta e imediatamente ao dano, sem considerar a interferência de qualquer causa sucessiva. Nesse diapasão, conforme as características da teoria em voga, causa “seria apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessariedade ao resultado danoso, determinasse esse último como uma consequência sua, direta e imediata” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p. 90).

Visando melhor elucidar a teoria em análise, tome-se um exemplo clássico: Caio é ferido por Tício em virtude de uma discussão após o final de uma partida de futebol. Caio é socorrido por Pedro, que dirige seu carro velozmente em direção ao hospital. No trajeto, o veículo capota e Caio falece. Logo, de acordo com a teoria da causalidade direta ou imediata, apenas Pedro irá responder pela morte da vítima – desde que não seja reconhecida alguma excludente a seu favor. Tício, por seu turno, não responde pela morte, visto que seu comportamento apenas determinou a lesão corporal (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006).

A teoria em análise, via de regra, parece ser a mais plausível frente à dogmática jurídica. Contudo, ela encontra algumas inconsistências no âmbito do dano por ricochete. Dessa forma, surge um questionamento: o fato de só se considerar como atribuível ao antecedente causal o seu efeito direto ou imediato não estaria negando a ocorrência do dano reflexo? Gagliano e Pamplona Filho (2006) entendem que não, pois o fato de se considerar “reflexo” ou “indireto” não significa dizer que não há necessidade de reparação civil, uma vez que para a pessoa que sofre reflexamente o dano, ele é considerado efeito direto e imediato do ato ilícito – ou lícito.

Destrinchados todos os elementos componentes da responsabilidade civil, é importante salientar que, em determinados casos, não haverá a necessidade de reparação do dano por parte do agente causador, visto que há o rompimento do nexo de causalidade. Essas hipóteses estão abarcadas pelas excludentes de responsabilidade civil, sendo que a partir desse momento a pesquisa abordará algumas delas.

O estado de necessidade tem assento legal no artigo 188, inciso II, do Código Civil brasileiro⁸⁹ e é regulamentado pelos artigos 929⁹⁰ e 930⁹¹ do mesmo diploma. Em suma, “consiste na situação de agressão a um direito alheio, de valor jurídico igual ou inferior àquele que se pretenda proteger, para remover perigo iminente, quando as circunstâncias do fato não autorizam outra forma de atuação⁹²” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p. 102).

A legítima defesa, outra excludente de responsabilidade civil, também está regulamentada no artigo 188 do Código Civil brasileiro, mas no inciso I⁹³. Diferentemente do estado de necessidade, na excludente em análise a pessoa está “[...] diante de uma situação atual ou iminente de injusta agressão, dirigida a si ou a terceiro, que não é obrigado a suportar⁹⁴” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p. 102).

O exercício regular de um direito, previsto na segunda parte do artigo 188, inciso I, do Código Civil brasileiro, aponta que não poderá haver responsabilidade civil quando a pessoa estiver exercendo situação amparada pelo Direito⁹⁵. Já o estrito cumprimento do dever legal, umbilicalmente vinculado ao exercício regular do direito, pode ser melhor compreendido por meio de um exemplo: um policial que arromba uma residência, cumprindo uma ordem judicial, não pode ser responsabilizado civilmente, uma vez que está agindo no estrito cumprimento do dever legal.

Tem-se, também, o caso fortuito e a força maior, os quais estão disciplinados no parágrafo único do artigo 393 do Código Civil brasileiro de 2002. De acordo com Pinto (2011), o caso fortuito advém de uma causa desconhecida – imprevisível; e a

⁸⁹ Artigo 188: “não constituem atos ilícitos: [...] II -a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente (BRASIL, 2002).

⁹⁰ Artigo 929: “se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram” (BRASIL, 2002).

⁹¹ Artigo 930: “no caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado (BRASIL, 2002).

⁹² É importante salientar que o agente que esteja atuando em estado de necessidade, não está isento do dever de respeitar os estritos limites de sua necessidade. Portanto, qualquer excesso que venha a cometer, poderá ensejar a reparação civil. Tal entendimento é dado pelo parágrafo único do artigo 188 do Código Civil brasileiro.

⁹³ Artigo 188: “não constituem atos ilícitos: I – os praticados em legítima defesa [...]” (BRASIL, 2002).

⁹⁴ Insta frisar que, no caso da excludente em tela, a literatura jurídica não recomenda a fuga como a conduta mais razoável a se adotar, uma vez que considera legítima a defesa de um interesse juridicamente tutelado, desde que o agente não tenha agido com excesso em sua conduta.

⁹⁵ Artigo 188: “não constituem atos ilícitos: I – [...] no exercício regular de um direito reconhecido” (BRASIL, 2002).

força maior é proveniente de uma causa conhecida – inevitável⁹⁶. Dessa forma, em ambas as situações os efeitos do dano não eram possíveis de se evitar ou impedir.

A culpa exclusiva da vítima é aquela em que o suposto agente da conduta ilícita ou lícita – que geraria o dever de responsabilidade –, atua como um instrumento da vítima, sendo esta a responsável pelos danos causados⁹⁷. O fato de terceiro, outra excludente de responsabilidade civil, diz respeito às situações em que o dano é provocado exclusivamente por um terceiro – uma pessoa estranha ao agente do dano e à vítima (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006).

Nesse momento da pesquisa torna-se importante falar, também, sobre a teoria da imputação objetiva, que, para Gagliano e Pamplona Filho (2006), trata-se, na verdade, de uma excludente de responsabilidade civil, e não de uma teoria que visa explicar o nexo de causalidade. A referida doutrina aponta que, se uma pessoa criou ou incrementou um risco proibido relevante e se o resultado jurídico decorreu desse risco, ela pode ser responsabilizada civilmente por seu ato.

Em face desse cenário, se alguém cria ou incrementa uma situação de risco não permitido, responderá pelo resultado jurídico causado à vítima”, a exemplo do que ocorre quando uma pessoa “dá causa a um acidente de veículo, por estar embriagado (criação do risco proibido), ou quando se nega a prestar auxílio a alguém que se afoga, podendo fazê-lo caracterizando a omissão de socorro (incremento do risco)” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p. 95-96, grifado no original).

Perceba-se que, em ambas as hipóteses suscitadas pelos autores, o agente pode ser responsabilizado penalmente pelo dano que causou à vítima. E porque não poderia ser responsabilizado civilmente por isso? Afinal de contas, o prejuízo poderia ter sido evitado caso o ofensor não tivesse tomado as atitudes que tomou. Isso tudo vale quando se fala em direitos fundamentais e em solidariedade. Como pode alguém agir colocando direitos fundamentais de outrem em risco e não ser responsabilizado pelo que fez? E mais, como pode alguém deixar de agir em frente à uma ameaça a direito fundamental e não ser responsabilizado por isso?

A partir desse momento, começa-se a abrir margem para serem tecidos alguns apontamentos sobre a responsabilidade civil sob o viés da constitucionalização do

⁹⁶ Parágrafo único do artigo 393: “o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir” (BRASIL, 2002).

⁹⁷ A título de exemplo: não há como responsabilizar o motorista que, trafegando de acordo com as regras de trânsito, se depara com uma pessoa suicida que se joga em frente ao seu carro.

direito privado e do ideal solidarista. Contudo, antes de efetivar tal abordagem, é preciso, ainda, estudar as duas principais espécies de responsabilidade civil: a subjetiva e a objetiva – que muito reflete a mudança de paradigma na produção e interpretação do Direito.

Inicialmente, é imprescindível mencionar que a culpa será ou não considerada elemento da obrigação de reparar o dano, conforme for o fundamento dado à responsabilidade. Para a teoria subjetiva, a culpa é um dos fundamentos principais da responsabilidade civil, sendo essencial que o agente causador do dano tenha agido com culpa, pois “em não havendo culpa, não há responsabilidade” (GONÇALVES, 2007, p. 30). Dessa forma, a prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável, de modo que a responsabilidade do causador da lesão somente será configurada caso o mesmo tenha agido com dolo ou com culpa⁹⁸.

Conforme se depreende da leitura do artigo 186⁹⁹ do Código Civil brasileiro, aquele que cometer ato ilícito fica obrigado a reparar o dano causado, desde que provada a culpa do agente. Neste passo, é possível identificar determinados elementos essenciais à responsabilidade civil subjetiva, ou seja, pressupostos que devem se fazer presentes para o efetivo surgimento da obrigação de indenizar a vítima, quais sejam: a conduta humana – ação ou omissão –; a culpa do agente¹⁰⁰; o nexo de causalidade; e o dano sofrido pela vítima (SAMPAIO, 2000). Assim, consoante aponta a teoria da responsabilidade civil subjetiva, para que a surja a possibilidade de reparação, a vítima deverá, necessariamente, provar a incidência de tais elementos¹⁰¹.

⁹⁸ Cumpre fazer uma breve distinção entre dolo e culpa: quando há intenção deliberada de ofender o direito ou de ocasionar prejuízo a outra pessoa, há o dolo. Se não há esse intento deliberado, mas mesmo assim o dano veio a surgir, existe a culpa.

⁹⁹ Artigo 186: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar prejuízo a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002).

¹⁰⁰ A culpa deriva da inobservância de um dever de conduta, previamente imposto pela ordem jurídica, em atenção à paz social. Conforme já referenciado, se esta violação é proposital, atuou o agente com dolo; se decorreu de negligência, imprudência ou imperícia, a sua atuação é culposa. Cumpre mencionar que a negligência é a falta de observância do dever de cuidado – motorista causa acidente por não ter consertado lanterna traseira do veículo –; a imperícia se caracteriza quando o agente culpado decide enfrentar desnecessariamente um perigo – pai que manda seu filho menor alimentar um cão de guarda –; e a imperícia decorre da falta de aptidão ou habilidade específica para a realização de uma atividade técnica ou científica – erro médico (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006).

¹⁰¹ Não há como negar que a responsabilidade subjetiva foi acolhida pelo ordenamento jurídico brasileiro – o artigo 186 do Código Civil prova isso. Contudo, cabe destacar que essa forma de responsabilização ocorreu em um período de relações individualizadas e, conforme será visto, à medida em que o tempo foi passando ela se tornou incapaz de atender às demandas das vítimas.

