



**UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA**

***DEPARTAMENTO DE DIREITO***

**A EUTANÁSIA COMO UM DIREITO DA PERSONALIDADE: COMPARATIVO  
LUSO-BRASILEIRO EM TEMPOS DE NEOCONSTITUCIONALISMO**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídicas.

Autor: Rainer Jerônimo Roweder

Orientador: Prof. Doutor Carlos Carranho Proença

Número do Candidato: 20151917

**LISBOA  
2018**



**RAINNER JERONIMO ROWEDER**

**A EUTANÁSIA COMO UM DIREITO DA PERSONALIDADE: COMPARATIVO  
LUSO-BRASILEIRO EM TEMPOS DE NEOCONSTITUCIONALISMO**

A presente dissertação é parte estruturante das atividades curriculares da Pós Graduação Stricto Sensu (mestrado) do curso de Direito da Universidade Autónoma de Lisboa (UAL), sob a orientação do Prof. Doutor Carlos Carranho Proença.

**LISBOA**

***2018***

**A EUTANÁSIA COMO UM DIREITO DA PERSONALIDADE: COMPARATIVO  
LUSO-BRASILEIRO EM TEMPOS DE NEOCONSTITUCIONALISMO**

Dissertação apresentada ao Departamento de Direito da Universidade Autónoma de Lisboa como parte das exigências para obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídicas.

APROVADO: \_\_\_\_\_/\_\_\_\_\_/\_\_\_\_\_

---

Prof. Doutor Carlos Carranho Proença (UAL)  
Orientador

---

Membro do Júri

---

Membro do Júri

PORTUGAL / LISBOA  
2018

## DEDICATÓRIA

Dedico esse trabalho à formação de uma brilhante carreira.

**Poética**

De manhã escureço  
De dia tardo  
De tarde anoiteço  
De noite ardo.

A oeste a morte  
Contra quem vivo  
Do sul cativo  
O este é meu norte.

Outros que contem  
Passo por passo:  
Eu morro ontem

Nasço amanhã  
Ando onde há espaço:  
– Meu tempo é quando.

**Vinicius de Moraes**

## **LISTA DE SIGLAS**

<b>BE</b>	-	<b>BLOCO DE ESQUERDA</b>
<b>CE</b>	-	<b>COMUNIDADES EUROPEIAS</b>
<b>CEDH</b>	-	<b>CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS</b>
<b>DUDH</b>	-	<b>DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM</b>
<b>EUA</b>	-	<b>ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA</b>
<b>FMADM</b>	-	<b>FEDERAÇÃO MUNDIAL DAS ASSOCIAÇÕES PELO DIREITO A MORRER</b>
<b>IVG</b>	-	<b>INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ</b>
<b>STJ B</b>	-	<b>SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (BRASILEIRO)</b>
<b>STJ P</b>	-	<b>SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (PORTUGUÊS)</b>
<b>STF</b>	-	<b>SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</b>
<b>UAL</b>	-	<b>UNIVERSIDADE AUTONOMA DE LISBOA</b>
<b>UE</b>	-	<b>UNIÃO EUROPÉIA</b>

## **RESUMO**

A presente dissertação pretende estudar a compatibilização da categoria especial de direitos, denominada de Direitos da Personalidade, com a eutanásia no bojo do Estado de Direito Democrático, sob a perspectiva neoconstitucionalista moderna, no Brasil e em Portugal. Tendo em vista as características e confrontações desta possível espécie de direitos, foi perquirida acerca da plausibilidade da eutanásia, assim como os direitos da personalidade, ser ligada à dignidade humana. Com isto, investiga-se sobre a possibilidade de configuração do direito à morte digna como essencial à dignidade da pessoa, enquanto pessoa, em sede de direito comparado sistematizado, especialmente verificando os ordenamentos jurídicos brasileiro e português. Foi averiguado, por pesquisa aprofundada de doutrina e jurisprudência, se a eutanásia, uma vez autorizada, poderia ser considerada um novo desafio dos direitos da personalidade, tendo em vista as suas características e ligação especial com a dignidade da pessoa humana. Após isto, foi feita, ainda, uma análise de quais seriam os mecanismos adequados para incluir a eutanásia nos ordenamentos jurídicos estudados de forma compatível como Estado Democrático de Direito, bem como quais seriam as políticas públicas mais adequadas para conscientização da população sobre o tema abordado. Trata-se de uma potencial garantia que visa tornar o jurisdicionado protagonista da própria narrativa, em especial no final de sua obra. Sem a intenção de esgotar o assunto, insta-se o leitor a estudar mais sobre o tema.

