

O MANDAMENTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA (DIGNA) E SUA PROTEÇÃO PELOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E DO CONSUMIDOR

Oscar Ivan Prux^{*}

Resumo. O presente trabalho analisa aspectos relacionados com o direito à vida e sua proteção, principiando pelo estabelecido na Constituição Federal brasileira e avançando pelo estudo desse direito consoante as óticas dos direitos da personalidade e do direito do consumidor. Em especial, procura debater a visão de que o direito à vida supera o patamar da mera sobrevivência e inclui a indispensável qualidade dela. Assim, tendo como elo o cumprimento do princípio da dignidade humana, aborda o diálogo das fontes que deve envolver as normas do direito do consumidor e as que se relacionam aos direitos da personalidade, no sentido de que o direito à vida alcance o devido respeito e real proteção.

Palavras-Chave: Direito à vida; Direito do Consumidor; Direitos da Personalidade; Dignidade Humana; Diálogo das Fontes.

THE CONSTITUTIONAL LAW OF THE RIGHT TO A DECENT LIFE AND PROTECTION FOR THE RIGHTS OF THE PERSONALITY AND THE CONSUMER

Abstract. This paper analyzes aspects related to the right to life and its protection, beginning with the established by the Brazilian Federal Constitution and advancing through the study of this right according to the optic of personality and consumer

^{*} Doutor em Direito. Especialista em Teoria Econômica. Advogado e professor do Unicesumar e da Escola da Magistratura (Núcleos de Londrina e Maringá).

rights. In particular, it seeks to discuss the view that the right to life outweighs the level of mere survival and includes the essential quality of it. Thus, having the principle of human dignity as bond, addresses the “dialogue des sources” which should involve the rules of consumer law and the rules related to the personality rights, in the sense that the right to life achieves due respect and real protection.

Keywords: Right to life; Consumer Law; Personality Rights; Human Dignity; Dialogue des Sources.

1. INTRODUÇÃO



preocupação com a proteção da vida vem de tempos imemoriais. Entretanto, depois do surgimento do Estado e devido ao avanço das ciências, aos poucos foi se pacificando a noção de que o direito à vida se inclui, tanto entre os denominados direitos humanos, como entre os considerados direitos fundamentais. Por isso, muito embora certos hábitos e costumes que pertenceram a determinados povos e que hoje não mais predominam, a história da civilização registra uma crescente positivação no direito, provocando com que, de forma direta e/ou indireta, prescreva-se em favor da proteção e da valorização do direito à vida. Os textos legais são inúmeros em nível internacional, inclusive alguns editados depois de períodos negros da humanidade, nos quais a vida foi menosprezada e vilipendiada, a exemplo do ocorrido durante as duas grandes guerras mundiais¹.

Desta forma, ganhou expressão mais significativa, afi-

¹ Evidente, que a questão da vida não é isenta de polêmicas, como no caso dos Estados que permitem o aborto, por considerar, com base na ausência de personalidade do nascituro que não é protegido, que a mulher tem disposição sobre o feto que ainda não nasceu com vida, questão inviável de se desenvolver em estudo como o que agora é realizado.

nal, como descreve Ingo Wolfgang Sarlet²:

(a) É o Estado que existe para o ser humano e não o ser humano para o Estado; (b) Os princípios fundamentais (e/ou os assim chamados valores superiores) e os direitos e garantias fundamentais, embora não tenham primazia normativa formal, no sentido de permitirem a declaração de inconstitucionalidade de outros dispositivos da constituição, merecem uma proteção e uma normatividade reforçada e servem de critérios materiais para a interpretação e aplicação das demais normas constitucionais e, em especial, infraconstitucionais.

Esse reconhecimento da força normativa e poder de influenciar na interpretação das demais normas, se deve ao fato de que os direitos classificados como fundamentais (e a proteção da vida se inclui) são tidos como essenciais, possuindo certa ascendência natural sobre os demais. A tutela deles significa muito para as pessoas e para a própria razão de existência do Estado. Por isso, já então em referência específica (ao direito à vida), mais adiante prossegue o mencionado doutrinador:

Certo é que o direito à vida opera, para além da sua condição de direito fundamental autônomo, como ‘pressuposto fundante de todos os demais direitos fundamentais’, ‘verdadeiro pré-requisito da existência dos demais direitos consagrados constitucionalmente’, ou, como enfatizado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, como base vital da própria dignidade da pessoa humana³.

Considerando-se que as constituições, em maior ou menor grau, explicitam uma escala de valores, vê-se o direito à vida, estabelecido por cláusula pétrea constante do art. 5º, da nossa Carta Magna.

Tamanha importância é referenciada pelo jurista André Trindade⁴, quando aduz que é imposto ao Estado, que assegure a plena efetivação das normas definidoras de direitos e garanti-

² SARLET Ingo Wolfgang; MARINONI Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 69.

³ *Ibidem*, p. 353.

⁴ TRINDADE, André. *Manual de direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 65.

as fundamentais⁵. E como o direito à vida tem essa condição e recebe reconhecimento expressamente declarado, tem-se essa realidade no direito brasileiro, corroborando o que rotineiro no mundo civilizado em que não se percebe texto legal que em sentido geral (excepcionando as situações particulares de Estados que tem a possibilidade de pena de morte⁶) prescreva em sentido absolutamente contrário ao referido direito.

Entretanto, apesar desse aspecto óbvio, trata-se de um direito cuja história (universalmente) nem sempre foi tranquila, equilibrada e digna de regozijo, em razão das muitas lutas, guerras e perseguições que desrespeitaram o direito humano de existir. Veja-se que na antiguidade, a humanidade conheceu o regime familiar patriarcal pelo qual, na prática, o pai tinha direito de vida ou morte sobre seus filhos (como na acepção bíblica), vivenciou a aceitação da vingança privada, conheceu o período em que vigorou a Lei do Talião (olho por olho, dente por dente), aceitou o direito do credor de escravizar e até matar o devedor caso não conseguisse outra forma de receber seu crédito, e para complementar essa sumária lista de tristes exemplos, refira-se que considerou como legal e legítima, a absurda situação da escravatura, pela qual a vida do escravo, como propriedade quantificada monetariamente, poderia até nada valer. E mesmo nos tempos modernos ainda se pode constatar guerras, homicídios, abortos clandestinos e múltiplas formas de violência que permeiam e assombram a nossa realidade.

⁵ Essa relevância imensurável atribuída justificadamente ao direito à vida, o inclui dentre aqueles cujas medidas de proteção tem aplicação imediata, posto que como refere o mencionado autor: “Enquanto os direitos apresentam o rol de bens jurídicos que o Estado tutela como indispensáveis à condição humana, as garantias representam os mecanismos e meios judiciais de assegurar ao indivíduo a defesa de seus interesses contra os atos do Poder Público e de terceiros.” TRINDADE, *op. cit.*, p. 57.

⁶ Vale mencionar também a questão dos Estados que permitem o aborto, por considerar, com base na ausência de personalidade do nascituro que não é protegido, que a mulher tem disposição sobre o feto que ainda não nasceu com vida, polêmica inviável de se desenvolver em estudo como o que agora é realizado.

Ou seja, essa questão não está isenta de problemas, inclusive considerando a forma como cada nação, com sua cultura, lida com os aspectos e nuances peculiaridades da implementação prática desse direito. Existe todo um conjunto de situações muito complexas surgidas na convivência em uma sociedade de consumo urbanizada e bastante conflituosa. E dentre elas, pode-se citar como um risco à vida, o fornecimento de produtos ou serviços com alto grau de periculosidade (ou periculosidade exagerada), determinadas práticas relacionadas à fertilização assistida (incluindo o que fazer com os embriões excedentes), a questão dos alimentos contendo organismos geneticamente modificados (transgênicos) ou impregnados por agrotóxicos, a venda de pílulas denominadas “do dia seguinte”, a possibilidade ainda vedada de clonagem humana, a ortotanásia para antecipar (pela ajuda do profissional de saúde) a morte do doente terminal, etc. Ou seja, trata-se de problemática que abarca um contexto imenso de questões, tornando praticamente impossível uma análise global em um trabalho deste porte que se realiza. Por esta razão, o presente estudo é direcionado para enfocar, sob o ponto de vista jurídico, apenas aos mais destacados aspectos gerais relacionados ao direito à vida e sua proteção, segundo normas constitucionais e nos direitos da personalidade e de proteção ao consumidor, sem derivar para temáticas ou polêmicas paralelas (como, por exemplo, as que discutem diferenças entre direitos humanos e direitos fundamentais, pois neste caso, de qualquer forma, o direito à vida se inclui nas duas categorias). Perseguindo, então, entender-se se o referido direito limita-se a proteção da vida em si (resumida ao sentido biológico), com a ordem jurídica indicando somente assegurar a manutenção dela amparada no mínimo existencial (prometido basicamente e que deve ser cumprido pelo Estado), ou se existe um direito à vida digna, ao menos com um elementar *standard* de qualidade.