Em contrapartida à teoria da responsabilidade civil subjetiva, tem-se a teoria da responsabilidade civil objetiva, a qual está calcada na evolução do mundo moderno e nas transformações ocorridas no seio das relações sociais. A teoria em questão, conforme já vem sendo dito nesta pesquisa, nasceu especialmente pelo fato de que, em determinados casos, a teoria da culpa – subjetiva – não encontrava plena sintonia com o desenvolvimento da sociedade e, conseqüentemente, não era suficiente para garantir a reparação do dano causado à vítima.

Nesse diapasão, no âmbito da teoria objetiva não se exige prova de culpa do agente para que o mesmo seja obrigado a reparar o dano causado, pois a responsabilidade é presumida em lei, ficando, neste caso, prescindida a culpa. Portanto, a referida teoria aponta que o agente responsável por causar o dano tem a obrigação de repará-lo, independentemente se agiu com ou sem culpa¹⁰², devendo ser identificado, apenas, a conduta humana; o nexo de causalidade; e o dano. A imputação do ato ou fato lesivo ao responsável tem por base um risco que ele próprio criou ou que, pelo menos, aconteceu dentro de sua esfera de ação ou omissão (GONÇALVES, 2007).

O Código Civil de 2002, surgido após a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e, portanto, desprendendo-se do viés individualista presente no Código Civil de Beviláqua, trouxe a responsabilidade civil objetiva ao lado da responsabilidade subjetiva. Tal situação resta comprovada mediante a redação do artigo 927 do Código Civil brasileiro: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo¹⁰³” (BRASIL, 2002). Nesse ínterim, o que se observa é que o ordenamento jurídico brasileiro adota um sistema dual quanto à responsabilidade civil, sendo adepto tanto da teoria subjetiva, como da objetiva (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006).

Ainda que se tenha muito a evoluir, não restam dúvidas de que o Código Civil brasileiro representou um certo avanço no que tange à responsabilidade civil, especialmente por ter ampliado o seu alcance. Nesse sentido revela-se o pensamento

¹⁰² Consoante o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil brasileiro de 2002, haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

¹⁰³ Consoante preceitua o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil brasileiro, o magistrado poderá reconhecer a responsabilidade civil do agente causador do dano, sem a indagação de culpa, em duas situações: nos casos especificados em lei; e quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

de Moraes (2006), que destaca que a objetivação do instituto da responsabilidade civil nada mais é do que o resultado do processo de releitura do direito civil à luz dos princípios e normas constitucionais, pois ela traduz perfeitamente a passagem do modelo individualista-liberal de responsabilidade – baseado na ideologia do *Code Napoléon* e do Código de 1916 –, para o chamado modelo solidarista, o qual, calcado na Constituição Federal de 1988, volta sua atenção e seu cuidado para o lesado. Nesse cenário, “questiona-se se à vítima deva ser negado o direito ao ressarcimento e não mais, como outrora, se há razões para que o autor do dano seja responsabilizado”. Em suma, a responsabilidade civil passa a estar diretamente vinculada aos princípios constitucionais da dignidade, da igualdade e da solidariedade (MORAES, 2006, p. 250).

Caminhando nesse sentido, mas indo ainda mais além, Catalan (2013) adverte que é do texto constitucional que emanam as luzes solucionadoras de cada situação concretamente estabelecida, ou seja, a resposta para os casos da vida cotidiana está na Constituição. Isso não surge das vozes do além. É o Direito Civil, agora constitucionalizado em sua totalidade, que faz com que isso aconteça. Portanto, são nos princípios constitucionais que as respostas para as “[...] celeumas detectadas na seara das relações civis serão encontradas, mesmo porque, toda decisão há de respeitar o texto constitucional [...]” (CATALAN, 2013, p. 39).

O referido pensamento faz com que os filtros compositores da responsabilidade civil – entendidos, aqui, como os elementos anteriormente analisados – acabem ruindo/perdendo força um a um. Uma decisão derivada da ponta da caneta segurada firmemente pelo magistrado – calcada na legalidade – não deve ser aquela informada pela subserviência às regras pré-concebidas, mas a que fundada nelas, respeita as premissas estampadas na Constituição (CATALAN, 2013).

Mas isso quer dizer que a responsabilidade civil não precisa de pilares objetivos? E como fica a “estabilidade” do Direito e desse instituto se não houverem elementos essenciais? Em momento algum se pretende dizer que tais fatores não são importantes e, além disso, é de bom alvitre comentar que os princípios e premissas constitucionais não podem funcionar como legitimadores de decisões arbitrárias e discricionárias. Longe disso, é necessário que os elementos fundadores da responsabilidade civil estejam em plena consonância com a Constituição Federal vigente. Se isso, porventura, requerer sua erosão, que assim seja.

O novo modo de compreender o Direito, tendo a Constituição Federal de 1988 como centro gravitacional de todo o sistema, implica que cada situação surgida seja analisada mediante os princípios e premissas constitucionais, sendo que tal pensamento deve permear toda e qualquer ferramenta componente do ordenamento jurídico – incluindo a responsabilidade civil. “Por tudo isso, a imposição (ou não) do dever de reparar não pode estar fundada apenas na comprovação da legalidade de uma decisão oriunda do preenchimento das regras infraconstitucionais” (CATALAN, 2013, p. 45).

É em face desse cenário que novamente volta-se à solidariedade e à dignidade da pessoa humana. “Disseminar a solidariedade é tão importante quanto promover a dignidade na fundação da arquitetura jurídica contemporânea” (CATALAN, 2013, p. 46). Aliás, é praticamente impossível pensar em uma democracia e na vida em sociedade sem que cada pessoa tenha consciência de suas responsabilidades perante o próximo. É indubitável que o princípio constitucional da solidariedade – ao ganhar força normativa – passe a constituir fonte de direitos e, também, de deveres, tanto em nível individual, quanto coletivo.

A partir do momento em que a solidariedade é encarada com seriedade, ela conduz as pessoas a aceitarem o fato de que o outro existe. E, à medida em que os pilares “[...] do individualismo forem derrubados um a um, a solidariedade estimulará, ainda que de modo gradual – e contrariando os interesses de alguns – a humanização do próprio Direito” (CATALAN, 2013, p. 48). Desta feita, ela é capaz de impor a todos a ideia de responsabilidade pela coesão da sociedade e pelo bem-estar de cada ser humano.

A solidariedade é a base do dever de reparar, sendo talvez este o ponto nodal do texto que está sendo construído. A vida em sociedade, consoante já mencionado nesse trabalho, desde os primórdios, “é responsável pela gênese de um dever inderrogável de solidariedade que, ao lado das possibilidades descritas, impõe olhar atentamente à(s) vítima(s) do dano” (CATALAN, 2013, p. 50). Nesse ínterim, a preocupação volta-se, agora, para a pessoa que sofreu o prejuízo, seja em razão de uma ação ou de uma omissão. Portanto, considerando que a solidariedade possui caráter normativo e que permeia as relações privadas, é passado o tempo em que as pessoas podem se eximir de obrigações para com o próximo, surgindo no seu lugar a ideia de dever perante os outros.

O Direito caminha para um direito de danos, onde a conduta humana, a culpa, e o nexo de causalidade perdem a sua força. Não importa como e quando o instituto da responsabilidade civil será aplicado. O que importa é que ele deve estar em plena consonância com o ideal solidarista e com a promoção da dignidade da pessoa humana – dois grandes pilares da Constituição Federal de 1988. Nesse âmago, é muito importante despir-se de determinados conceitos egoisticamente ensinados pela literatura jurídica e fixar a seguinte premissa: um dano, para ser indenizável, não diz respeito somente àquele que decorre de uma violação do patrimônio economicamente aferível, mas, sobremaneira, àquele que advém de uma violação de direitos inatos à condição humana – sem expressão pecuniária essencial (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006).

Afora isso, consoante já dito no âmbito desta pesquisa, volta-se a articular que é preciso compreender que o dano, para o Direito Civil, não toca apenas interesses individuais, de modo que tal campo não pode ser produto do cego individualismo humano. Portanto, todo prejuízo causado, ainda que seja derivado de “um ilícito civil e dirigido a um só homem, interessa à coletividade”, mesmo porque “vivemos em sociedade, e a violação do patrimônio – moral ou material – do meu semelhante repercute, também, na minha esfera pessoal” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p. 38).

Diante de todos os fatos trabalhados, a responsabilidade civil, muito embora esteja alicerçada em pilares essenciais, precisa acompanhar o processo de constitucionalização do direito privado. O referido instrumento jurídico deve promover a dignidade da pessoa humana e o ideal solidário, ambos presentes na Constituição de 1988. Se isso significar o abandono – ou relativização – dos pressupostos da responsabilidade civil, não há outra saída senão o fazê-lo, visto que a busca pela dignidade e pela solidariedade não pode encontrar amarras.

A normatividade do princípio constitucional da solidariedade e a consequente promoção da dignidade da pessoa humana fulminam com a ideia de que as pessoas não possuem deveres perante os outros seres humanos, ainda mais se esses deveres estiverem relacionados à alguma violação a direito fundamental. Neste passo, seja qual for o âmbito da relação, as pessoas têm o dever de impedir que direitos fundamentais de seus semelhantes sejam transgredidos.

Trazendo o assunto mais especificamente para o problema dessa pesquisa, se as pessoas não podem se calar diante de iminentes violações a direitos fundamentais,

seria possível, então, responsabilizar civilmente – por dano moral e/ou material – um particular que, ciente da declaração por parte da gestante em interromper a gravidez, não toma qualquer atitude que vise preservar a vida da mãe e a vida do embrião/feto¹⁰⁴?

Assim, com o intuito de conceder uma resposta para o questionamento em voga, o próximo item abordará os principais fatores relativos ao abortamento e, posteriormente, irá verificar a (im)possibilidade de responsabilizar civilmente – por dano moral e/ou material – o particular que não toma alguma atitude no sentido de preservar as vidas, as quais são colocadas em risco no momento em que a gestante decide efetuar o aborto.

4.3 A (im)possível responsabilização civil por dano moral e/ou material do particular que, ciente dos fatos, se omite quanto à preservação das vidas nos casos de declaração de interrupção da gravidez

Para que seja possível verificar se há a possibilidade de responsabilização civil por dano moral e/ou material do particular que, ciente da declaração de interrupção da gravidez por parte da mãe, não age no sentido de evitar a perda das vidas envolvidas – vida da gestante e vida do embrião/feto –, primeiramente é necessário fazer uma reflexão sobre os inúmeros aspectos que imantam o aborto¹⁰⁵.