## **PALAVRAS-CHAVE**

Eutanásia; Direitos da Personalidade; Neoconstitucionalismo

**ABSTRACT**

This dissertation aims to study the compatibility of the special category of rights denominated Personality Rights with euthanasia in the Rule of Law and to unite the modern neo-constitutionalist perspective. Considering the characteristics and problems in the practice of those rights, the work investigated the plausibility of euthanasia, as a right of the personality, being linked to human dignity. With this, we investigate a possibility of configuring the right to a dignified death as essential to the dignity of the person, as a person, in comparative systematized law, especially regarding Brazilian and Portuguese legal systems. Resorting to doctrine and jurisprudence, this research ascertained in-depth whether euthanasia, once authorized, can be considered a new challenge for personality rights, considering its characteristics and special connection with the dignity of the human person. Afterwards, an analysis was made of what would be the appropriate mechanisms to include euthanasia in the legal systems studied in a way compatible with Rule of Law, as well as the most appropriate public policies to raise public awareness about this topic. It is a potential guarantee that aims to make the person the protagonist of his own narrative, especially at the end of his work. Without intending to exhaust the subject, the reader is urged to study more about the subject.

**KEY WORDS**

Personality Rights; Euthanasia; Neo-constitutionalism



## ÍNDICE

<b>RESUMO</b> .....		<b>07</b>
<b>ABSTRACT</b> .....		<b>08</b>
<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>2</b>	<b>A EUTANÁSIA</b> .....	<b>12</b>
<b>2.1</b>	<b>O conceito de eutanásia e suas variações brasileiras e portuguesas</b> .....	<b>13</b>
<b>2.2</b>	<b>A eutanásia na jurisprudência brasileira, portuguesa e europeia</b> .....	<b>20</b>
<b>3</b>	<b>A EUTANÁSIA E O NEOCONSTITUCIONALISMO</b> .....	<b>24</b>
<b>3.1</b>	<b>Conceito de neoconstitucionalismo e suas variações</b> .....	<b>24</b>
<b>3.2</b>	<b>A compatibilidade constitucional da eutanásia com os ordenamentos jurídicos de Portugal e do Brasil por meio do neoconstitucionalismo</b> .....	<b>45</b>
<b>4</b>	<b>A EUTANÁSIA E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE</b> .....	<b>53</b>
<b>4.1</b>	<b>A dignidade e a personalidade da pessoa humana</b> .....	<b>53</b>
<b>4.2</b>	<b>Os direitos da personalidade no Brasil e em Portugal</b> .....	<b>60</b>
<b>4.3</b>	<b>A eutanásia enquanto cláusula geral de direito da personalidade</b> .....	<b>74</b>
<b>4.4</b>	<b>O aborto legal e o reforço da teoria da personalidade</b> .....	<b>77</b>
<b>5</b>	<b>MECANISMOS JURÍDICOS QUE PODEM AUXILIAR O FIM DA VIDA DIGNO</b> .....	<b>81</b>
<b>6</b>	<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>89</b>
	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>91</b>

## 1. INTRODUÇÃO

A vida é formada por uma vasta gama de sentimentos, entre eles estão a dor e o sofrimento. Normalmente, durante toda nossa trajetória buscamos nos afastar destes sentimentos por serem considerados prejudiciais a uma vida feliz. Mas, nem sempre eles são facilmente evitáveis, como quando graves moléstias cruzam o destino da pessoa, fazendo com que a dor e emoções desagradáveis se tornem grande parte do dia a dia.