Estas reflexões e as questões que se antepõem constitu-

em o objeto substancial deste trabalho, temática enfrentada com enfoque centrado na análise de pertinentes princípios, garantias e direitos estabelecidos na Carta Magna brasileira, bem como, nos direitos da personalidade e do consumidor. Ressalta-se, inclusive, que neste contexto ocupa papel de destaque o princípio da dignidade humana, igualmente positivado. Ele é uma espécie de vetor (ou leme) que naturalmente se revela fundamental para informar e iluminar os direcionamentos que devem ser dados na aplicação da legislação, como forma de se encontrar as soluções mais adequadas (justas) para os casos práticos que acontecem na realidade cotidiana. E levando em conta os elementos já mencionados, destaca-se a possibilidade de haver um diálogo das fontes entre princípios e disposições insertas nos referidos textos legais, diálogo construtivo para buscar o verdadeiro sentido do direito à vida, proteção fundamental para as pessoas social e individualmente consideradas.

2. DO DIREITO À VIDA

Nos últimos séculos, a doutrina tem sido pródiga em estudos a respeito do direito à vida⁷. Entretanto, além das dificuldades que toda classificação ou conceituação doutrinária apresenta naturalmente, neste caso específico, o avanço da ciência vem problematizando ainda mais essa questão. São inúmeras as polêmicas a respeito de qual momento realmente se inicia a vida humana (embrião é vida ou não?); e quando efetivamente ela se encerra (vale lembrar a questão da criogenia humana, algo ainda cheio de indefinições). Entretanto, para efeitos de nosso estudo sobre o referido direito, constata-se que essas complicadas situações envolvendo a início e fim da vida, em sua gênese, não alteram a questão do dever de proteção dispo-

⁷ A respeito dos deveres de ação a favor da vida e de abstenção contra macular a vida, é valioso consultar os ensinamentos constantes da obra de SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *O direito geral da personalidade*. Lisboa: Coimbra Editora, 2011, p. 420-428.

to de forma permanente pela legislação, importando que esteja operacionalizado nas situações do cotidiano. A conclusão é lógica: se normas positivadas protegem desde a concepção e prosseguem até quando se está tratando de um cadáver, naturalmente a vida como um todo se encontra incluída nesse contexto, restringindo-se a questão aos aspectos mais sutis como saber o nível de qualidade da vida protegida. A preocupação, portanto, deve se focar na dimensão do conteúdo desse direito e na concretização prática das devidas proteções. E, inclusive, nas formas que operacionalizam esse direito nas situações do dia-a-dia.

Prioritariamente, é fundamental reiterar que o direito à vida se configura essencial, consequência de sua relevância ímpar que justifica lhe seja dispensado tratamento especial.

Refira-se o pensamento de Adriano De Cupis⁸, que o coloca em patamar praticamente acima dos demais direitos essenciais quando afirma:

Digamos, desde já, que se trata de um direito essencial entre os essenciais, inato, deduzível do direito penal. Direitos essenciais, como já havíamos visto, são aqueles que têm por objeto os bens mais elevados; uma vez que, entre tais bens, existe um que por seu turno se sobrepõe aos outros, o correlativo direito tem necessariamente de receber uma nota distintiva, tal que poderíamos denominá-lo, se isso fosse lícito, direito ‘essencialíssimo’. Que o bem da vida se sobreponha aos outros, pode deduzir-se facilmente do fato de nenhum outro bem poder conceber-se separado dele. Daqui deriva que o direito de que ele é objeto adquire logicamente a referida nota distintiva.

Não há como deixar de reconhecer que, sem vida, fica sem sentido falar-se em quaisquer outros direitos. Ela é o valor maior para cada ser humano, sendo que sua devida proteção é que principia a finalidade de existência de toda ordem jurídica e organização social.

⁸ DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana Jurídica, 2004. p. 72.

Ao longo dos tempos, emergiu e se consolidou a tradicional concepção jurídica que entende o direito à vida como compreendido em duas dimensões:

a) o direito de cada um (pessoa ou nascituro) a existir, ou seja, como afirmação de um direito próprio, partindo do indivíduo e imposto para os demais. Ele é concebido com um direito subjetivo que o ser humano, direcionando-o para o que lhe é externo, exerce perante o restante da humanidade;

b) e, o dever que possuem as demais pessoas de se absterem de atentar contra a vida de qualquer ser humano. Parte, então, do que é exterior a cada um e vem em proveito do ser humano individualmente considerado, substancialmente adquirindo caráter de obrigação imposta para a coletividade e para cada um em relação ao seu semelhante. Ou seja, neste caso, configura-se como um *standard* de comportamento, um padrão de conduta, que contribui para o respeito ao direito do próximo à vida.

E nessa conjuntura se incluem condutas práticas que são tipicamente ativas (na verdade não constituem uma abstenção), porém se inserem nesse dever de todos em relação à proteção da vida de cada ser humano. Refira-se nesse sentido, a obrigação de praticar o socorro ao seu semelhante quando isso representar um dever como forma de proteger a vida (exemplo: do médico que não pode deixar de atender ao doente) e até a faculdade da legítima defesa de outrem que em nome do mesmo direito representa um excludente de responsabilização civil e criminal.

Esse direito geral de cada um à vida⁹ é enfatizado, por inúmeros doutrinadores, dentre eles, colhemos a manifestação de Fernando Capez, Ricardo Cunha Chimenti, Márcio Fernando Elias Rosa, Marisa Ferreira dos Santos, quando expressam:

⁹ Reitera-se outra situação específica, mas que não é predominante em nível mundial, da previsão e defesa da pena de morte para punir criminosos, o que ocorre apenas em alguns países.

O direito à vida é o direito de não ser interrompido o processo vital, senão pela morte espontânea e inevitável. É considerado o direito fundamental mais importante, condição para o exercício dos demais direitos. Observe-se que, sem vida, não há que se falar em liberdade, propriedade, segurança, etc. 'Como dizia Impallomeni, todos os direitos partem do direito de viver, pelo que, numa ordem lógica, o primeiro dos bens é o bem da vida.¹⁰

Esse posicionamento se reflete nas disposições da maioria das constituições, pois proscrever esse direito à vida, representaria amparar qualquer espécie de genocídio e crimes de mesma espécie que podem extinguir a espécie humana, o que seria inconcebível.

Sob outro viés, a conduta de abstenção de todos e da coletividade em favor da proteção da vida de cada ser humano, também encontra manifestação na doutrina, como se pode colher das palavras do consagrado Adriano De Cupis¹¹ quando ensina:

A força jurídica do sujeito apóia-se sobre os bens da vida, da integridade física, e demais...; mas a conservação destes está em função do comportamento negativo da generalidade: dizer que se tem direito à vida, equivale dizer que se tem um direito sobre a vida, cuja conservação, por outro lado, depende da abstenção de ações lesivas por parte de terceiros. Isto é, usa-se uma expressão simplesmente apta para marcar o lado externo do direito, sem que, além disso, seja prejudicada a identidade do objeto do mesmo direito.

Esses posicionamentos deixam indene de dúvidas à proteção da vida como um direito a ser exercido por cada um e a ser respeitado pela coletividade (incluindo Estado, demais pessoas e organizações sociais em relação a cada ser humano).

Porém, a partir desse ponto de consenso, abre-se a questão de saber-se quais seus exatos contornos e conteúdo.

¹⁰ CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio Fernando Elias. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 53.

¹¹ DE CUPIS, *op. cit.*, p. 71.