Neste sentido, surge a primeira pergunta: o que é o aborto? O termo “aborto”, cuja origem encontra respaldo no vocábulo em latim *abortus*, “é empregado para designar a interrupção da gravidez antes de seu termo normal, seja ela espontânea ou provocada, tenha havido ou não expulsão do feto destruído¹⁰⁶” (DINIZ, 2001, p. 31).

Tal pensamento encontra respaldo junto ao escólio de Teodoro (2007, p. 105), o qual aponta o seguinte: “a etimologia da palavra aborto é latina, *abortus*, sendo que o prefixo *ab* significa impedir, privar, e *ortus*, nascer, nascimento”. Neste passo, o “abortamento consiste na interrupção violenta da gravidez antes de seu termo natural,

¹⁰⁴ Lembre-se que, conforme abordado na presente pesquisa, não há como negar que a gestante carrega em seu ventre, desde o momento da concepção, uma vida.

¹⁰⁵ Alguns autores entendem que o termo abortamento é mais preciso, pois aborto indicaria o produto da interrupção já consumada da gravidez. Contudo, cabe mencionar que, no âmbito dessa pesquisa, abortamento e aborto são utilizados como palavras sinônimas.

¹⁰⁶ Cumpre destacar que a expulsão do produto do aborto poderá tardar ou até mesmo deixar de existir, visto que há a possibilidade de ocorrer sua mumificação/calcificação por parte do organismo da mulher.

com a conseqüente morte do feto, podendo este ser expulso do organismo materno, ou não”. É justamente por essa razão que o autor entende que a interrupção da gravidez e a morte do feto são os pressupostos para configuração do aborto.

No campo médico, especialmente na seara obstétrica, há a distinção entre aborto e parto prematuro. O aborto é entendido como a interrupção da gestação nos primeiros seis meses de vida intrauterina, ante a inviabilidade do feto. O parto prematuro, por sua vez, é compreendido como aquele que ocorre após o sexto mês de gestação, continuando vivo o produto da concepção. Contudo, é preciso salientar que, juridicamente falando, esse critério cronológico é inaplicável, pois basta o aniquilamento do concepto¹⁰⁷, em qualquer momento anterior ao fim da gestação, para que seja configurado o aborto – não há que se falar em viabilidade ou não do ser que está se desenvolvendo no ventre da gestante (DINIZ, 2001).

Além disso, torna-se necessário mencionar que, sob o prisma jurídico, há uma certa divergência quanto ao modo de conceituar o abortamento. Os autores Tardieu, Zancarol e Garraud entendem por aborto a expulsão prematura, violenta e intencionalmente provocada do feto, independentemente das circunstâncias de viabilidade, idade e formação regular – não consideram aborto os casos em que não há a expulsão do concepto. Outros identificam o aborto juntamente com o feticídio¹⁰⁸, pois compreendem que somente há o abortamento quando a destruição do produto gravídico ocorrer no momento em que o concepto já estiver no período fetal. Magalhães Noronha, Cuello Calón, Irureta Goyena, Aníbal Bruno, Nelson Hungria – para ficar somente nestes autores – consideram como aborto a interrupção da gestação, seguida ou não de expulsão do produto da concepção, antes de sua maturidade, abrangendo, assim, o período que vai desde a concepção até o início do parto (DINIZ, 2001). Dentre tais concepções, a última é a que melhor se coaduna com o ordenamento jurídico vigente.

Afora a questão conceitual, o aborto é suscetível de diversas classificações. Dessa forma, quanto ao seu objeto, poderá ser: ovular, se praticado até a oitava semana de gestação; embrionário, se efetuado até a décima quinta semana de vida intrauterina; e fetal, se operado após a décima quinta semana de gravidez. Relativamente ao elemento subjetivo de sua prática, ter-se-á aborto sofrido, quando

¹⁰⁷ Entende-se por concepto o produto da fecundação.

¹⁰⁸ Feticídio trata-se da morte dolosa do feto no útero ou a sua expulsão violenta do ventre materno, da qual resulta a morte desse mesmo feto.

ocorre sem o consentimento da gestante – será apenas vítima –; ou consentido, caso provocado com a anuência da grávida (DINIZ, 2001).

No que diz respeito à finalidade, o aborto será: terapêutico, se versar sobre alguma dessas hipóteses: aborto necessário, permitido por lei e praticado por médico, com ou sem o consentimento da gestante, desde que não haja outra alternativa para salvar a sua vida¹⁰⁹; ou aborto para evitar enfermidade grave, o qual refere-se àquele feito para impedir grave e iminente perigo à saúde da mãe – não encontra respaldo na lei. Poderá ser, ainda, sentimental, o qual é admitido por lei e consiste na interrupção da gravidez por esta ser resultado de um estupro¹¹⁰. Tem-se, também o aborto eugênico, que se refere à interrupção da gestação em razão de suspeita de que o concepto irá nascer com anomalias físicas e/ou mentais graves. E, por fim, há o aborto econômico – aniquila-se o feto em virtude de os genitores não disporem de recursos para criar a criança que irá nascer –; o aborto estético – a gestante interrompe a gravidez com o intuito de não “deformar” seu corpo –; e o aborto *honoris causa* – realizado no sentido de ocultar a gestação da sociedade para evitar escândalo ou para manter reputação social (DINIZ, 2001).

Concernentemente à causa, o aborto classifica-se em três modalidades, quais sejam: espontâneo, quando há a interrupção da gestação de forma natural e não intencional, a qual geralmente é causada por doenças surgidas ao longo da gravidez ou por defeitos no ovo, embrião ou feto; acidental, se inexistir qualquer propósito em interromper o ciclo gravídico – abortamento causado por um agente externo, tais como susto, trauma, queda, dentre outros –; ou provocado, quando há a interrupção deliberada da gestação pela própria mulher grávida ou por terceiro, com ou sem o seu consentimento, mediante o concurso de causas extrínsecas ou de agentes externos – ordem física, química ou mecânica – para atender a motivos terapêuticos, eugênicos, econômicos, morais, dentre outros (DINIZ, 2001).

Tal classificação leva a outras duas modalidades, as quais são encaradas pelo prisma da lei: o aborto legal e o aborto criminoso. O aborto será legal quando a lei expressamente prever a extinção de sua punibilidade. Por outro lado, o aborto

¹⁰⁹ Nesse caso específico, existem autores que entendem que o médico, antes de proceder a intervenção cirúrgica, deverá obter autorização do magistrado. Outros acham que basta a confirmação do grave risco que acomete a gestante.

¹¹⁰ Impende destacar que a interrupção dessa gestação deve ser realizada por um médico e deve ser precedida de anuência da gestante ou, se incapaz, anuência de seu representante legal, não necessitando de autorização judicial.

criminoso consiste na interrupção, vedada por lei, da vida intrauterina normal, em qualquer de suas fases evolutivas, haja ou não expulsão do produto da concepção do ventre materno (DINIZ, 2001).

Primeiramente, analisar-se-á o aborto legal. Neste passo, em que circunstâncias o aborto será permitido pela lei? De acordo com a legislação pátria, o aborto não será penalmente punido em três casos: quando não houver outro meio de salvar a vida da gestante – aborto necessário –; quando a gravidez resultar de estupro e o aborto for precedido de consentimento da grávida ou, quando incapaz¹¹¹, de seu representante legal¹¹²; e por fim, nos casos de anencefalia, onde gestantes de fetos anencéfalos poderão optar por interromper a gravidez com assistência médica¹¹³.

Em contrapartida, o aborto criminoso trata-se de um delito contra a vida, consistindo “na intencional interrupção da gestação, proibida legalmente, pouco importando o período da evolução fetal em que se efetiva e a pessoa que o pratica, desde que haja morte do produto da concepção, seguida ou não de sua expulsão” por parte do corpo da mulher (DINIZ, 2001, p. 38). Nesse diapasão, haverá aborto mesmo que o conceito seja absorvido ou conservado pelo organismo na genitora¹¹⁴.

Em face desse cenário, cumpre trazer a lume, também, as espécies de aborto criminoso previstas na legislação penal brasileira. A primeira a ser analisada é chamada de autoaborto, isto é, “o aborto provocado pela própria gestante em si mesma, intencionalmente, tirando a vida do feto, mesmo se instigada ou auxiliada por

¹¹¹ É importante frisar que, com a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, diversas mudanças ocorreram no que diz respeito à capacidade civil. Dentre elas, tem-se o artigo 6º do referido diploma, o qual aduz que “a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar” (BRASIL, 2015). Portanto, nos casos em que a gravidez for resultado de estupro e versar sobre pessoa incapaz, todas as disposições relativas ao Estatuto em voga deverão ser observadas.

¹¹² Artigo 128: “Não se pune o aborto praticado por médico: I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal” (BRASIL, 1940).

¹¹³ É de bom alvitre referir que a possibilidade de efetuar aborto de feto anencéfalo é resultado do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 54. Na decisão, afirmou-se que a anencefalia consiste em uma malformação do tubo neural, caracterizando-se pela ausência parcial do encéfalo e do crânio, resultante de defeito no fechamento do tubo neural durante a formação embrionária (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012).

¹¹⁴ Para que se configure o aborto criminoso, alguns requisitos devem se fazer presentes: gravidez – período que abrange a fecundação do óvulo até o início do processo do parto –; dolo, ou seja, a intenção livre e consciente de interromper a gestação, provocando a morte do conceito, ou de assumir o risco do resultado previsto; emprego de técnicas abortivas idôneas para produzir o efeito desejado – sucção uterina, punção, quedas provocadas, agentes térmicos, dentre outros –; e a morte do conceito no ventre materno ou após sua expulsão (DINIZ, 2001).

outrem, de modo secundário” (DINIZ, 2001, p. 41). Tal crime encontra-se tipificado no artigo 124 do Código Penal brasileiro e é punido com detenção de um a três anos¹¹⁵.

Outra espécie de aborto criminoso diz respeito àquele provocado por terceiro com o consentimento da gestante, cuja previsão legal está disciplinada no artigo 126 do Código Penal brasileiro e possui pena de reclusão de um a quatro anos¹¹⁶. Segundo aponta Diniz (2001, p. 42), a pena para esse tipo de delito é mais grave do que a do autoaborto porque o terceiro, “apesar de contar com o beneplácito da gestante, além de dolosamente retirar a vida do nascituro, pode causar dano à incolumidade físico-mental da mãe, inclusive pondo em risco sua vida”.