Quando esta situação ocorre, buscamos um fim a estas sensações negativas, mas nem sempre isto é possível, e colocar fim a própria vida se torna uma forma de finalizar a dor física e emocional. No entanto, terminar com a própria vida, com a finalidade de extinguir a dor e o sofrimento nem sempre é uma tarefa fácil e lícita. No Brasil e em Portugal tal prática encontra diversos e contundentes obstáculos legais, forçando, muitas vezes a perpetuação da dor.

A possibilidade de colocar fim a própria vida nestas situações já foi regulada em diversos outros ordenamentos jurídicos e necessita de implementação legal no Brasil e em Portugal para ser ampla e regularmente aplicada, sob a égide do Estado de Direito Democrático.

Falar sobre a morte ou matérias que tocam o tema é um desafio em diversas áreas científicas, tendo em vista que se trata de um assunto incômodo e de difícil trato, por ter caráter definitivo. Como ninguém volta da morte, diversos mitos e tabus foram sendo formados no seu entorno o que aumenta a sensibilidade do tema e do seu tratamento científico.

A matéria é extremamente controversa por envolver diversos âmbitos sociais, como a sociedade médica, religiosa, associações de enfermos, cidadãos em geral, associação em favor da morte digna, etc.

A conceituação desta possibilidade de colocar fim a própria vida e sua sistematização foi estudada nesta dissertação, perpassando por conceituados doutrinadores europeus e latino-americanos.

A posição jurisprudencial brasileira, portuguesa e europeia também foi analisada e conceitos jurisprudenciais enriqueceram o presente trabalho. Foi perquirido, também, sobre quais diplomas legislativos podem ser utilizados para enquadrar a eutanásia nos ordenamentos jurídicos estudados e analisada à compatibilidade entre a eutanásia e os direitos da personalidade. Esta categoria de direitos foi escolhida pela sua proximidade com conceitos de vida, personalidade e dignidade da pessoa humana.

Foi derradeiramente analisada qual política pública seria adequada para a implementação do debate sobre a morte digna. Assim, busca-se empoderar o cidadão e torná-lo protagonista da própria narrativa sem ter que sistematicamente contar com o amparo do Estado e sempre judicializar as questões para ter sua vontade atendida.

As técnicas de pesquisa utilizadas para confecção da dissertação são o levantamento bibliográfico e estudo do estado da arte, levantamento documental, jurisprudencial e de jornais e revistas sobre o tema. As formas de buscas dos dados foram ser diretas em livros físicos ou utilização de bibliografia digitalizada através da internet, com a utilização de e-books, artigos digitais, monografias, dissertações e teses publicadas em meio eletrônico para a facilitação das buscas.

O objetivo principal desta dissertação é demonstrar que a eutanásia é um possível e futuro direito civil da personalidade e potencialmente garantido pela Constituição no Brasil e em Portugal através do neoconstitucionalismo e das novas formas de interpretação constitucional.

## 2 A EUTANÁSIA

A vida é vastamente protegida, prevista e amparada pelo Direito, em diversos aspectos e em diversos ramos jurídicos. A perpetuação máxima da vida humana digna tende a ser o foco dos ordenamentos, em geral, mas a relativização da vida e a possibilidade de por fim a vida é percebida com facilidade, tanto no Brasil, quanto em Portugal e em tratados internacionais, ao cuidar da morte e seus contornos jurídicos.

A Constituição da República Federativa do Brasil prevê a possibilidade da pena de morte em caso de guerra declarada, o Código Penal vigente no Brasil descriminaliza o aborto em casos específicos. E a morte, presumida ou fática, é tratada no âmbito do direito civil brasileiro.

Portugal foi o primeiro Estado soberano moderno da Europa a abolir a pena de morte e a Constituição da República Portuguesa estabelece que em caso algum haverá a pena de morte, no entanto, algumas relativizações do direito à vida já são percebidas, como a legalização condicional do aborto, que de nenhuma maneira é uma pena de morte.