Julio Iglesias Nunes de Souza¹², por exemplo, identifica uma dimensão mais ampla na vida do ser humano e seu bem estar, e sob essa perspectiva manifesta:

É de grande valia e importância o direito à integridade física, pela qual se protege a incolumidade do corpo e da mente. Com efeito, é um dos direitos da personalidade, com o qual se busca proteger juridicamente a vida, a higidez física e a lucidez mental do ser; opondo-se a qualquer atentado que venha a atingi-las, apresentando-se como um direito oponível *erga omnes*.

A inclusão desses elementos remete o jurista para o exame da legislação infraconstitucional, pois como expõe Bruno Miragem¹³ (amparado em lições de doutrinador de renome), tem-se que: “Na exata constatação de Robert Alexy, ‘os direitos humanos só podem se desenvolver seu pleno vigor quando garantidos por normas de direito positivo, isto é, transformados em direito positivo’”.

E avançando, cabe então, buscar responder se a ordem estatal resumiu-se ao simples intento de manter a vida sob o ponto de vista meramente biológico ou se deve haver a realização dela de forma mais condizente com a natureza humana, considerando-se o direito ao desenvolvimento da personalidade.

A resposta a essa indagação remete a conclusão de que o cerne da prática para essa proteção constitucional integra vários direitos, incluindo o direito do consumidor (que regula um universo de relações decisivas para a qualidade de vida das pessoas). E visualizando o referido direito e os direitos da personalidade, percebe-se que divorciar o direito à vida, daquilo que representa a qualidade dela, representaria o risco de apro-

¹² SOUSA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Responsabilidade civil por danos à personalidade*. São Paulo: Editora Manole, 2002, p. 35.

¹³ MIRAGEM, Bruno. *Os direitos básicos do consumidor: fundamentos do direito do consumidor, direito material e processual do consumidor, proteção administrativa do consumidor, direito penal do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 32.

ximar-se e se considerar natural, até situações que, atualmente, nem mesmo consideramos legítimas serem dispensadas para os animais irracionais. O ser humano de outra forma, como destinatário da estrutura social (e mesmo como direito natural dele), deve ter assegurada a dignidade de sua vida, como se demonstrará.

3. O DIREITO À VIDA CONFORME O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

A Constituição Federal brasileira estabelece em seu primeiro artigo, a dignidade humana como fundamento do Estado Democrático de Direito. Esse é um ponto de contato a ligar a ordem constitucional, os direitos da personalidade e o direito do consumidor (vide a menção a dignidade no art. 4º, do CDC).

O princípio da dignidade humana é inafastável, vez que disposto para impregnar todos os comandos da legislação constitucional e infraconstitucional. Como esclarece Josiane Cristina Cremonizi Gonçalves¹⁴:

Em primeiro lugar, destaca-se que a dignidade da pessoa humana constitui, na fórmula de Haverkate, o ‘ponto de Arquimedes do estado constitucional’. Isto quer dizer que é instrumento de integração e hermenêutica de todas as normas constitucionais e infraconstitucionais, inclusive direitos fundamentais.

Essa percepção é corroborada por diversos doutrinadores¹⁵, como Fernanda Borghetti Cantali¹⁶, que com apoio de em

¹⁴ STURION, Alexandre S. de Paula (Coord.). *Ensaio constitucionais de direitos fundamentais*. Campinas: Servanda Editora, 2006. p. 369.

¹⁵ Zulmar Fachin expressa que: “Trata-se de um valor nuclear do ordenamento jurídico brasileiro. Não por acaso, está localizado no pórtico da Constituição, evidenciando desde logo o conteúdo axiológico que a permeia. Para Luiz Edson Fachin, a dignidade da pessoa é o ‘princípio estruturante, constitutivo e indicativo das idéias diretivas básicas de toda a ordem constitucional. Tal princípio ganha concretização por meio de outros princípios e regras constitucionais formando um sistema interno harmônico, e afasta, de pronto, a idéia de predomínio do individualismo atomista do

sólida doutrina, afirma:

E mais, o princípio da dignidade humana é considerado um princípio matriz, do qual irradiam todos os direitos fundamentais do ser humano. Nessa linha, Rizzato Nunes afirma que a dignidade da pessoa, que nasce com ela, é o primeiro e o mais importante fundamento de todo o sistema constitucional brasileiro, primeiro fundamento e estrutura de proteção dos direitos individuais. A magnitude do princípio da dignidade humana justamente está refletida no fato de que, em sendo um fundamento da República, é um verdadeiro supraprincípio, o qual orienta e conduz toda a leitura e interpretação dos demais princípios, garantias e direitos contidos na Constituição, vinculando, além do Poder Público como um todo, os particulares.

A constituição é um “todo”, ou seja, pressupõe uma unidade, sendo que sua interpretação deve ser informada por um efeito integrador, de concordância prática e de harmonização para maior eficácia na efetivação de suas disposições¹⁷. Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana é espécie de diretriz ordenadora do conteúdo e da aplicação dos direitos e garantias previstos no ordenamento jurídico, de modo que toda interpretação e aplicação de normas que laboram no sentido de cumprimento do direito à vida aconteçam em conformidade com o referido princípio.

Pois bem, fosse o mandamento constitucional limitado a proteger a vida em sua dimensão mínima, consistente na sua simples manutenção após o nascimento, muito do direito positivo tornar-se-ia inútil. Uma vez protegida apenas a simples existência vegetativa ou a sobrevivência desprovida de míni-

direito. Aplica-se como um leme a todo o ordenamento jurídico nacional compondo-lhe o sentido e fulminando de inconstitucionalidade todo preceito que com ele conflite. É de um princípio emancipatório que se trata”. FACHIN, Zulmar. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. atual. e ampliada., Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 207-208.

¹⁶ CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 88-89.

¹⁷ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, *op. cit.*, p. 207-216.

mas condições de dignidade, tudo o que de “humano” existe em cada pessoa (física) perderia representatividade e significado, inclusive, por conta de que a personalidade e seu desenvolvimento restariam irrelevantes, ou até sem sentido.

Como manifesta Pedro Lenza¹⁸ “O direito à vida, previsto de forma genérica no art. 5º, caput, abrange tanto o direito de não ser morto, privado da vida, portanto o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna”.

Mais do que simplesmente viver, fundamental é ter, ao menos, um piso existencial mínimo de qualidade para a vida, de modo a condizer com a dignidade constitucionalmente protegida como prerrogativa para o ser humano.

Vale referir que se pode encontrar manifestações doutrinárias como a Ingo W. Sarlet¹⁹ que, supostamente poderia advogar posição que exclua a dignidade como elemento do direito à vida. Entretanto, quem confere mais detidamente a obra deste conceituado jurista, percebe que sua preocupação direcionou-se para efeitos de estudo do direito constitucional, como forma de classificar separadamente o direito à vida, do princípio da dignidade humana, mas sem objetivar exclusão que possa levar a uma conclusão teratológica. Veja-se a transcrição:

O conceito de ‘vida’, para efeitos da proteção jusfundamental, é aquele de existência física. Cuida-se, portanto, de critério meramente biológico, sendo considerada vida humana toda aquela baseada no código genético humano. Em apartada síntese é possível afirmar que o direito à vida consiste no direito de todos os seres humanos de viverem, abarcando a existência corporal no sentido de existência biológica e fisiológica do ser humano. A noção de vida digna (que pode assumir uma feição positiva, como se verá mais adiante), portanto, não poderá servir de fundamento para a imposição de uma condição de inferioridade a determinados indivíduos, tal qual ocorreu,

¹⁸ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 95.

¹⁹ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, *op. cit.*, p. 352-353.

em tempos mais recentes, sob a égide da ideologia nacional-socialista, mas que já era praticada em diversos ambientes bem antes da instauração do nazismo, guardando, além disso, relação com a existência de práticas eugênicas já na Antiguidade (bastaria lembrar a eliminação dos recém-nascidos defeituosos em Esparta, tidos como imprestáveis para assumir seu papel na sociedade) e que ainda seriam encontradas, mesmo na Europa após a segunda Grande Guerra.

Constata-se pelas palavras do ilustre autor, que a intenção foi deixar expressa a autonomia que ele entende existir entre estes direitos fundamentais (dignidade humana e direito à vida), o que somente aumenta a importância de cada um deles (na medida de que eles podem ser exigidos separadamente). E, no que é mais importante, está destacada a preocupação de deixar consignado o sentido de evitar que a vida e mesmo a dignidade dela, possam ser objeto de vilipêndio²⁰.