Nesse tipo penal é importante destacar o seguinte: o consentimento da grávida não será considerado válido se ela não for maior de quatorze anos, se for débil mental ou alienada; ou se sua anuência tiver sido obtida mediante fraude, grave ameaça ou violência, consoante dispõe o parágrafo único do artigo 126 do Código Penal brasileiro. Nesses casos, se estará diante do crime previsto no artigo 125 do referido diploma¹¹⁷.

Tem-se, ainda, o aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante, desde que esse terceiro seja conhecedor da gravidez – também denominado de aborto sofrido. O referido tipo penal encontra respaldo no artigo 125 do Código Penal brasileiro e prevê pena de reclusão de três a dez anos para aquele que o cometer¹¹⁸. Nessa hipótese, não é necessário que haja negativa expressa por parte da grávida, bastando que os meios abortivos sejam empregados à sua revelia ou ignorando o fato de ela achar-se grávida¹¹⁹ (HUNGRIA; DOTTI, 2014).

Além desses tipos penais, há a previsão da forma qualificada do aborto, a qual está disposta no artigo 127 do Código Penal brasileiro, que aponta que as penas cominadas nos artigos 125 e 126 deverão ser aumentadas em um terço, se, em virtude do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofrer lesão corporal

¹¹⁵ Artigo 124: “provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque: pena – detenção, de um a três anos” (BRASIL, 1940).

¹¹⁶ Art. 126: “provocar aborto com o consentimento da gestante: pena – reclusão, de um a quatro anos” (BRASIL, 1940).

¹¹⁷ Parágrafo único do artigo 126: “aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência” (BRASIL, 1940).

¹¹⁸ Art. 125: “provocar aborto, sem o consentimento da gestante: pena – reclusão, de três a dez anos” (BRASIL, 1940).

¹¹⁹ Essa espécie de aborto geralmente trata-se daquela em que o terceiro faz da prática do abortamento a sua profissão habitual, cuja intenção primordial é o lucro. Em virtude dessa situação, o aborto acaba sendo transformado em uma mercadoria na mão dessas pessoas.

de natureza grave; e deverão ser duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevier a morte (BRASIL, 1940).

Abordadas as questões conceituais e dogmáticas sobre o aborto, cumpre destacar que, muito embora a legislação nacional, em determinados casos, tipifique essa conduta como crime, inúmeras mulheres continuam recorrendo-se às práticas cuja intenção primordial consiste em eliminar aqueles pequenos seres que se desenvolvem no seio de seus ventres, tanto aquelas que tem o respaldo da lei – os três casos em que a norma penal não pune –, como aquelas que praticam o ato criminoso.

De acordo com a Pesquisa Nacional de Saúde¹²⁰ – exame de base domiciliar, de âmbito nacional, realizado em parceria com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística IBGE no ano de 2013 –, mais de um milhão de brasileiras entre 18 e 49 anos de idade podem ter praticado aborto pelo menos uma vez na vida. 93% dessas mulheres residem na zona urbana e a maioria delas pertence à cor parda – 45% – e à cor branca – 36%. Além disso, aquelas que possuem ensino médio incompleto são as com o maior percentual, chegando à 33%¹²¹. A pesquisa em comento não questionou às brasileiras em quais condições a gestação foi interrompida¹²² (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2013).

Em 2013, segundo aponta um estudo realizado pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro, foram mais de 150 mil casos de mulheres internadas por complicações em abortos induzidos no País. Com relação ao número de abortamentos legais - ameaça à vida da mãe; por estupro; e anencefalia fetal –, o Ministério da Saúde aponta que no ano de 2013 foram constatados apenas 1.523 casos de abortos realizados em unidades vinculadas ao Sistema Único de Saúde. Já no ano de 2015 esse número subiu para 1.704.

Obviamente, há que se destacar que tais números não são precisos, visto que todos os anos centenas de milhares de mulheres brasileiras, especialmente as mais humildes, realizam o procedimento abortivo em clínicas clandestinas, as quais não oferecem mínimas condições de segurança e de higiene (SARMENTO, 2005). Os

¹²⁰ A referida pesquisa possui periodicidade de 5 anos.

¹²¹ Apenas para fins de esclarecimento, traz-se a lume os demais percentuais relativos à escolaridade: sem instrução/ensino fundamental incompleto – 32% –; ensino médio incompleto – 24% –; ensino superior completo – 9%.

¹²² O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística IBGE destaca que os números obtidos na pesquisa não são precisos, uma vez que muitas mulheres tendem a esconder suas experiências com relação ao aborto temendo uma punição.

números relatados são apenas a ponta do *iceberg*. As causas pelas quais as mulheres recorrem a esse tipo de procedimento são inúmeras, e não há como dizer que a população não tem parcela de culpa nesse complexo problema.

Conforme afirmam Almeida e Machado (2015), diversas motivações para a efetivação do aborto estão alicerçadas em questões sociais. A primeira que pode ser citada é a ausência de uma política educacional. No Brasil, há um número muito expressivo de crianças e adolescentes que estão fora da escola, realidade que cria barreiras para a mulher conhecer seu próprio corpo e, também, para se informar sobre questões sexuais¹²³. A falta de planejamento familiar é outro fator social que contribui para as altas taxas de abortamento no Brasil. Na maioria dos casos, o casal não reconhece no planejamento familiar uma estratégia para organizar a família, refletindo em “falta de consciência das possibilidades e limites do número de filhos que pode ter, assim como dos métodos contraceptivos que poderiam ser utilizados de acordo com orientação médica, sem prejuízo da saúde da mulher” (ALMEIDA; MACHADO, 2015, p. 121).

Há, ainda, a falta de uma política pública de saúde da mulher que seja eficaz, especialmente porque não é garantido às brasileiras o acesso a tratamento de saúde com ênfase na saúde sexual e reprodutiva. Essas questões geralmente passam ao largo pelo sistema público de saúde. Outro fator a ser mencionado é a influência da mídia no cotidiano das pessoas, principalmente porque os veículos informadores banalizam a própria vida humana, induzindo as pessoas a atender necessidades materialistas, desencadeando um consumismo desenfreado e um padrão de vida baseado em valores superficiais, tais como culto ao corpo perfeito, estímulo à sensualidade precoce, dentre outros (ALMEIDA; MACHADO, 2015).

Afora essas questões, o Poder Público não mantém uma estrutura adequada para prevenção, atendimento e acompanhamento da mulher vítima de violência e abuso sexual. E mais, o Estado não possui qualquer programa de acolhimento/instrução para as mulheres que possuem a intenção de fazer um aborto – seja o caso que for –, deixando-as à mercê de uma sociedade que ainda está calcada no individualismo (ALMEIDA; MACHADO, 2015). Na maioria das situações,

¹²³ Segundo aponta o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD –, o Brasil, cujo percentual é de 24,3%, tem a terceira maior taxa de abandono escolar entre os 100 países com maior Índice de Desenvolvimento Humano – IDH.

as mulheres têm medo de procurar auxílio quando estão com um problema dessa ordem.

Em virtude de todos os dados apontados, resta evidente que o aborto diz respeito a um tema social complexo, sobretudo porque “[...] a sua prática não pode ser entendida de forma isolada, considerando apenas a relação mulher-corpo” (ALMEIDA; MACHADO, 2015, p. 120). Essa questão, para ser devidamente compreendida, exige de todos os segmentos da sociedade uma visão mais ampliada, que considere a prática abortiva na sua relação com as diversas dimensões humano-sociais, tais como família, trabalho, condição feminina, valores culturais, estrutura política e econômica, entre outros.

À luz dessa perspectiva, todos os aspectos que envolvem a vida humana devem ser pensados tendo como base a relação pessoa-sociedade, visto que “os elementos da vida particular das pessoas interferem no meio social, e os aspectos sociais influenciam na organização da vida privada dos homens” (ALMEIDA; MACHADO, 2015, p. 120). As consequências da escolha pela prática do abortamento, muito embora esteja calcada em uma decisão individual, não estão afetadas somente à mulher, mas, igualmente, a outros atores sociais, tais como o homem, a família, os educadores, os profissionais ligados a essa área, o conceito, enfim, todas as pessoas que compõem a sociedade.

O que se pretende dizer é que as pessoas não vivem sozinhas no mundo e, por essa razão, precisam compreender que possuem deveres para com o próximo. Dessa forma, não há como negar que toda essa ideia possui vinculação com o aborto, especialmente porque ele envolve o direito à vida de forma direta. Com base nessas informações é possível construir um raciocínio que seja capaz de responder ao questionamento feito na presente dissertação, qual seja: se é possível responsabilizar civilmente por dano moral e/ou material o particular que, ciente da declaração de interrupção da gravidez por parte da gestante, não toma qualquer atitude no sentido de proteger as vidas em jogo.

Nesse sentido, consoante visto no âmbito desta pesquisa, o que se observa é que o enaltecimento do princípio da dignidade de pessoa humana e sua consequente proteção gerou um sistema único e particular de responsabilidade civil, pois passa-se a dar maior ênfase à tutela da pessoa humana – vítima – do que à punição do responsável pelo dano. Tal situação é fruto das profundas transformações ocorridas

no instituto em tela, as quais são advindas, principalmente, da constitucionalização do direito privado e da premissa solidarista (MORAES, 2006).

De uma forma geral, a inspiração constitucional deu amplitude ao instrumento da responsabilidade civil e, ainda, fez com que determinados princípios e elementos, os quais eram normalmente alheios ao surgimento da obrigação de indenizar, fossem incorporados ao sistema da reparação civil. Mas quais são esses fatores? A dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a justiça distributiva (MORAES, 2006).

Sob este contexto, considerando a constitucionalização do direito privado – que transforma e amplia profundamente o instituto da responsabilidade civil – e a necessidade de máxima proteção da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, do direito à vida¹²⁴, é possível afirmar que o particular, ao se deparar com uma declaração de interrupção da gravidez, pode ser responsabilizado civilmente se caso não agir no sentido de preservar as vidas – vida da mãe e vida do embrião/feto –, pois, em decorrência da aplicação do princípio constitucional da solidariedade no cerne das relações privadas, o mesmo tem o dever de agir quando estiver diante de uma violação de direitos fundamentais.

Neste passo, enfatiza-se que essa ação deverá ser no sentido de preservar os direitos fundamentais – especialmente o direito à vida de ambos os envolvidos¹²⁵ – e, ainda, poderá se dar em qualquer âmbito como, por exemplo, numa relação entre pais e filhas; irmãos e irmãs; amigos e amigas; médico e paciente¹²⁶, professor e aluna, dentre outros. Portanto, é importante deixar claro que o presente trabalho refere-se à responsabilização de todo e qualquer particular – e não do Estado – que se omitir quanto ao dever constitucional de solidariedade nesse caso específico de declaração de abortamento por parte da gestante.