Em sentido próximo, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, estabelece que o direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei, mas ressalta diversas situações em que o direito a vida pode ser relativizado, como, por exemplo, repressão de violência ilegal, para reprimir revoltas ou para efetuar uma detenção legal.

A sociedade está em constante transformação e a aproximação social com conceitos de vida e morte são plásticos. Uma das transformações sociais atuais mais polêmicas é a eutanásia e sua regularização jurídica, haja vista que o tema toca em diversas camadas sociais e gera polêmicas ligadas ao âmbito religioso, médico, ético, jurídico, entre outros. Apesar de não ser uma prática nova a sua disciplina jurídica ainda continua insuficiente haja vista as demandas sociais ligadas ao tema. No próximo capítulo a eutanásia será conceituada e diferenciada de figuras próximas para melhores entendimentos do tema.

## 2.1 O conceito de Eutanásia e suas variações brasileiras e portuguesas

A eutanásia não possui um conceito estanque.

Trata-se de um debate muito antigo e que por muitos anos permanece em voga na sociedade. Para retratar a antiguidade do tema, ressalte que Platão, em sua obra *A República*, já falava sobre a morte livre, sem utilizar, no entanto, o termo eutanásia. Platão, aparentemente, demonstra-se a favor do que hoje chamamos de eutanásia, apesar dele dar outra nomenclatura ao ato de morrer voluntariamente, asseverando que o prolongamento de uma vida quando há uma doença incurável, vai de encontro com a condição de finitude da vida. A incontornável finitude da vida. Seu argumento se mantém lembrado, de certa forma, até hoje, para fins históricos. Assevera, também, que tal “prolongamento da vida também suscita discussões sobre o valor econômico, pois o coletivo necessitaria de levantar fundos para manter uma vida desenganada de outrem”.<sup>1</sup>

O termo eutanásia é derivado do grego e quer significar a boa moa morte ou morte suave.

Para o professor da Universidade do Porto, Paulo Pulido Adragão, “por eutanásia propriamente dita deve entender-se o acto de matar deliberadamente um doente incurável para pôr fim ao seu sofrimento, quer dizer, por razões de piedade”<sup>2</sup>. Deve ser ressaltada bastante atenção para o termo deliberadamente, pois o mesmo faz com que a eutanásia diferencie-se de diversas outras figuras. Para ele, o ato atenta diretamente contra a vida humana que deve “distinguir-se do homicídio involuntário (preterintencional, meramente culposos, etc.). A piedade justifica assim o assassinato da pessoa que sofre; a existência ou não de consentimento do paciente permite distinguir a eutanásia voluntária da eutanásia involuntária”.<sup>3</sup> Segue relatando que recentemente, já não é assim: “a eutanásia propõe-se como uma escolha (*death by choice*) e pretende-se o seu reconhecimento como expressão do pluralismo de ideias numa sociedade; ou então como uma alternativa imposta pelas mudanças na assistência sanitária; ou ainda como uma exigência de respeito vontade e autonomia de quem prefere a morte vida”<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Siqueira-Batista, R., Schram, F. R.. A filosofia de Platão e o debate bioético sobre o fim da vida: interseções no campo da Saúde Pública. **Cad. Saúde Pública** [Em Linha]. Rio de Janeiro. (2007)., 855-865.

<sup>2</sup> ADRAGÃO, Paulo Pulido. A Eutanásia: Argumentos de um Debate. **JusJornal** [Em Linha]. Lisboa. (2007). [Consult. 10 Nov. 2017]. Disponível em

[https://drive.google.com/file/d/1\\_G7RUxUNTIL9yiXqmMfsyRkHcPCLjqLs/view](https://drive.google.com/file/d/1_G7RUxUNTIL9yiXqmMfsyRkHcPCLjqLs/view)

<sup>3</sup> IDEM

<sup>4</sup> IDEM.