É fundamental, então, perceber que o objetivo do preceito constitucional não é restritivo e infere que o direito à vida jamais seja apartada da noção de dignidade que lhe dá plenitude. A concepção de vida humana e dignidade é intrínseca e deve restar indissociável (inseparável), sob pena de anular-se totalmente ou em parte muito significativa a finalidade do comando constitucional.

Não é correto, portanto, adotar a concepção de proteger a vida humana apenas em sua dimensão biológica²¹, sem considerar as circunstâncias que emergem desse contexto, tanto no plano individual, como da convivência em coletividade.

Dessa maneira, conferir dignidade à vida é indispensá-

²⁰ Da mesma forma, é inapropriado considerar que o direito a condições mínimas de sobrevivência supostamente poderia excluir a qualidade digna de vida, ainda mais considerando o direito ao tratamento digno pelo Estado. O que se presume, o texto a seguir não prega: “O direito à vida abrange o direito de não ser morto (direito de não ser privado da vida de maneira artificial; direito de continuar vivo), o direito a condições mínimas de sobrevivência e o direito a tratamento digno por parte do Estado”. CHIMENTI; CAPEZ; ROSA, *op. cit.*, p. 34.

²¹ POMIN, Andryelle Vanessa Camilo. *Os direitos da personalidade violados pela falta de segurança pública*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012. p. 106.

vel para o enfrentamento das questões proporcionadas pela realidade do cotidiano (exemplo: nas situações práticas envolvendo relações de consumo e seus efeitos positivos ou negativos para o ser humano como tal)²². Afinal, como apropriadamente expressa Kallyne L. L. A. de Almeida²³:

O que deve caracterizar a dignidade é a autonomia de todo ser humano na produção do sentido de sua própria dignidade, remetendo às ideias de autodeterminação, livre desenvolvimento da personalidade e livre eleição e adoção de planos e formas de vida.

Dentro da licitude, temos a faculdade de fazer escolhas relacionadas à nossa maneira de viver. Convivemos na sociedade urbanizada, precisamos satisfazer necessidades, realizamos contratos, temos tarefas, sofremos dificuldades e vicissitudes. É fundamental, então, que a ordem jurídica garanta não apenas a simples sobrevivência representada por um corpo que tenha respiração, o coração bata e o cérebro tenha um mínimo de funcionamento, pois isso não supera o que é encontrado na animalidade irracional. O ser humano é melhor representado pela sua personalidade, sendo que tem direito ao completo desenvolvimento dela, contexto em que se inclui o direito à vida com qualidade suficiente para assegurar a sua dignidade; essa a verdadeira e melhor leitura para o mandamento constitucional.

4. DO DIREITO À VIDA NA ORDEM CONSTITUCIONAL

Historicamente, o direito à vida fez-se presente (direta ou indiretamente) em inúmeros documentos, podendo ser citados a Declaração de Direitos da Virgínia (1776), a Constituição Federal Norte-Americana de 1787, a Declaração de Direitos Humanos da ONU (1948), a Lei Fundamental da Alemanha

²² Veja-se a questão da segurança alimentar e dos produtos e serviços exageradamente nocivos ou perigosos no mercado de consumo, em relação à proteção da qualidade de vida das pessoas.

²³ MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 75.

(1949), no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969 e em seu Protocolo Adicional de 1990), na Constituição Federal brasileira de 1946, etc²⁴.

Na realidade brasileira atual, a proteção da vida está inserida dentre os direitos e garantias fundamentais, sendo que o texto constitucional quando arrola seus princípios fundamentais (arts. 1º e 3º), não menciona literalmente esse direito. Todavia, é evidente que o tem como pressuposto. E tal acontece, não apenas pela referida característica de estar inscrito nos direitos e garantias fundamentais que são invioláveis e tem aplicação imediata (art. 5º), mas inclusive por conta de que não há como constituir uma estrutura política de molde a viabilizar a existência da preconizada sociedade livre, justa e solidária, em que sejam assegurados os princípios do exercício da cidadania e do respeito à dignidade da pessoa humana sem proteger a vida (aliás, um direito de primeira dimensão²⁵). E nem mesmo cumprir os ditames – que não se restringem a área pública, mas também são extensivos à esfera privada - de existência digna conforme o previsto nos princípios da ordem econômica (art. 170) e quanto ao direito à saúde (art. 196) e a educação (art.205).

Explicitando com propriedade a concepção de que esse direito à vida se irradia na legislação constitucional e infra-constitucional, Zulmar Fachin²⁶, refere:

A vida, protegida pela Constituição, é a vida humana. Mais do que isso: é a vida humana vivida com dignidade. A vida é o bem mais precioso da pessoa humana. Somente quem a tem pode exercer direito. Logo, o direito à vida é o pressuposto para o exercício dos direitos fundamentais protegidos pelo ordenamento jurídico do país.

Pode-se afirmar, então, que o referido direito adquire

²⁴ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, *op. cit.*, p. 352-353.

²⁵ Ou, como prefere parte da doutrina, um direito de primeira geração.

²⁶ FACHIN, *op. cit.*, p. 52.

foros assemelhados à condição de princípio²⁷, conforme com amparo notável doutrina, assinala André Trindade²⁸, quando diz:

Somos levados a crer que a melhor exegese da norma contida no art. 5º, § 1º, de nossa Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização).

Essa condição principiológica faz impregnar todo sistema jurídico, no sentido de proteger a vida, ou melhor, mais do que isso: a vida digna. Por isso os mencionados autores referem a essa espécie de mandato de otimização ou maximização, a determinar que esse valor maior deve ser levado em consideração (e até ser priorizado) em todas as situações.

Assim, a sucinta ordem de proteção à vida emitida pela constituição é imperativa para que seja cumprida mediante a aplicação por todos os ramos do direito, inferindo decisivamente para os direitos da personalidade e o direito do consumidor.

5. DO DIREITO À VIDA COMO DIREITO DA PERSONALIDADE

O direito à vida é um dos direitos da personalidade, com certeza o mais importante deles.

Os direitos da personalidade não se restringem em ser simples “capacidade jurídica” ou susceptibilidade “de ser titular de direitos e obrigações”. Como afirma De Cupis²⁹, eles não se identificam ou confundem, nem com os direitos, nem com as obrigações, mas são a pré-condição e o pressuposto para eles (tal como é a vida). Ainda mais que se constituem naquilo que é próprio de cada pessoa, o que, sem dúvida, é uma concepção

²⁷ E está consolidada a noção de que violar um princípio é mais grave do que violar uma norma.

²⁸ TRINDADE, André. *Manual de direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 65.

²⁹ DE CUPIS, *op.cit.*, p. 21.

muito mais ampla e de importância capital. Inclusive, há que se consignar que devido a sua relevância e essencialidade, os direitos da personalidade independem de previsão expressa no direito positivo. Como se sabe, há um arbítrio conferido ao ordenamento jurídico positivo de expressamente prever ou não, determinados direitos ou a proteção deles, mas essa condição não provoca que esses direitos essenciais deixem de existir ou acabem desmerecidos. E esse fato ocorre até por racionalidade, pois considerando que quando, por exemplo, estão envolvidos valores como a proteção da vida humana, a falta de norma expressamente positivada, jamais serve de motivo para olvidar direitos de tamanha relevância.

Em uma conceituação destinada a configurar o que seja personalidade as palavras de Diogo Costa Gonçalves³⁰, são muito representativas quando exprimem que:

Numa tentativa de definição do conceito e salvo melhor construção personalidade é o conjunto de qualidades e relações que determinam a pessoa em si mesma e em função de sua participação na ordem do ser, de forma única e singular.

O reconhecimento dos direitos da personalidade como uma categoria, é concepção que sofreu um processo de maturação/evolução. O primeiro passo foi haver a sua identificação vinculada a seus atributos próprios, suficientes para destacá-los de outras categorias de direitos, circunstância que ocorreu principalmente a partir da segunda metade do Século XX³¹. Independente desse processo um tanto lento, sempre foi conferido valor aos direitos da personalidade em espécie (como o direito à vida), mesmo que em determinados momentos da humanidade, tenham acontecido circunstâncias reprováveis ordenadas e/ou executadas por pessoas desvirtuadas como déspotas, tira-

³⁰ GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e direitos da personalidade*: fundamentação ontológica da tutela. Coimbra: Edições Almedina, 2008, p. 68.