Em face desse contexto, a ação do particular deverá ser condizente com a situação fática, ou seja, o mesmo deverá se utilizar de todos os meios possíveis para que a gestante não proceda a interrupção da gravidez, mas sem colocar em risco a

¹²⁴ Lembra-se que o direito à vida, devido ao seu caráter *sui generis*, funciona como um pré-requisito à efetiva existência e exercício de todos os demais direitos presentes no ordenamento jurídico.

¹²⁵ Quais são essas vidas? A vida do embrião/feto e, também, a vida da mãe, porquanto a gestante que decide efetuar a interrupção da gravidez, além de colocar em risco a vida do bebê, está atentando em face da sua própria vida – pois o abortamento é um procedimento invasivo e, como qualquer outro, possui riscos de insucesso, podendo, assim, acarretar graves conseqüências à saúde e, inclusive, a morte.

¹²⁶ Considerando que a relação médico e paciente se trata, na maioria dos casos, de uma relação profissional, logicamente que ela deverá observar os nuances legais contidos nos diplomas que se propõem a regulamentar essa espécie de relação, tais como o Código de Ética Médica.

sua própria vida ou sua integridade física. Neste passo, se o particular se omitiu quanto ao dever de solidariedade frente à declaração de interrupção da gravidez; ou até mesmo se ele agiu e, ainda assim, a gestante realizou o abortamento¹²⁷, apenas o caso concreto e seu conjunto probatório é que irão determinar se a ação praticada por esse particular – em ambas as hipóteses – foi suficiente para não ensejar a obrigação de indenização pelos danos causados.

Há, também, outra questão bastante pertinente no âmbito dessa pesquisa. Conforme visto junto às informações trazidas, o aborto no Brasil não configura crime em três hipóteses, a saber: quando há risco à vida da mãe devido à gestação; quando a gravidez for produto de estupro; e quando o feto for anencéfalo. Contudo, na presente dissertação, ainda que nenhum direito seja absoluto, compreende-se que o direito à vida não deveria ser relativizado, especialmente por se tratar de um direito muito valioso, essencial e frágil – conforme demonstrado na pesquisa –. Dessa forma, quando se fala que o particular, diante de uma declaração de interrupção da gravidez por parte da gestante, deve agir no sentido de evitar a perda das vidas, está se referindo, em princípio, a todo e qualquer tipo de hipótese, seja um caso de abortamento permitido ou não pela lei, pois se entende que em todos os casos de aborto – até mesmo naqueles em que houver permissão da lei – há atentado contra a vida.

Nesse sentido manifesta-se Diniz (2001, p. 55), a qual aponta “que a ausência de punição não retira o caráter delituoso do fato”. Assim, se um particular vier a fazer um abortamento para salvar a vida da gestante; em virtude de que ela foi estuprada; ou devido ao fato de ela estar carregando em seu ventre um feto anencéfalo, ainda poderá ser responsabilizado civilmente por isso no âmbito desta pesquisa. Nesse diapasão, não importa se o aborto possui ou não o respaldo da lei. Via de regra, em todo e qualquer caso de declaração de interrupção da gravidez, o particular tem o dever de agir – com base no princípio da solidariedade – no sentido de preservar as vidas.

Tal raciocínio advém de uma simples constatação: se o trabalho pretende proteger o direito à vida – vida da mãe e vida do embrião/feto – mediante o dever de solidariedade do particular para com o próximo, como seria possível restringir o seu alcance apenas às situações em que a lei diz que o abortamento configura crime? A

¹²⁷ Hipótese em que o particular nada fizer nos casos em que a gestante falar expressamente sobre a sua vontade de realizar o abortamento.

vida que habita o ventre materno, com o perdão da redundância, é uma vida. E ela não deixará de ser uma vida pelo fato de o abortamento ser ou não permitido pela lei. Seria, no mínimo, uma contradição dizer que o trabalho se refere apenas aos casos de aborto criminoso, especialmente porque, conforme elucidado ao longo da pesquisa, a vida tem seu início na concepção¹²⁸.

Em face dessa construção, o único caso que talvez não ensejaria a responsabilização civil seria aquele em que há risco à vida da mãe, pois nessa hipótese o direito à vida da mãe estaria em colisão com o direito à vida do feto. No entanto, é de bom alvitre mencionar que apenas o caso concreto e seus nuances é que estarão aptos a oferecer uma resposta para essa questão.

É imperioso destacar, também, que a responsabilização civil do particular que se omite quanto ao dever de solidariedade perante os casos de declaração de interrupção da gravidez poderá ocorrer tanto por dano material – familiares/pessoas próximas poderão ter seu patrimônio reduzido em virtude de inúmeros fatores, tais como despesas relativas à saúde da mãe e à saúde do concepto –, quanto por dano moral – a morte de uma pessoa querida, ou até mesmo que venha a nascer, em determinadas hipóteses, pode acarretar um abalo nos direitos subjetivos, afetando sentimentos e provocando desequilíbrio emocional em determinadas pessoas.

No que tange à legitimidade ativa para a propositura da ação de reparação de dano material, compete à vítima da lesão patrimonial o direito de pleitear a indenização (GONÇALVES, 2007). No entanto, é necessário analisar tal hipótese sob três perspectivas, todas em decorrência da omissão do agente – particular – no sentido de preservar as vidas frente à declaração de abortamento: quando há a morte da mãe e do feto; quando não há a morte da mãe, mas há a morte do feto; e quando há a morte da mãe, mas não há a morte do feto. Na primeira hipótese, considerando que as vítimas são a mãe e o embrião/feto, bem como que o direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança, os legitimados para propor a ação serão os herdeiros – ou todos aqueles que se sentirem lesados com essa

¹²⁸ Cumpre reforçar que a presente pesquisa intenta analisar apenas a responsabilidade civil do particular que se omite quanto à preservação das vidas – e não do Estado – diante dos casos de declaração de interrupção da gravidez por parte da gestante, de modo que a responsabilização penal desse particular e os complexos debates acerca da descriminalização/despenalização do abortamento não constituem pauta para o estudo em tela. Além disso, no âmbito dessa pesquisa, não há porque abordar as questões de descriminalização/despenalização do aborto, pois, se a vida inicia na concepção, isso já é um fator mais do que suficiente para justificar a razão pela qual as ações do particular no sentido de preservar as vidas devem abranger todas as espécies de aborto – seja ele criminoso ou não.

perda¹²⁹. Já na segunda hipótese, considerando que uma das vítimas – nesse caso a mãe –, em virtude da omissão do particular acabou efetuando a interrupção da gravidez – atitude que ocasionou a morte do concepto – aqueles que se sentirem lesados com o óbito do concepto é que poderão propor a ação pleiteando a indenização¹³⁰. No último caso, os legitimados para ingressar com ação de indenização serão todas aquelas pessoas lesadas pelo falecimento da gestante. Obviamente, o dano, para ensejar a reparação, deverá ser certo, atual e subsistente (SANTOS, 2015).

Nesse sentido, Santos (2015, p. 199, grifado no original) aponta que a “indenização pelo dano patrimonial deve ocorrer *in re ipsa*, pelo só fato de alguém ter privado outro do viver, independente do que o falecido produzia, [...] exatamente porque ele deixou de existir”. Ainda, “a brusca interrupção do viver, independente da atividade criadora ou produtora [do falecido], deve merecer sério repúdio” (SANTOS, 2015, p. 199). No caso de falecimento do concepto, o dano material compreende, também, a frustração da esperança de que no futuro, aquela pessoa iria ajudar economicamente seus genitores/familiares (SANTOS, 2015).

No que diz respeito à ação de indenização decorrente de dano moral, a legitimidade ativa, igualmente, deve ser analisada sob as três perspectivas anteriormente mencionadas. No caso de morte da mãe e do feto, aquelas pessoas que se sentirem lesadas pelo falecimento das vítimas poderão ingressar com a referida ação. Por sua vez, no caso de morte do feto e sobrevivência da gestante, a legitimidade pertence, igualmente, a todos aqueles que sentirem-se lesados com o óbito do concepto¹³¹. Relativamente ao último caso – morte da mãe e sobrevivência

¹²⁹ Imperioso mencionar que a palavra “todos” refere-se àquelas pessoas que se sentirem, de fato, lesadas com a morte do embrião/feto, sendo que isso somente poderá ser verdadeiramente determinado quando se estiver diante do caso concreto. Cada pessoa sabe a dor que sente, mas o instituto em voga não pode ser utilizado como forma de obter lucros, devendo ser aplicado com cautela e seriedade.

¹³⁰ Importante referir que, neste caso, dependendo da hipótese, a genitora irá enfrentar um processo criminal – considerando que efetuou o abortamento – e, no âmbito desta pesquisa, acredita-se que a mãe não seria parte legítima para propor a ação pleiteando indenização por dano material, visto que é ilícito locupletar-se da própria torpeza. Como poderia ela recorrer-se ao abortamento e posteriormente requerer uma indenização por isso?

¹³¹ Nesse caso, importante fazer, novamente, uma ressalva: dependendo da hipótese, a genitora irá enfrentar um processo criminal – considerando que efetuou um abortamento – e, face os argumentos trazidos na pesquisa, acredita-se que a mãe não seria parte legítima para propor a ação pleiteando indenização por dano moral, uma vez que ela não pode locupletar-se da própria torpeza.

do conceito –, os legitimados serão aqueles que se sentiram lesados devido ao óbito da mulher¹³².

Consoante assevera Gonçalves (2007, p. 360), “além do próprio ofendido, poderão reclamar a reparação do dano moral, dentre outros, seus herdeiros, seu cônjuge [...], e os membros de sua família a ele ligados afetivamente”. Ainda, o dano moral está alicerçado no fato de que “a vida, em si mesma considerada, é um valor imponderável e a existência do prejuízo é presumida. Por isso, não é necessária prova exaustiva do prejuízo” (SANTOS, 2015, p. 195).