O conceito de eutanásia foi sofrendo variação e especificação ao longo do tempo. Com efeito, na visão do latino americano, Eduardo Tinant:

Eutanásia significa basicamente provocar a morte, com algumas qualificações, a seguir compelidas: 1) efetuada por um terceiro; 2) de um paciente portador de uma enfermidade mortal; 3) a seu requerimento; 4) em seu próprio benefício, e 5) por meio da administração de um tóxico ou veneno em dose mortal. E segue explicando, caracterizando e pontuando: 1) o terceiro agente, geralmente um médico ou um profissional da saúde, que provoca a morte, distingue a eutanásia do suicídio assistido, em que aquela põe ao alcance do paciente o mecanismo ou a droga necessária; 2) A existência de uma enfermidade terminal permite distinguir primariamente eutanásia de homicídio assistido; 3) Requerimento expresso do paciente, dado fundamental que legitima a expressão de sua vontade autônoma no exercício máximo de seu direito a morrer; 4) Implica que se deve efetuar tendo em conta o melhor interesse do paciente: evitar uma deterioração da qualidade de vida ou um sofrimento que não deseja suportar; 5) Procedimento, ato, conduta, pelo que se materializa a eutanásia mesma, administrando um veneno ou droga mortal<sup>5</sup>.

De acordo com Erik Gramstrup, a eutanásia pode ser classificada também em eutanásia por ação ou positiva, quando há um ato deliberado a provocar a morte sem dor de pacientes terminais e a por omissão ou negativa em que há a retirada de tratamentos e aparelhos que mantinham determinado paciente vivo ou por que não se inicia um tratamento médico. Há ainda a eutanásia direta e a eutanásia indireta, conforme se quer que a morte sobrevenha, ou apenas se procura mitigar a dor física, embora sabendo que tal ato pode encurtar a vida do moribundo, não sendo a eutanásia indireta uma verdadeira eutanásia. Segue o autor relatando a existência da eutanásia agônica, quando a eutanásia é provocada em um paciente terminal e desenganado, sem qualquer esperança de vida, com o fito de encurtar o seu sofrimento. A eutanásia de duplo efeito, que pode ser entendida como um aumento da velocidade da morte, como consequência eviezada ou indireta da utilização de certos medicamentos pelo médico ou outro profissional da saúde equivalente, que reduzem a dor física, mas que podem causar diminuição da vida do paciente. Segundo ele, há também quem fale de auto-eutanásia, referindo-se ao suicídio, só que

---

<sup>5</sup> TINANT, Eduardo Luis. In Antología para una Bioética jurídica.: **La Ley [Em Linha]**. Buenos Aires, (2004) ISSN 0251-3420. N° 69, p. 5-10.

este não é uma forma de eutanásia, pois no suicídio visa-se alcançar a própria morte e não de outro indivíduo. Ressalta também que a expressão eutanásia, também não se deve utilizar naqueles casos em que, no decurso de uma doença em é de prever o aparecimento da morte, espontânea e subitamente ocorre o processo mórbido de maneira rápida, inesperada e sem agonia, pois neste caso estamos defronte de morte súbita<sup>6</sup>.

Em sua dissertação, Sandra Santos, nomeia diversas formas de eutanásia, divididas em doze espécies, abaixo relatadas. Segundo ela, entre as formas de eutanásia estão a:

Quanto a retributividade:

- 1) Eutanásia penal ou punitiva - aquela que surge nos países onde a pena de morte ainda é admitida, como, por exemplo, a China, ou em certos estados dos EUA, para castigo de crimes considerados graves pelas respectivas legislações.
- 2) Eutanásia voluntária - tem como referência o consentimento do paciente, surgindo quando a morte é provocada atendendo à vontade do paciente; há a possibilidade de se falar da eutanásia suicida, sendo aquela que é provocada pelo próprio paciente, que pessoalmente recorre ao uso dos meios letais necessários para abreviar a vida, podendo, conforme os casos, ser ou não assistida pela actuação de terceiro que colabore para o desenlace mortal, não considerado o principal autor.
- 3) Eutanásia involuntária - ocorre quando a morte é provocada contra a vontade do paciente.
- 4) Eutanásia não voluntária - é aquela em que a morte é provocada sem que o paciente tenha manifestado a sua posição em relação a ela.<sup>7</sup>