³¹ Período em que, não por mera coincidência, devido à nova visão protetiva para o ser humano, também surgiu o Direito do Consumidor, reconhecido como de ordem pública e interesse social.

nos e delinquentes de várias espécies, todos merecedores de recriminação e punição.

Quando se fala de direitos da personalidade, insere-se a ideia de que cada um tem o direito de ver protegido aquilo que de mais próprio nele existe, desde o nascimento até seu completo desaparecimento. A simples referência ao nascimento e a morte, demonstram que o direito à vida, incluso nos direitos da personalidade, é realmente pressuposto fundamental para demais valores que a ordem jurídica visa proteger. Como bem expressou Walter Moraes³²:

A vida, outro bem de personalidade: óbvio que sem vida não há pessoa para o mundo do direito. E assim também o físico, a psique e outros valores de compreensão mais sutil, como é a figura individual, e o nome, dos quais depende a individualização e conseqüente identificação de um sujeito no meio social. Estes valores quase sempre abstratos, são elementos que integram o ser do *homo iuris*. De modo que podemos conceber a personalidade como um composto de elementos que lhe dão estrutura. Vale dizer que, sem ditos bens, não se integra uma pessoa; e, logo, faltando pessoas, não há que falar em comunidade de homens, nem em ordem jurídica, nem em verdadeira sociedade. (grifo do autor)

Embora às polêmicas que eventualmente cercam sua determinação conceitual, o valor prático dos direitos da personalidade para as pessoas, como aduziu Paulo de Tarso Vieira Sanseverino ao citar texto da doutrina de Luís Cabral de Moncada, reside no fato de que eles “constituem posições jurídicas fundamentais do homem, decorrentes de sua própria condição, derivadas do seu nascimento e de sua vida”³³, condição que lhes dá distinta primazia.

Fica transparente, então, que se fala de um direito substancial, naturalmente essencial para dar conteúdo à personalidade de cada ser humano.

³² FRANÇA, *op. cit.*, p. 29-30.

³³ Vide prefácio escrito por Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, na obra MIRANDA; RODRIGUES, FRUET, *op. cit.*, p. 13.

Reunindo doutrina das mais prestigiadas, Gilbert Ronald Lopes Florêncio³⁴ expressa:

Parafrazeando Goffredo Telles Jr., os direitos da personalidade são aqueles que possibilitam ao seu titular, ou seja, à pessoa, promover a defesa do que lhe é próprio, isto é a vida, a integridade, a liberdade, a sociabilidade, a honra, a imagem etc. Destarte, tais direitos são inerentes a pessoa humana e, portanto, ligam-se a ela de modo permanente, perpétuo.

O direito à vida, portanto, se inclui dentre aqueles que são intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis e como o já afirmado, de reconhecida essencialidade³⁵. Desta forma, merecem certa primazia, na medida em que, sem eles acontece uma evidente perda de significação e utilidade para os demais (direitos), como a liberdade, a intimidade, à honra (ao resguardo, ao segredo), à identidade pessoal (nome pessoal, ao título, ao sinal figurativo), a moral da pessoa, etc.³⁶.

No direito brasileiro, foram principalmente as sucessivas constituições³⁷ que aos poucos começaram a se referir, ou mais precisamente, explicitar, a proteção de um rol cada vez mais significativo daqueles que são considerados direitos da personalidade. Embora doutrinadores, a exemplo de Maurício Mazur³⁸, aduzam que os direitos da personalidade se situam no

³⁴ FLORÊNCIO, Gilbert Ronald Lopes. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Led-Editora de Direito, 2005, p. 68.

³⁵ Adriano De Cupis argumenta que: Todos os direitos, na medida em que destinados a dar conteúdo à personalidade, poderiam chamar-se 'direitos da personalidade'. No entanto, na linguagem jurídica, esta designação é reservada aos direitos subjetivos, cuja função, relativamente à personalidade, é especial, constituindo o *minimum* necessário e imprescindível ao seu conteúdo. Por outras palavras, existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal. São esses os chamados 'direitos essenciais', com os quais se identificam precisamente os direitos da personalidade. DE CUPIS, *op. cit.*, p. 23-24.

³⁶ SOUSA, Rabindranath, *op. cit.*, p. 199-200.

³⁷ E, naturalmente, as legislações infra-constitucionais que conseqüentemente foram se adequando.

³⁸ MIRANDA; RODRIGUES; FRUET, *op. cit.*, p. 13.

direito privado, sendo que a fonte imediata deles é o Código Civil e não a Constituição, mesmo assim é forçoso reconhecer que no caso brasileiro, a nossa Carta Magna de 1988 (não por acaso denominada de constituição cidadã), expressamente prescreve o direito à vida, e o faz com destaque especial que lhe empresta a raiz constitucional condizente com sua importância.

Em uma redução evidentemente simplista, pode-se considerar que o ser humano busca a felicidade, porém tendo em vista que ela possui um cunho substancialmente subjetivo, nossa Constituição Federal (art. 3º, IV) veio estabelecer a concepção de “bem estar para todos”. E, nesse sentido, se revela fundamental entender-se que o princípio da proteção à vida, enquanto direito disposto para existência e desenvolvimento da personalidade, somente alcançará nível que cumpra o constitucionalmente estabelecido, se agregando também direitos infraconstitucionais, na prática, propicie que a pessoa consiga superar o nível da mera sobrevivência e alcance patamar de qualidade de vida consentâneo com o respeito à dignidade humana (também princípio constitucional)³⁹; afinal, é na realidade cotidiana que tal deve ser aferido.

Assim, de forma mais objetiva, tem-se que o direito à vida é o mais relevante dos direitos da personalidade, mas somente deixa de se resumir em mero ideal utópico, quando no cotidiano se concretiza através da interação também de outros ramos do direito, a exemplo do direito do consumidor.

6. A PROTEÇÃO DA VIDA SEGUNDO O DIREITO DO CONSUMIDOR

O direito à vida com dignidade, na prática, depende da

³⁹ Vale lembrar que conforme Adriano De Cupis³⁹, a vida é um pressuposto e todos aqueles (direitos) destinados a dar conteúdo a personalidade poderiam chamar-se “direitos da personalidade”. DE CUPIS, *op. cit.*, p. 23.

qualidade das muitas relações em que às pessoas se envolvem, em especial as de consumo, de quantidade quase incontável e suma importância. A essa constatação da magnitude desses direitos se acrescenta que a legislação consumerista não apenas protege o consumidor nato (CDC, art. 2º, caput), mas igualmente um extenso rol de consumidores por equiparação, integrado pela coletividade de pessoas (parágrafo único, do art. 2º, do CDC), pelos terceiros que são vítimas de evento danoso ocasionado por relação de consumo mal-sucedida (CDC, art. 17) e pelas pessoas determináveis ou não (inclusive os consumidores potenciais), quando expostas às práticas comerciais reguladas pelo CDC (art. 29). Por essa descrição, é possível aquilatar a dimensão desse universo de relações de importância fundamental, tanto é que de forma inspirada, em 15 de março de 1962, disse o Presidente John F. Kennedy⁴⁰ na mensagem que enviou ao Congresso Norte-Americano: “Consumidores somos todos nós!”

Por esses motivos, o legislador constituinte deu raiz constitucional ao direito do consumidor ao inscrevê-lo expressamente no art. 5º, inc. XXXII (que, não por mera coincidência, é o mesmo em que se encontra o direito à vida), no art. 170, inc. V, e no art. 48, das disposições transitórias. E mais, pelo Decreto nº 7963, de 15 de março de 2013 (Plano Nacional de Consumo e Cidadania – PLANDEC), a proteção do consumidor foi instituída como política de Estado.

Rememorando a história, depois da Constituição de 1988 ter dado seu comando, o grande marco foi à aprovação da Lei nº 8.078/90, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Trata-se de um micro-sistema de ordem pública e interesse social, mas cujo caráter transversal⁴¹, amplia esse universo e o

⁴⁰ SODRÉ, Marcelo Gomes. *A construção do direito do consumidor: um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 22.

⁴¹ Na feliz expressão de Cláudia Lima Marques. BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do*

situa entre o direito privado e o direito público. Ao reger as relações de consumo (tomadas em sentido *stricto* e em sentido *lato*⁴²) como forma de proteger aos mais vulneráveis nelas envolvidos (os consumidores), o CDC trouxe novos paradigmas que se espraíram e impregnaram positivamente, muitas outras normas, a exemplo do Código Civil de 2002.