A responsabilidade civil, nos casos ora expostos, decorre em virtude da omissão do particular em agir no sentido de evitar a perda das vidas – vida da gestante e vida do conceito –, o qual se trata de um dever jurídico, cuja origem está no princípio constitucional da solidariedade e, inclusive, na máxima concretização dos direitos fundamentais – em especial do direito à vida e da dignidade da pessoa humana – e na eficácia horizontal de tais direitos. Portanto, em todas as hipóteses a legitimidade passiva será do particular que não age com o objetivo de preservar as vidas ameaçadas, sendo que, caso configurada a necessidade de reparação civil por dano moral e/ou material, é ele quem pagará a indenização.

Não restam dúvidas de que o instituto da responsabilidade civil sofreu – e ainda sofrerá – inúmeras alterações, pois acompanha o desenvolvimento da sociedade. Nesse sentido, é necessário que o dever de solidariedade perpassa pelo instituto da responsabilidade civil, pois, assim sendo, todos os danos injustamente sofridos - e até mesmo os danos não evitados – poderão ser reparados, especialmente aqueles decorrentes de uma violação de direito fundamental.

Em face de tal posição, urge que os pressupostos gerais da responsabilidade civil sofram um processo de relativização, ou seja, é preciso que eles sejam sensíveis à realidade cotidiana. Somente assim é que tal instituto estará de acordo com a ideia constitucionalizada e, sobremaneira, solidarista. Se existe dano, é necessário que

¹³² No âmbito do dano moral, admitir que todos os que se sintam atingidos pela dor da morte de uma pessoa querida sejam legitimados a acionar o ofensor, no exercício da pretensão indenizatória, seria dar lugar a uma infinita cadeia de potenciais pessoas lesadas. Por isso, a literatura jurídica procura identificar, entre as pessoas que sofreram com a morte da vítima, quais são, de fato, as legitimadas a receber a indenização. Longe de ser simples, a solução para essa questão tão tormentosa não é apresentada de forma definitiva nem pela lei, nem pela literatura jurídica/jurisprudência. Contudo, segundo o entendimento majoritário, o magistrado, em seu prudente arbítrio, deve ter o cuidado de restringir a abrangência do dano moral passível de indenização, sob pena de se estender demasiadamente o âmbito da indenização e, conseqüentemente, acarretar uma indesejável banalização do dano moral.

haja sua reparação, sendo que essa reparação deverá estar sempre voltada para o norte máximo do sistema jurídico, que é a dignidade da pessoa humana. Assim, conforme já brevemente mencionado, a responsabilidade civil caminha em direção à um direito de danos, no qual o centro gravitacional passa a ser a vítima – e não o ofensor.

Para que isso seja visível na prática, é necessária a conscientização dos operadores do Direito, isto é, os mesmos devem trabalhar no sentido de buscar uma efetiva reparação para a vítima lesada. No caso em tela, as pessoas atingidas em virtude do abortamento precisam se sentir compensadas pelos danos sofridos independentemente de a conduta do agente ter sido lícita ou ilícita, ou, ainda, se há ou não algum meio para evidenciar o nexo de causalidade

É importante salientar, igualmente, que todo o estudo está baseado em uma grande questão: será que é possível as pessoas calarem-se diante de violações aos direitos fundamentais, uma vez que a solidariedade gera um dever jurídico de conduta entre os cidadãos? Frente aos apontamentos tecidos, parece que a resposta para essa pergunta é claramente negativa. Assim, se a vida começa na concepção e se as pessoas possuem deveres para com o próximo, elas não podem se eximir de tomar alguma atitude que proteja tais direitos – no caso em questão, fala-se especificamente do direito à vida e do direito à dignidade humana. Elas devem, pelo menos, tentar. Caso nem mesmo tentem, poderão incorrer na responsabilidade civil.

Perceba-se que a presente pesquisa não fica adstrita à questão do aborto. Ela poderia versar sobre alguma outra situação e, ainda assim, encontraria respaldo no princípio constitucional da solidariedade enquanto dever jurídico. Será que o particular que está com um amigo em um bar, após verificar claros sinais de embriaguez em sua conduta, não possui o dever de impedir que este mesmo amigo dirija seu carro até sua residência? Pois, afinal de contas, o amigo, ao efetuar tal ação – dirigir embriagado –, estaria colocando a sua vida em risco e, igualmente, a vida de demais pessoas que estivessem transitando pela rua, uma vez que sua embriaguez ao volante poderia facilmente provocar algum acidente.

E aquele professor que não dá ouvidos a um aluno que todos os dias externa a sua vontade de se suicidar, afirmando que o problema de seu educando não lhe diz respeito? Será que ele não possui o dever jurídico de auxiliar essa pessoa no sentido de não cometer tal atitude? Em face dos argumentos trazidos, não restam dúvidas de que em todas as situações expostas há o dever de solidariedade do particular perante

o seu semelhante, sendo que sua atitude omissa poderá lhe acarretar a responsabilização civil.

Frente aos aportes arquitetados, o fundamento da responsabilidade civil deve estar atrelado à concepção solidarista – originária da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e compreendida, aqui, como dever jurídico fundamental – a qual, muito embora já estivesse delineando-se no horizonte constitucional bem antes da promulgação da Constituição Cidadã, em virtude de sua força normativa, estabelece a máxima proteção dos direitos fundamentais, sendo que toda pessoa lesada deverá ter o dano devidamente reparado.

É cediço que a proposta desse estudo é ousada, porquanto não busca apenas no dogmatismo jurídico a fundamentação para a configuração da responsabilidade civil. Ele busca trazer o princípio constitucional da solidariedade – que já possui realce em estudos contemporâneos – como um elemento que desencadeia um dever jurídico de conduta entre particulares, ou seja, pretende dizer que as pessoas devem agir no sentido de preservar e proteger direitos fundamentais, sendo que, se assim não fizerem, poderão ser responsabilizadas civilmente por isso.

Mesmo após a pesquisa realizada, não cabe aqui exaurir as discussões que permeiam a temática em voga, mesmo porque esse estudo diz respeito a uma proposta inicial, cujo percurso se revela bastante longo. Nesse sentido, acredita-se que o princípio constitucional da solidariedade, no caso em tela, é apenas a ponta do *iceberg*, ou seja, o dever de solidariedade – enquanto fundamento da responsabilidade civil – pode até não ser a panaceia para o problema suscitado, mas com certeza ele pode se encaixar como ponto de partida para a construção de uma sociedade mais humana.

A solidariedade deixou de ser caridade; deixou de ser apenas filantropia. Atualmente ela é dever jurídico, devendo ser observada em todo e qualquer agir humano. É preciso entender que a atitude de cada pessoa, por menor que seja, pode ter o condão de mudar o destino de alguém e, a longo prazo, pode transformar uma nação, tornando-a solidária. Assim, em face do problema que se pretendeu responder, é dever impedir que vidas sejam ceifadas. E se esse dever não for observado, algo está errado e merece responsabilização civil.

Hoje as pessoas podem não compreender a solidariedade como fundamento para a responsabilidade civil, mas amanhã, quem sabe, estar-se-á diante do óbvio. É necessário fazer refletir a solidariedade na vivência e no agir humano, encarando-a

como um dever jurídico perante o outro. É preciso ver no seu semelhante a necessidade de ação coletiva, e lembrar-se que ver diferente é condição necessária para continuar a ver.

5 CONCLUSÃO

Ao longo do tempo, a humanidade sempre experimentou o gosto amargo das batalhas. Tais embates, muito embora tenham acarretado retrocessos nos âmbitos pessoal, político e jurídico, deram vasão ao reconhecimento de inúmeros direitos que hoje fazem parte da vida em sociedade. Percebe-se, portanto, que as garantias nunca foram entregues de “mão beijada” pelo Estado, sendo frutos de lutas e de resistência à opressão por parte de uma população que almejava a justiça social. Neste passo, eis a primeira conclusão: se atualmente é plausível falar em solidariedade, é preciso destacar que nem sempre foi assim.

Realizada a análise acerca dos modelos estatais que se consolidaram ao longo do tempo – Absolutista, Liberal, de Bem-Estar Social e Democrático –, é possível apontar que o processo de constitucionalização do direito privado surge como uma nova forma de interpretar o ordenamento jurídico. A partir de tal teoria, a Constituição Federal deixa de ser um mero documento destinado a organizar o Estado para, então, ser um dos principais elementos integradores da vida em sociedade. Ao ser inserida no topo do ordenamento jurídico, a Constituição passa a irradiar a sua força normativa perante todo o sistema infraconstitucional, acarretando uma releitura do direito privado à luz das normas e dos princípios contidos no diploma retromencionado.

Com a superação do viés individualista – característico do Estado Liberal –, o ser humano passa a ser detentor de direitos sociais, sendo que tal concepção reafirma a ideia de que os interesses coletivos possuem voz frente aos interesses particulares. É justamente a partir desse momento que a solidariedade começa a ocupar um espaço mais privilegiado no ramo social, pois a população passa a desejar a construção de uma sociedade mais harmoniosa; uma sociedade que seja capaz de chegar ao bem comum a partir do que significa bem comum para cada pessoa que compõe o cenário social.

Neste passo, fazendo um breve retrocesso ao que foi abordado, o princípio constitucional da solidariedade, quando do momento de sua origem, não possuía carga normativa e sequer era considerado um princípio jurídico. Sem ensejar qualquer tipo de obrigação, a sua existência pairava no seio dos valores humanos, sendo que, na maioria dos casos, a solidariedade era compreendida como fraternidade e caridade. No entanto, é a partir dos séculos XIX e XX que ela conquista maior poder,

especialmente pelo fato de ter sido utilizada como fundamento para as reivindicações contidas nas revoluções sociais e industriais que eram alavancadas contra o Estado.

No que diz respeito ao ordenamento jurídico brasileiro, foi mediante a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que a solidariedade ganhou destaque e passou a ser adotada como uma das maiores premissas da ordem jurídica e social. Nesse âmbito, além de ser um princípio e um dos objetivos a serem buscados pela nação, a ferramenta em questão surge, também, para potencializar e concretizar a dignidade da pessoa humana, a qual se trata de um princípio-matriz de todo o ordenamento.

Dessa forma, considerando a força normativa da Constituição Federal de 1988 e a irradiação dos princípios e direitos fundamentais por todo o sistema jurídico infraconstitucional, o princípio constitucional da solidariedade pode – e deve – ser encarado como um vetor interpretativo para todas as condutas humanas, sobremaneira porque ele está revestido de normatividade e, conseqüentemente, passa a engendrar um dever de conduta entre as pessoas. Assim, resta claro que a solidariedade não é apenas uma mera palavra jogada ao vento. Para além de um sentimento de preocupação com o próximo, conclui-se que ela deve ser observada na prática cotidiana, no agir humano.