Quanto a forma de acção:

- 5) Eutanásia por acção ou positiva - acto deliberado para provocar a morte sem sofrimento e sem dor do paciente, com fins misericordiosos; implica a interferência médica adequada, normalmente através da administração de fármacos, substâncias tipicamente mortais.
- 6) Eutanásia por omissão ou negativa - há omissão de qualquer tipo de ajuda médica para manter vivo o paciente; por exemplo, quando a morte

---

<sup>6</sup> GRAMSTRUP. Erik Frederico – Eutanásia: definição e classes. **Almedina**. Coimbra, 2010, p. 27

<sup>7</sup> SANTOS, Sandra Cristina Patrício dos – **Eutanásia e suicídio assistido: O direito e liberdade de escolha**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2011 [**Em Linha**]. 196 f. Dissertação de Mestrado em História Contemporânea e Estudos Internacionais. p. 09

de um doente terminal ocorre porque não se inicia uma terapêutica ou há a interrupção de uma medida extraordinária com o objectivo de minorar o sofrimento encontramos-nos perante um caso de eutanásia por omissão ou negativa.<sup>8</sup>

Quanto ao efeito desejado:

7) Eutanásia agónica - a morte é provocada sem sofrimento num doente terminal, sem qualquer esperança de vida; tem por objectivo o fim do sofrimento do paciente. Segue a autora relatando a 8) Eutanásia de duplo efeito que é o aumento da velocidade da morte, como consequência enviesada ou indirecta do uso de certos fármacos pelo médico ou outro profissional da saúde, pela utilização de quantidades altas que visam aliviar ou extinguir a dor física de um doente terminal, provocada por qualquer doença mortal ou terminal, mas que podem objetivamente provocar um encurtamento da vida pela utilização do fármaco a ser administrado pelo médico, ou seja, podem ter como efeito —indesejado a morte. 9) Eutanásia lenitiva ou piedosa – é aquela que ocorre quando se aplicam meios que visam eliminar o sofrimento de doentes terminais, pelo médico ou profissional de saúde equivalente, mas com o fito de preservação da vida e sem o encurtamento da mesma, por técnicas próprias que a medicina fornece, em que se espera que seja a doença a provocar a futura morte, não os medicamentos. 10) Eutanásia occisiva - surge quando o médico usa meios para liquidar o paciente para que este não sofra mais. 11) Eutanásia homicida - em que pode haver homicídio piedoso, abreviar a vida de uma pessoa libertando-a de uma doença incurável. 12) Eutanásia eugénica ou eutanásia de tipo económica ou social - consiste na eliminação do sofrimento dos doentes incuráveis, dos inválidos e dos velhos, com o intuito de aliviar a sociedade do peso de pessoas economicamente inúteis, estendendo-se aos casos de malformações congénitas ou deteriorações irreversíveis, físicas e mentais; este tipo de eutanásia, foi executada em Esparta e na Alemanha nazi, com a desculpa de purificação da raça.<sup>9</sup>

Percebe-se pelas citações acima que são diversas as formas de morrer voluntariamente e que são diversas as classificações da eutanásia.

---

<sup>8</sup> IDEM.

<sup>9</sup> IDEM, P. 9-10



Noutro giro, Ricardo Royo-Villanova propôs a seguinte divisão: “1) Eutanásia súbita - morte repentina 2) Eutanásia natural - decorre no decurso natural e gradual do envelhecimento.”

<sup>10</sup> O mesmo autor continua sua classificação pelo viés da finalidade do ato, relatando a “3) Eutanásia estoica, - morte obtida com a exaltação das virtudes do estoicismo, o aconselhamento à indiferença e o desprezo pelos males físicos e morais 4) Eutanásia teológica - morte em estado de graça 5) Eutanásia terapêutica - obtida por emprego ou omissão de meios terapêuticos para obter uma morte suave, aos pacientes incuráveis e com dor. 6) Eutanásia eugénica e económica - eliminação de todos os seres degenerados ou inúteis. 7) Eutanásia legal - consentida e regulamentada legalmente.”<sup>11</sup>

Percebe-se que uma vasta gama de classificações do que seria a eutanásia pode ser encontrada na literatura especializada e as suas classificações variam conforme o autor estudado.