Em verdade, na legislação nacional passou-se a ter um autêntico *sistema* de proteção ao consumidor, no qual o CDC é lei *principiológica* conforme a perfeita expressão de Nelson Nery Júnior⁴³, adotada igualmente por Sergio Cavalieri Filho⁴⁴ (que acrescenta considerá-lo verdadeira *lei de sobredireito*, aplicável sempre que presente a relação de consumo⁴⁵). É direito com a missão primordial de proteger nas relações de consumo, aos que de forma natural, se encontram em enfraquecida posição de desigualdade frente ao fornecedor reconhecidamente mais forte. E ao conferir como direito, que os destinatários finais dos produtos e serviços, tenham assegurado no consumo a necessária segurança para que possam desenvolver suas vidas, de forma direta e também reflexa, labora em proveito da

consumidor. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 23.

⁴² Vide a conceituação de relação de consumo *stricto sensu* em que se aplica o CDC por tratar-se de relação de consumo (envolvendo fornecedor, consumidor e fornecimento de um produto do primeiro para o segundo) e relação de consumo *lato sensu* (em que se pode aplicar o CDC para reger relação na qual, independente da presença de um consumidor, esteja envolvido interesse ou direito deste e que precise ser protegido, mesmo que as consequências do contrato somente venham a ocorrer posteriormente. Exemplo: uma tutela preventiva para evitar contrato ou disposições contratuais entre fornecedores, cujos resultados futuros venham a desrespeitar e prejudicar direitos dos consumidores). PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO. *A proteção do consumidor na prestação de serviços*. São Paulo: PUC-SP, 2002, p. 16 – 36.

⁴³ *apud* MARQUES, Cláudia Lima. Proposta para uma teoria geral dos serviços com base no código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 33, p. 84, jan./mar. 2000.

⁴⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo, Atlas, 2011, p. 31.

⁴⁵ *Idem*. A responsabilidade do incorporador/construtor no código do consumidor. *Ajuris*: Revista da Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul, Porto alegre, v. 2, p. 431, 1998. Edição especial.

proteção da vida, em especial em assuntos relacionados à saúde. Ainda mais quando nas relações de consumo, mediante a implementação da igualdade substancial ou isonômica, o consumidor que em regra é vulnerável (ou, de forma especial, é hipervulnerável, condição que o código denomina de hipossuficiência), acaba protegido e merecidamente aquinhado com a melhoria de sua qualidade de vida, preservando o regular desenvolvimento de sua personalidade.

Nos tempos atuais, o ser humano consome em tempo integral, e durante rigorosamente toda a sua existência, sendo absolutamente necessário haver qualidade nas relações de consumo, senão fica em risco a dignidade da vida. As situações aflitivas são muitas ao longo da vida e o bom equacionamento delas passa pela proteção do consumidor, como - marcando em cores fortes - se pode perceber nos casos que demandam utilização de serviços médicos e hospitalares (em especial nos casos em que, pela gravidade, é necessária internação em centros ou unidades de terapia intensiva).

Em específico quanto à proteção da vida, temos na Lei nº 8.078/90 (CDC), dois dispositivos que expressamente a mencionam:

O primeiro, cujos termos coincidem em muito com o princípio constitucional da dignidade humana, é o caput do art. 4º que diz:

A política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como, a transparência e harmonia das relações de consumo ...”.

Nesse sentido, são inspiradoras as observações de Cláudia Lima Marques⁴⁶ quando diz:

O art. 4º do CDC é norma narrativa, expressão criada por Eric Jaime para descrever estas normas renovadoras e abertas, que

⁴⁶ BENJAMIN, MARQUES, BESSA, *op. cit.*, p. 54.

trazem objetivos e princípios, e evitar de chamá-las de normas-programa ou normas programáticas, que não tinham eficácia prática e por isso não eram usadas. Note-se que o art. 4º do CDC é um dos artigos mais citados deste Código, justamente porque resume todos os direitos do consumidor e sua principiologia em um só artigo valorativo e que traz os objetivos do CDC. As ‘normas narrativas’, como o art. 4º, são usadas para interpretar e guiar, melhor dizendo, ‘iluminar’ todas as outras normas do microsistema. Elas aplicam-se como inspiração, guia, teleologia, indicando o caminho, o objetivo. Daí a importância do art. 4º do CDC.

Em síntese, trata-se de verdadeiro princípio disposto para a melhora da qualidade de vida das pessoas e preservação de sua dignidade como expressamente descrito na norma.

Já o segundo, é o inc. I, do art. 6º, com este teor: “São direitos básicos do consumidor: I – a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos”.

Este dispositivo congrega vida, saúde e segurança, como um conjunto voltado à proteção do ser humano. Inclusive, convém referir o que a Organização Mundial da Saúde (órgão da ONU), no mesmo sentido que já foi explanado anteriormente, define que “saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas ausência de doença”. Ou seja, fundamentalmente é a vida digna (com a respectiva qualidade) que deve ser objeto de tutela através de princípios e normas se encontram no CDC, coincidindo com o texto constitucional (art. 5º, LXXVIII, § 2º e 3º).

De forma muito adequada, o CDC adotou a *teoria da qualidade* (que tem como apêndice a *teoria da quantidade*), pela qual existe para o fornecedor, um dever de qualidade e nos produtos e serviços que são colocados no mercado de consumo. Dever esse, cujo cumprimento esta sujeito, de regra, a responsabilização objetiva (independente de demonstração de culpa), mostrando privilegiar a proteção segundo a ótica do lesado (e

não a do lesante).

A teoria da qualidade instituiu a separação entre situações mais graves causadas pelos *defeitos* (vide art. 12, do CDC) que afetam à saúde e segurança do consumidor (e, neste ponto, há intrínseca proteção da vida) e os *vícios* (vide art. 18, do CDC) que atingem o aspecto patrimonial do consumidor⁴⁷. Esta técnica se originou da constatação de que, na prática, o consumidor pode ser atingido lesivamente em duas órbitas ou esferas. Ou seja, explicitando:

a) em sua incolumidade patrimonial, quando em decorrência de um vício no produto ou serviço fornecido (falta de qualidade-adequação), acontece desequilíbrio entre a prestação que cabe ao consumidor e a contraprestação de encargo do fornecedor. Observação: embora, em princípio, esse tipo de situação atinja diretamente ao equilíbrio econômico da relação negocial, vale mencionar que, indiretamente, o problema pode ser de tal porte e gravidade que o estresse provocado seja suficiente para prejudicar gravemente a qualidade de vida do consumidor (afligido em sua esfera íntima, inclusive podendo restar prejudicado também o pleno desenvolvimento da sua personalidade). Como exemplo, pode-se citar situações em que tendo havido fornecimento de produto ou serviço sem qualidade, além do prejuízo causado pelo vício, o consumidor ainda tenha de suportar a irritação de ser tratado de forma inapropriada e até desrespeitosa, seja quando da reclamação por um telefone 0800 (em que é deixado durante longo tempo de espera ou acaba recebendo atendimento inadequado ou agressivo), seja quando necessitando de produto essencial, ele nem mesmo é atendido;

b) em sua incolumidade física, quando acontece risco ou dano à saúde ou segurança do consumidor devido a forne-

⁴⁷ Vide nesse sentido, as preciosas e já clássicas lições da doutrina de Antonio Herman de Vasconcelos e Benjamim. BENJAMIN, MARQUES, BESSA, *op. cit.*, p. 55.

cimento de produto ou serviço defeituoso (falta de qualidade-segurança), situação que se relaciona muito mais diretamente com a questão da proteção da vida.

O exame textual do CDC mostra ainda que a teoria da qualidade se reflete em dispositivos que adotam o princípio da precaução, a exemplo:

a) do art. 8º que veda a colocação no mercado, de produtos que acarretem riscos (e não somente danos) à saúde ou segurança do consumidor (salvo os riscos *inerentes* dotados da característica de serem *normais/justificáveis/toleráveis* levando-se em consideração os benefícios do produto ou serviço e *previsíveis*, de modo que o consumidor possa se proteger adequadamente);

b) do art. 10 que estabelece que o fornecedor não pode colocar no mercado, produto ou serviço que sabe ou deveria saber, apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança do consumidor.