Após analisar o processo de constitucionalização do direito privado e deixar claro que o princípio constitucional da solidariedade funciona como um dever jurídico no âmbito das relações entre particulares, passou-se a estudar o direito à vida. Nesse diapasão, conclui-se que o referido direito se trata de uma garantia constitucional inviolável, pertencendo às pessoas pela simples condição de elas nascerem como seres humanos. Do mesmo modo, ao final da pesquisa resta evidente que o direito à vida possui caráter *sui generis*, ou seja, funciona como uma espécie de pré-requisito para o exercício de demais direitos. Assim, indubitável que é a vida o instrumento que permite a realização de outras garantias, sendo que se este perecer, todos os demais direitos também perecerão.

Além de tais aportes, cumpre mencionar que, muito embora o direito à vida não seja uma garantia absoluta, ele possui um peso abstrato elevado se comparado a outros direitos. Por essa razão, qualquer tentativa que vise reduzir a sua força jurídica deve ser observada com muita cautela. Por ser um direito essencialíssimo e bastante frágil, é inegável que ele demanda uma ampla proteção, sendo que, afora as hipóteses específicas, ninguém possui o direito de tirar a vida do outro.

Para além das questões conceituais, quando se fala em direito à vida, logo vem à tona a seguinte pergunta: quando começa a vida humana? Neste passo, a pesquisa demonstrou que tal questionamento é objeto de análise por parte dos mais diversos campos do conhecimento, sendo que as teorias existentes levam em conta as diferentes fases do desenvolvimento humano. Contudo, ainda que existam inúmeras teorias, a presente dissertação, após realizar um estudo acerca do processo de formação biológica do ser humano, se filiou àquela que possui embasamento na Medicina e na Biologia – teoria genética.

Neste passo, restou claro que a vida inicia no momento da concepção – encontro entre o óvulo e o espermatozoide –, pois a partir desse instante já existe um código genético definido, o qual é completamente diferente do código genético da mãe. Afora isso, concedendo um maior embasamento para a teoria em voga, é importante destacar que não há um momento em que o embrião/feto passe da condição de não humano para humano. A única diferença que existe entre o embrião/feto e um bebê recém-nascido não diz respeito à natureza, mas ao grau de desenvolvimento. Assim, ambos são considerados seres humanos, pois ou é humano desde o início de sua vida ou não será jamais.

Juridicamente falando, a pesquisa afiliou-se à teoria verdadeiramente concepcionista, a qual sustenta que o nascituro é considerado sujeito de direitos – pessoa – desde o momento da concepção. Isto é, para essa teoria a vida começa no exato instante em que há a fecundação do óvulo pelo espermatozoide. Estabelecer o nascimento com vida como o momento em que o nascituro é considerado pessoa, significa reduzir o embrião/feto a uma subespécie humana, o que viola claramente a legislação que o protege e, inclusive, todo o ordenamento jurídico, pois o mesmo estabelece a inviolabilidade do direito à vida e se alicerça na dignidade da pessoa humana. Diante de tais apontamentos, chegou-se a uma outra conclusão: não restam dúvidas de que a gestante carrega em seu ventre, desde o momento da concepção, uma vida humana.

Para além de tais elementos, a pesquisa propôs-se a estudar, também, o dever de proteção e preservação do direito à vida por parte dos particulares diante das declarações de interrupção da gravidez. Desta forma, foram analisadas as dimensões dos direitos fundamentais – subjetiva e objetiva – e as teorias relativas à aplicabilidade de tais direitos no âmbito das relações entre particulares. Ao fim do capítulo, chegou-se à conclusão de que a incidência dos direitos fundamentais na seara privada é

fundamental para que se alcance a total proteção da dignidade da pessoa humana, pois, se tais direitos visam concretizar a própria dignidade, é imprescindível que eles tenham eficácia em todas as esferas sociais. Ademais, é de bom alvitre salientar que, no mundo contemporâneo, as ameaças a direitos fundamentais podem vir não somente por parte do Estado, mas, sobremaneira, por parte dos atores privados – mais uma razão para aplicar diretamente tais direitos no âmbito das relações privadas.

Ante tais argumentos, se a mulher carrega em seu ventre, desde a concepção, uma vida, e se os direitos fundamentais têm eficácia no âmbito das relações privadas, não há como negar que todos – Estado e particulares – devem protegê-la. Aventar um pensamento diferente seria equiparar o embrião/feto a uma coisa; a um não humano. Dito isso, é possível apontar mais uma conclusão: o particular que se vê diante de uma declaração de interrupção da gravidez por parte da gestante possui o dever de agir no sentido de proteger e preservar as vidas humanas que estão em jogo – vida da genitora e vida do embrião/feto.

Posteriormente, no derradeiro capítulo fez-se a análise da responsabilidade civil, perpassando por seu histórico evolutivo e por suas características dogmáticas. Além disso, com base em todas as informações angariadas, foi neste momento que se concedeu uma resposta à problemática que envolveu a presente dissertação.

O instituto da responsabilidade civil nasceu amarrado às questões patrimoniais, destinando-se a proteger a propriedade daqueles que a possuíam. Não por outra razão, a pessoa que desejasse obter uma indenização deveria comprovar em juízo tais fatores: a culpa; o dano; a conduta humana; e o nexo de causalidade. Contudo, passado algum tempo, a culpa perdeu sua força, deixando de ser um elemento essencial para ser um elemento accidental – será que ela ainda existe?

Isso não ocorreu somente com a culpa. Consoante visto ao longo da pesquisa, os pressupostos gerais da responsabilidade civil não mais possuem a força que detinham antigamente. Se a Constituição Federal de 1988 está no topo do ordenamento jurídico – irradiando sua força e seus princípios perante toda a ordem – e se a tônica do sistema vigente é a concretização dignidade da pessoa humana, não é possível conceber que a responsabilidade civil pare no tempo. Ela precisa andar de mãos dadas com a realidade, ou seja, se for necessária a erosão de seus pressupostos gerais – hoje entendidos como o dano, a conduta humana e o nexo de causalidade – para que seja alcançada uma indenização devido a um prejuízo

causado a um direito fundamental – em qualquer âmbito –, que assim seja. Somente dessa forma é que se chegará à proteção da vítima – e não apenas do seu patrimônio.

Em face desse contexto, considerando a constitucionalização do direito privado, a necessidade de máxima proteção da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, do direito à vida, chega-se à seguinte resposta para o questionamento exposto na introdução da presente pesquisa: sim, é possível a responsabilização civil por dano moral e/ou material do particular que, ao se deparar com uma declaração de interrupção da gravidez, não agir no sentido de preservar as vidas – vida da mãe e vida do embrião/feto –, pois, em virtude da aplicação do princípio constitucional da solidariedade no âmbito das relações entre pessoas privadas – fruto da eficácia horizontal –, ele possui o dever de tomar alguma atitude quando estiver frente a uma violação de direitos fundamentais.

A presente resposta decorre, também, de uma ideia muito presente nesta pesquisa: não é possível aceitar um mundo em que as pessoas se caleem frente às frequentes violações de direitos fundamentais, especialmente porque a solidariedade não é mais apenas caridade. Ela é dever entre os seres humanos. Logo, há a necessidade de se colocar no lugar do outro, sentir a sua dor e, a partir daí, agir no sentido de evitá-la ou, no mínimo, amainá-la.

Logicamente que existem outros direitos orbitando a problemática, tais como a autonomia da mulher, o planejamento familiar e a reprodução. Contudo, da mesma forma como o direito à vida – muito embora tenha um peso abstrato diferenciado –, tais garantias não são absolutas. Portanto, permitir que esses direitos falem mais alto do que o direito à vida humana é o mesmo que esvaziar o próprio sentido da vida, negando-se a proteção constitucional concedida a ela. Apenas a análise do caso concreto é que será capaz de conceder uma resposta para a celeuma¹³³.

Os dias passam e as coisas mudam. Foi-se o tempo em que a solidariedade era apenas filantropia. Hoje, seu caráter jurídico é inegável. Aliás, as frequentes violações aos direitos fundamentais – os noticiários estão aí para mostrar – deixam isso transparecer de forma hialina, pois a solidariedade apenas enquanto filantropia já não tem mais força suficiente para curar a ferida. Dessa forma, é preciso

¹³³ Muito embora seja feito tal apontamento em sede de conclusão, cumpre reiterar que a pesquisa não pretendeu adentrar, de forma específica, nas questões relativas à descriminalização/despenalização do aborto, mas tão somente na questão da responsabilidade civil daquele particular que se omite quanto ao dever de solidariedade nos casos de declaração de interrupção da gravidez por parte da gestante.

compreender que as atitudes individuais, por menores que sejam, possuem força para transformar – ou, pelo menos, para iniciar a transformação – da vida de seu semelhante. Às vezes, tudo que o outro precisa, é um gesto; é um olhar solidário. Mas ainda assim, questiona-se: porque a mão não é estendida? Porque é tão difícil perceber que o outro, na verdade, somos nós?

REFERÊNCIAS

- ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.
- AGOSTINHO, Santo. *A cidade de Deus*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.
- ALMEIDA, Alberto; MACHADO, Gustavo. *Respeito à criança: cidadania desde a concepção*. Fortaleza: Premium, 2015.
- ALTHEIM, Roberto. *A atribuição do dever de indenizar no direito brasileiro: superação da teoria tradicional da responsabilidade civil*. 2006. 191 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado, Doutorado e Pós-Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30351-31404-1-PB.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2016.
- AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2014.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- ARISTÓTELES. *Ética a nicômaco*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2012.
- _____. *Política*. Tradução de Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2008.
- ARONNE, Ricardo Aronne. *Razão e caos no discurso jurídico e outros ensaios de direito civil-constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- AZEVEDO, Flavio Luciano Alexandre de; SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais e sua relevância para a efetivação da cidadania em países periféricos. In: Machado, C. A. A.; FALCÃO, C. M. de B.; MARCO, C. M. de. (Coord.). *Direito, constituição e cidadania: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio*. Florianópolis: CONPEDI, 2015.
- BABY CENTER. *Desenvolvimento fetal: 12 semanas de gravidez*. [2016?]. Disponível em: <<http://brasil.babycenter.com/desenvolvimento-fetal-12-semanas-de-gravidez>>. Acesso em: 20 set. 2016.
- BARRETO, Vicente de Paulo. A ideia de pessoa humana e os limites da bioética. In: BARBOZA, H.; MEIRELLES, J. M. L. de; BARRETO, V. P. (Org.). *Novos temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BAÚ, Marilise Kostelnaki. O direito à utilização das técnicas de reprodução assistida (RA) e à proteção do nascituro. In: KIPPER, D. J.; MARQUES, C. C.; FEIJÓ, A. (Org.). *Ética em pesquisa: reflexões*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

BERGESCH, Karen. Quem somos! O debate sobre o conceito de pessoa e o início da vida. *Revista Pistis Praxis*, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 77-95, jan./jun. 2010.