Essas normas, por evidente, integram o arcabouço direcionado, (direta ou indiretamente) à proteção da vida. Como Bruno Miragem⁴⁸ expõe brilhantemente nas seguintes considerações:

O reconhecimento desse direito subjetivo admite múltiplas eficácias. Por um lado, determina a proteção da vida do consumidor individualmente considerado em uma relação de consumo específica, o que indica a necessidade de proteção para sua integridade física e moral e, neste sentido, o vínculo de dependência da efetividade deste direito com os demais de proteção da saúde e da segurança igualmente previstos no CDC. Uma segunda dimensão, que podemos indicar como dimensão transindividual do direito à vida, é sua proteção de modo comum e geral a toda a coletividade de consumidores efetivos e potenciais, com relação aos riscos e demais vicissitudes do mercado de consumo, o que no caso, determina a vinculação deste direito subjetivo e outros como o direito a segurança, e ao meio ambiente sadio.

⁴⁸ MIRAGEM, *op. cit.* p. 77.

Nesse contexto, há busca da proteção da segurança e da saúde (em última análise, resguardo do direito à vida, também objeto do direito da personalidade) quando o CDC veda o fornecimento de produtos ou serviços defeituosos (arts. 12 e 14), ou que sejam colocados no mercado produtos e serviços considerados desproporcionalmente (nocivos ou perigosos).

Essas condições legitimam as medidas do sistema de proteção ao consumidor, inclusive, as de regulação por Agências ou outros órgãos estatais, que existem estabelecidas para o mercado de consumo (exemplos: das normas de vigilância sanitária, a Lei nº 9656/98 e as demais medidas de regulação do setor de planos e seguros saúde e atuação das operadoras). Igualmente, justificam plenamente as medidas administrativas (artigos 55 a 59) e até penais, previstas no Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Então, como fruto dessa coincidência de desideratos que transparece à evidência, uma correta constituição e concretização prática do negócio de consumo (da esfera pré-contratual, contratual e pós-contratual) pode ser o fator determinante para, com eficiência e eficácia, obter-se o cumprimento dos objetivos preconizados para os já descritos. E essa notável identificação de propósitos contribui e soma em proveito dos destinatários desta proteção.

7. O DIÁLOGO DAS FONTES ENTRE OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E O DIREITO DO CONSUMIDOR COMO MELHOR FORMA DE CUMPRIR O MANDAMENTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA

Convém observar que teorizar e falar abstratamente de um direito à vida não é suficiente para concretizá-lo. Sempre que se estabelece um direito, imprescindível é visualizar como ele será operacionalizado, inclusive como instrumento de paci-

ficação social e de organização estatal, enquanto disposto para alcançar justiça nas relações entre as pessoas. Precisa contemplar os aspectos operacionais e funcionais que a legislação projeta na prática e mirar na utilidade⁴⁹ que será proporcionada para o bem estar individual e coletivo, em cumprimento da função social que lhe é inerente. E, nesse sentido, aproveitando-se das brilhantes lições de Cláudia Lima Marques, atente-se para as possibilidades de um profícuo diálogo das fontes⁵⁰, para integração, complementaridade e mesmo subsidiariedade entre as diversas normas, condição que inclusive afirma essa unidade essencial à concepção de sistema jurídico: o conjunto deve oferecer, ordenadamente, não apenas a possibilidade de eliminação de lacunas, de preenchimento de conceitos vagos e de integração de disposições, mas ir além e incluir também a interação que potencialize melhor as formas de concretização dos verdadeiros objetivos buscados pela legislação. É a Constituição Federal que dita ou institui a escala de valores a ser seguida no Estado, mas é na competente inter-relação entre os diversos direitos de nível infraconstitucional que as diretrizes por ela traçadas alcançam otimização. O sistema deve ser suficiente (em sentido de completude) e tanto quanto possível, eficiente. Entretanto, essas condições que não impedem – mas ao contrário, justificam - que a legislação infraconstitucional dialogue construtivamente em prol dos fins estabelecidos na Lei Maior. É fundamental, portanto, perceber-se a possibilidade de contributiva de interação coordenada, pela qual a adequada aplicação de determinadas normas jurídicas (infraconstitucionais), coopera substancialmente com a consecução dos desideratos de ou-

⁴⁹ Importante referir que a menção a utilidade prática do direito, expõe que é na realidade cotidiana (como nas relações de consumo) que ele produz seus efeitos, de modo que no presente caso não está a significar qualquer forma de adesão às concepções utilitaristas que a visualizam apenas sob critérios de cálculos de vantagens como indutora de escolhas e comportamentos.

⁵⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 46-47.

tras. É o caso dos direitos da personalidade e do consumidor, tão significativos para cumprir-se o constitucionalmente estabelecido direito à vida. Preservada a coerência com os objetivos maiores que estão colimados pelo direito, essa conjugação de esforços integrativos repercute positivamente e adquire valor inestimável na solução dos problemas surgidos no dia-a-dia das pessoas. Seus efeitos provocam uma verdadeira simbiose construtivamente voltada para a realização das finalidades que representam a própria razão de existir dessas normas. Em relação aos direitos da personalidade e ao direito do consumidor, sem esmaecer a identidade própria (pureza doutrinária de cada um) e os objetivos específicos que lhes são próprios, nos pontos de coincidência de objetivos, pode-se obter com a boa aplicação das prescrições de um, a contribuição substancial para a realização mais adequada exatamente daquilo que é tido como finalidade pelo outro. No caso do direito à vida, nas searas de afinidade (coincidência de objetivos), deve-se aproveitar o que de melhor contém essa legislação infraconstitucional, forma de dar concretude ao referido direito. O fato de haver normas dispersas na legislação (mas isso, por si só, não significa que sejam divergentes ou colidentes) reforça o sentido de como deve ser feito o melhor aproveitamento delas. Desta forma, o arcabouço legislativo como um todo, deve estar disponível para, com a devida técnica e desde que respeitando - e mais que isso, cumprindo - os princípios constitucionais, o aplicador do direito possa fazer a melhor escolha e a mais eficiente utilização. Quando de questões complexas relacionadas à proteção da vida, é impositivo partir do inscrito na Constituição Federal, mas igualmente indispensável se amparar, tanto nos princípios constantes nos direitos da personalidade, como nas disposições pertinentes que se encontram no sistema de proteção ao consumidor (CDC, legislação de proteção à saúde, vigilância sanitária, de segurança para os produtos e serviços, dentre outras)⁵¹.

⁵¹ Por exemplo, sem esse diálogo das fontes, não há como bem resolver questões

Observe-se que esse raciocínio tem base lógica pelas convergências, similitudes e muitos pontos de coincidência entre os direitos da personalidade e o direito do consumidor quanto à proteção da vida e a dignidade da pessoa humana. Ambos têm origem constitucional e compartilham a condição de serem de ordem pública e imensurável interesse social. E mais, possuem paradigmas iguais e assemelhados quanto a essa área, sendo que na condição de direitos fundamentais (importantíssimos para assegurar o respeito aos denominados direitos humanos), comungam a condição de terem aplicação imediata (CF., art. 5º, LXXVIII, § 1º).

Inclusive, mostrando essa proximidade e semelhanças a unir estes direitos, Sérgio Cavalieri Filho⁵² comenta: “O Código do Consumidor trouxe extraordinárias contribuições à nossa ordem jurídica; nenhuma outra, entretanto, mais importante do que a *personalização* do consumidor”. (grifo nosso)

E, no mesmo sentido, mas em abordagem ainda mais completa, Bruno Miragem⁵³, a par de sublinhar o caráter essencial da proteção da vida como direito subjetivo que admite múltiplas eficácias, mostra essa aproximação dizendo:

Por um lado, determina a proteção da vida do consumidor individualmente considerado em uma relação de consumo específica, o que indica a necessidade de proteção de sua integridade física e moral e, neste sentido, o vínculo de dependência da efetividade deste direito com os demais de proteção a saúde e da segurança, igualmente previstos no CDC. Uma segunda dimensão, que podemos indicar como dimensão transindividual do direito à vida, é sua proteção de modo comum e geral a toda coletividade de consumidores efetivos e potenciais, com relação aos riscos e demais vicissitudes do mercado de consumo, o que no caso, determina a vinculação deste

relacionadas a fabricação e comercialização de produtos ou serviços ligados à saúde. E até problemas mais complexos em relação à proteção da vida, como nos casos surgidos quando em relação de consumo, apoiando-se na Resolução nº 1805/2005, é praticada uma ortotanásia que antecipa a morte do paciente.

⁵² CAVALIERI FILHO, *op. cit.*, p. 89.

⁵³ MIRAGEM, *op. cit.*, p. 111.

direito subjetivo e outros como o direito à segurança, e ao meio ambiente sadio. O direito à vida, contudo, antes de ser um direito básico do consumidor, configura-se como direito essencial da personalidade, e direito fundamental consagrado na Constituição da República (artigo 5º, caput). Portanto, é nesta dimensão que deve ser compreendido [...]

Nessa perspectiva, não remanesce dúvida, que entre os mencionados direitos, existem espaços de confluência, de coincidência de objetivos e de bens a tutelar (vida), posto que o preconizado por um, encontra respaldo e apoio nas disposições do outro. E, especialmente em situações de vulnerabilidade para as pessoas (e mais nas condições de hipervulnerabilidade/hipossuficiência).

Como sabiamente leciona Cláudia Lima Marques⁵⁴:

Interessante mencionar que a jurisprudência desenvolveu a noção de hipervulnerabilidade como um corolário positivo da proibição de discriminação, logo do princípio da igualdade (um dever ser) e mandamento de pleno desenvolvimento da personalidade, diretamente ligada, pois, a nossa visão de dignidade de pessoa humana (tratamento equitativo e digno da pessoa humana).

Então, expressões como proteção da vida, igualdade, dignidade humana, são intensamente comuns nessa área do direito. E, na prática, a realidade mostra que o direito à vida, princípio constitucional e o mais importante dos direitos da personalidade, restará sempre vazio e inconsequente se nas relações de consumo em que esteja envolvido risco, à vida, saúde e segurança do consumidor não for efetivamente protegida.

Há que acontecer, portanto, um diálogo de coordenação, complementaridade e subsidiariedade, confluindo valores de um e de outro; e formando conjunto eficiente para a proteção da vida e desenvolvimento da personalidade das pessoas, forma de conferir-lhes dignidade. Um diálogo de coerência, cada um seguindo a laborar segundo suas especificidades, sem haver

⁵⁴ MARQUES, *op. cit.*, p. 46-47.

sobreposição e ressalvada a hierarquia das normas, mas interagindo em proveito de realizar o objetivo supremo que os une, de tornar real o cumprimento do direito à vida. E o Código de Defesa do Consumidor incentiva esse diálogo quando em seu art. 7º, seguindo o exemplo da Constituição Federal (art. 5º, LXXIII, § 2º) prescreve:

Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Esse diálogo, reafirma-se, deve ser construído de molde a contribuir para dar verdadeiro sentido ao sistema, sendo método de colmatação, integração e interpretação a envolver os direitos da personalidade e do consumidor, para que esses direitos exerçam competentemente a função determinada constitucionalmente.

CONCLUSÃO

O direito à vida é o mais importante de todos os direitos, não só em nível constitucional, mas como verdadeira finalidade máxima da ordem jurídica. A vida que se protege, diga-se é a vida humana realmente digna. Por isso, se torna dependente também da qualidade das relações de consumo que a pessoa realiza. Da atenção que lhe é dispensada no cumprimento do direito a saúde. Das precauções e prevenções advindas do direito ambiental. Da proteção, às vezes indireta, propiciada pelo direito penal. Ou seja, as categorias e ramos do direito, integrados, devem participar decisivamente do cumprimento deste objetivo maior. Os direitos da personalidade e o direito do consumidor, a par de possuírem evidentes especificidades que os distinguem e os individualizam, compartilham a condição de instrumentos para a consecução de uma ordem constitu-

cional mais elevada. Ou seja, existem zonas de coincidência, nas quais se aproximam e se unem em grau elevado. Pontos de similitude em que há uma relação de afinidade de propósitos. Como segmentos de gênese constitucional, naturalmente são de muita relevância para os seres humanos, haja vista que nascidos para proteger direitos fundamentais, dotados de ordem pública (que permitem imediata aplicação, inclusive *ex-officio*). Assim, conforme o já esposado, é imprescindível a estratégia de haver um profícuo diálogo coordenado entre os princípios e as normas que os integram em proveito do direito à vida (digna), em todas as suas nuances, extensão e projeções. Vale lembrar que em relação à proteção da vida, via de regra, nos tempos atuais, ultrapassamos a rotineira condição de vulnerabilidade que nos afeta na sociedade de consumo (ou para muitos, na sociedade do risco). E nas situações mais delicadas, como quando da necessidade, por exemplo, de tratamento de uma doença grave, o ser humano impregna-se da condição de hipossuficiente, carecendo de atendimento peculiar composto por serviços e produtos com eficaz qualidade. E nesses momentos é que se percebe a importância dos microssistemas protetivos que desde o final do século passado inseriram-se no ordenamento jurídico brasileiro.

Tomando essa referência como marco inicial, pode-se adotar a substancial noção de se realizar a construção de um novo direito privado com função social, toda amparada pela força normativa da Constituição. Entretanto, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, não se concretizará unicamente pela existência dos princípios gerais postados na Lei Maior. Eles demandam necessariamente, um processo de objetivação/concretização nas situações específicas que ocorrem na vida em sociedade. E esse papel de levar o princípio constitucional para mais próximo da realidade das pessoas tem como arsenal a legislação infraconstitucional. Ou seja, partindo-se do sistema de valores estabelecidos pela Carta Magna, é através

desse conjunto de normas que se pode instituir-se um direito privado solidário, a incluir, naturalmente, os direitos da personalidade, os direitos do consumidor, o direito ambiental e vários outros ramos do direito⁵⁵. A interação dessas normas operando uma positiva somatória das virtudes para a adequada tutela do direito à vida e sua proteção em tempo integral, além de justificar o sentido do sistema jurídico, é apta para se traduzir em elevados benefícios, inclusive na indução de bons comportamentos individuais e no seio coletivo. O resultado deve consistir na devida valorização do ser humano e seu bem-estar conforme preconizado constitucionalmente, todo um contexto para que se tenha mais justiça nas relações sociais.



REFERÊNCIAS

- BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 23.
- CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. A responsabilidade do incorporador/construtor no código do consumidor. *Ajuris: Revista da Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul*, Porto alegre, v. 2, p. 431, 1998. Edição especial.
- _____. *Programa de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo, Atlas, 2011, p. 31.
- CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Már-

⁵⁵ BENJAMIN; MARQUES; BESSA, *op. cit.*, p. 27-30.

- cio Fernando Elias. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana Jurídica, 2004.
- FACHIN, Zulmar. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. atual. e ampliada., Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- FLORENCIO, Gilbert Ronald Lopes. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Led-Editora de Direito, 2005.
- FRANÇA, Rui Limonge. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Volume 26. São Paulo: Saraiva, 1977. (Verbetes escritos por Walter Moraes).
- GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e direitos da personalidade: fundamentação ontológica da tutela*. Coimbra: Edições Almedina, 2008.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 46-47.
- _____. Proposta para uma teoria geral dos serviços com base no código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 33, p. 84, jan./mar. 2000.
- MIRAGEM, Bruno. *Os direitos básicos do consumidor: fundamentos do direito do consumidor, direito material e processual do consumidor, proteção administrativa do consumidor, direito penal do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012.
- POMIN, Andryelle Vanessa Camilo. *Os direitos da personalidade violados pela falta de segurança pública*. Belo

- Horizonte: Arraes Editores, 2012.
- PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO. *A proteção do consumidor na prestação de serviços*. São Paulo: PUC-SP, 2002, p. 16 – 36.
- SARLET Ingo Wolfgang; MARINONI Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- SODRÉ, Marcelo Gomes. *A construção do direito do consumidor: um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2009.
- SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *O direito geral da personalidade*. Lisboa: Coimbra Editora, 2011.
- SOUSA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Responsabilidade civil por danos à personalidade*. São Paulo: Editora Manole, 2002.
- STURION, Alexandre S. de Paula (Coord.). *Ensaio constitucionais de direitos fundamentais*. Campinas: Servanda Editora, 2006.
- TRINDADE, André. *Manual de direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2011.