BÍBLIA. Português. *Bíblia sagrada*. Tradução de Antônio Pereira de Figueiredo. São Paulo: AGE, 1983.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BRANDÃO, Dernival da Silva. O embrião e os direitos humanos: o aborto terapêutico. In: _____.; et. al. *A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 08 abr. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848_compilado.htm>. Acesso em: 25 ago. 2016.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 16 ago. 2016.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 26 ago. 2016.

BRASIL. Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015. Estatuto da Pessoa Com Deficiência. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN n. 3510 DF. Ação direta de inconstitucionalidade. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>>. Acesso em: 25 ago. 2016.

_____. ADPF n. 54 DF. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2016.

BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. Tradução de Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000.

BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del derecho*. México: FCE, 1994.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAENEGEM, Raoul Charles Van. As origens do direito privado contemporâneo. In: _____. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CAGLIARI, Cláudia Taís Cerqueira. A constitucionalização do direito civil. In: REIS, J. R. dos; CERQUEIRA, K. L. (Org.). *Intersecções jurídicas entre o público e o privado*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Editora Coimbra, 2004.

CARDOSO, Alenilton da Silva. *Princípio da solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo*. São Paulo: Ixtlan, 2013.

CATALAN, Marcos Jorge. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

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

CHINELLATO, Silmara Juny. *Código civil interpretado*. 3. ed. São Paulo: Manole, 2010.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *Ética*. São Paulo: Saraiva, 2012.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos de personalidade*. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antônio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O que são direitos da pessoa*. São Paulo: Brasiliense, 1983.

_____. *Elementos da teoria geral do estado*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO BOM POVO DE VIRGÍNIA. 1776. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>>. Acesso em: 17 ago. 2016.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DA CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 1791. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/carta_direitos_eua_1789.htm>. Acesso em: 17 ago. 2016.

DENNY, Ercílio Antonio. *Ética e política*. São Paulo: Opinião, 2001.

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

_____. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 2006.

DOMINGUES, José Maurício. *Interpretando a modernidade: imaginário e instituições*. Rio de Janeiro: FGV, 2002.

DUGUIT, Léon. *Las transformaciones del derecho público y privado*. Tradução de Adolfo Posada, Ramón Jaén e Carlos Posada. Granada: Comares, 2007.

_____. *Fundamentos do direito*. 2. ed. Tradução de Márcio Puglesi. São Paulo: Ícone, 2006.

DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ETZIONI, Amitai. *La tercera vía hacia una buena sociedad: propuestas desde el comunitarismo*. Madrid: Minima Trotta, 2001.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, I. W. (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FRANÇA, Genival Veloso de. Intervenções fetais: uma visão bioética. In: BARBOZA, H. H.; BARRETO, V. de P. (Org.). *Novos temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FINGER, Julio César. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: SARLET, I. W. (Org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2000.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GARCEZ NETO, Martinho. *Responsabilidade civil no direito comparado*. Rio de Janeiro. Renovar, 2000.

GHERSI, Carlos Alberto. *Teoría general de la reparación de daños*. Buenos Aires: Astrea, 1999.

GOLDIM, José Roberto. *Início da vida de uma pessoa humana*. 2007. Disponível em: <www.bioetica.ufrgs.br/inivida.htm>. Acesso em: 17 ago. 2016.

_____. O que é embrião. In: KIPPER, D. J.; MARQUES, C. C.; FEIJÓ, A. (Org.). *Ética em pesquisa: reflexões*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GORCZEVSKI, Clóvis. *Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009.

GORIA, Fausto. Fraternidade e direito: algumas reflexões. In: CASO, G. et al. (Org.). *Direito e fraternidade: ensaios, prática forense*. São Paulo: LTr, 2008.

HUNGRIA, Néelson; DOTTI, René Ariel. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: GZ, 2014.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa Nacional de Saúde 2013: percepção do estado de saúde, estilos de vida e doenças crônicas*. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2013. Disponível em: <<ftp://ftp.ibge.gov.br/PNS/2013/pns2013.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2016.

KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. 10. ed. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2011.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais Alemã e Norte-Americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEJEUNE, Jérôme. *O direito de nascer*. *Revista Veja*, set. 1991.

LEVINE, Donald Nathan. *Visões da tradição sociológica*. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. O Princípio constitucional da solidariedade nas relações de família. In: CONRADO, M., PINHEIRO, R. F. (Coords.). *Direito privado e constituição: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio*. Curitiba, Juruá, 2009.

_____. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 141, jan./mar. 1999.

LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil: fontes acontratuais das obrigações e responsabilidade civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

LORENTZ, Joaquim Toledo. O início da vida humana. In: SÁ, M. de F. F. de. (Coord.). *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MARTEL, Letícia De Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. 2010. 461 f. Tese (Centro de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

MATTAR, Maria Olga. A ética cristã e a eliminação dos embriões mais fracos no processo de reprodução humana. In: BARBOZA, H.; MEIRELLES, J. M. L. de; BARRETO, V. P. (Org.). *Novos temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MONTEIRO, Waschington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003.

MOORE, Keith Leon; PERSAUD, Vid. *Embriologia clínica*. Tradução Andréa Monte Alto Costa. Rio de Janeiro: Saunders Elsevier, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, p. 233-258, jul./dez. 2006.

_____. O Princípio da solidariedade. In: MATOS, A. C. H. (Org.). *A construção de novos direitos*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008. Disponível em: <<http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca9.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

MORI, Maurizio. *A moralidade do aborto: sacralidade da vida e o novo papel da mulher*. Brasília: UNB, 1997.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

OLIVEIRA, Luís Fernando Lopes de. *Direito de família e princípio da solidariedade: o princípio constitucional da solidariedade como direito fundamental e a sua incidência nas relações familiares*. Curitiba: Juruá, 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Convenção sobre os direitos da criança*. 1990. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm>. Acesso em: 17 ago. 2016.

_____. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2016.

_____. *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*. 1966. Disponível em: <http://www.refugiados.net/cid_virtual_bkup/asilo2/2pidcp.html>. Acesso em: 17 ago. 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. San José, 1969. Disponível em: <www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 17 ago. 2016.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianieri. *A constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição da República Alemã e 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917*. 2006. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92449/Pinheiro%20Maria.pdf?sequence=2>>. Acesso em: 03 mar. 2016.

PINTO, Cristiano Vieira Sobral. *Direito civil sistematizado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PREFEITURA DE ANGRA DOS REIS. *Aborto: informações*. [2013?]. Disponível em: <http://www.angra.rj.gov.br/secretaria_sdc_dicas_aborto.asp?indexsigla=defesa&vNomeLink=Aborto#.WMiAPm_yvIV>. Acesso em: 16 out. 2016.

REALE, Miguel. *Horizontes do direito e da história*. São Paulo: Saraiva, 1977.

REIS, Clayton. *Avaliação do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

REIS, Jorge Renato dos; KONRAD, Leticia Regina. O direito fundamental à solidariedade: a aplicação do instituto no direito civil. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, n. 1, p. 59-87, jan./abr. 2015.

REIS, Jorge Renato dos. A constitucionalização do direito privado e o novo código civil. In: LEAL, R. G. (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito privado e da codificação: uma análise do novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ROCHA, Leonel Severo. Interpretação jurídica e racionalidade. *Revista da Faculdade de Direito de Cruz Alta*, Cruz Alta, v. 4, n. 4, p. 43-54, jan./jul. 1999.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *Direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2000.

SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

SANTOS, Marcela Pithon Brito dos; DIAS, Clara Angélica Gonçalves. A superação da visão clássica em torno dos direitos públicos objetivos e subjetivos, em especial dos direitos do cidadão entre si e em relação ao estado, no direito atual. In: Machado, C. A. A.; FALCÃO, C. M. de B.; MARCO, C. M. de. (Coord.). *Direito, constituição e cidadania: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio*. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: _____. (Org.). *A constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARMENTO, Daniel. *Legalização do aborto e constituição*. 2005. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-sexuais-e-reprodutivos/aborto/legalizacao_do_aborto_e_constituicao_daniel_sarmento.pdf>. Acesso em: 22 out. 2016.

_____. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 22, 2005. Disponível em: http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/novas_tendencias_da_responsabilidade_civil_brasileira.pdf>. Acesso em: 28 set. 2016.

SILVA, Tatiane Fonseca da. O julgamento de Nuremberg e sua relação com os direitos fundamentais e com o direito internacional: uma análise necessária. *Revista do Laboratório de Estudos da Violência da UNESP*, Marília, p. 55-64, maio. 2014. Disponível em: <<http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/levs/article/view/3746/2824>>. Acesso em: 27 mar. 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVA, Márcio Bolda. *Bioética e a questão da justificação moral*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

SILVA, Frederico Silveira e. A definição dos direitos da solidariedade. *Revista de Direito Social*, Porto Alegre, n. 28, out./dez. 2007.

SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Fundamentos políticos da mediação comunitária*. Ijuí: Editora Unijuí, 2012.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Método. 2012.

TEODORO, Frediano José Momesso. *Aborto eugênico: delito qualificado pelo preconceito ou discriminação*. Curitiba, PR: Juruá, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexos de causalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 6. jun. 2001.

_____. O direito civil constitucional e suas perspectivas atuais. In: _____. (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1996.

VENOSA, Silvío de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2012.

VOU NASCER. *A gravidez semana a semana*. 2013. Disponível em: <<http://vounascer.com/gravidez/a-gravidez-semana-a-semana>>. Acesso em: 20 set. 2016.

ZOLL, Rainer. *O que é solidariedade hoje?* Tradução de Ulrich Dressel. Ijuí: Editora Unijuí, 2007.

WESTPHAL, Vera Herweg. Diferentes matizes da ideia de solidariedade. *Revista Katálysis*, Florianópolis, v. 11, n. 1, jan./jun. 2008. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/katalysis/article/view/4757>>. Acesso em: 03 abr. 2016.