Compete estabelecer, também, a diferença entre a distanásia e a ortotanásia.

A ortotanásia é uma eutanásia negativa, em que a essencial ajuda médica não é aplicada no doente terminal. Assim, o paciente morre por não ter os possíveis cuidados médicos aplicados, por sua vontade.

A distanásia, noutro giro, consiste no atraso da morte por aplicação dos meios médicos possíveis, ainda que não exista a esperança de cura do paciente. Assim, novas técnicas de reanimação, podem ser consideradas distanáticas, bem como a manutenção da vida através de aparelhos médicos.

Aliás, qualquer intervenção médica depende consentimento de alguém, haja vista que em Portugal foi publicada a Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001, em janeiro de 2001, que cuida da Convenção para a proteção dos direitos do homem e da dignidade do ser humano face às aplicações da biologia e da medicina: convenção sobre os direitos do homem e a biomedicina, em seu artigo 5º, abaixo transcrito, estabelece que qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efectuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido, assim percebe-se que ninguém pode ser forçado a ser submetido a nenhum procedimento médico sem a sua vontade. Esta pessoa deve receber previamente a informação adequada quanto ao objectivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e riscos, para ilustrar melhor o seu consentimento. O mesmo diploma

---

<sup>10</sup> ROYO-VILLANOVA, Morales. Concepto y definición de la eutanásia. **La Academia**, Zaragoza, 1928. P. 10

<sup>11</sup> IDEM.

normativo estabelece também que a pessoa em questão pode, em qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento. Sempre que, “em virtude de uma situação de urgência, o consentimento apropriado não puder ser obtido, poder-se-á proceder imediatamente à intervenção medicamente indispensável em benefício da saúde da pessoa em causa”<sup>12</sup>.

A eutanásia também perpassa o aspecto cultural e religioso, segundo Sandra Silva, referindo ao catecismo da Igreja Católica, “a Igreja católica define a eutanásia como uma acção ou omissão que, per si ou na intenção, cause a morte com o fim de suprimir o sofrimento. Assim, a Igreja aceita a renúncia e suspensão de tratamentos e a administração de fármacos destinados a aliviar a dor se invariavelmente como consequência ocorrerá a morte”, logo uma figura diferente da eutanásia.<sup>13</sup> A provocação da morte por um terceiro não é permitida, noutra giro.

Apesar das variações em termos de conceituação, terminar com a própria vida pode ser um método rápido e barato de acabar com o sofrimento que a morte pode trazer consigo.

A total e absoluta proibição da eutanásia no Brasil e em Portugal já é relativizada e o número de adeptos é crescente. Ao trata do assunto em parecer, o Conselho Nacional de Ética para as ciências da vida em Portugal, prevê que liberdade ética não significa escolha arbitrária, permissividade ou relativismo moral. Significa, sim, a possibilidade de realização de todas as potencialidades da pessoa humana. Nesse sentido, a liberdade ética não se refere somente à ausência de coacção externa, mas exige também a liberdade de pressões interiores, desde as que provêm de interesses científicos, económicos ou políticos até às que se baseiam em preconceitos culturais ou positivismo religiosos não livremente integrados. Ao mencionar a interrupção do tratamento de doenças terminas relatam que para que esta decisão médica seja eticamente correcta é necessário que:

- o atendimento da pessoa em período final seja personalizado e constante, por parte da equipa de saúde;

---

<sup>12</sup> PORTUGAL. **Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001 [Em linha]** Disponível em: <http://www.gddc.pt/siii/docs/oviedo.pdf>. Acesso em: 11/12/2016.

<sup>13</sup> SANTOS, Sandra Cristina Patrício dos – **Eutanásia e suicídio assistido: O direito e liberdade de escolha**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2011. 196 f. Dissertação de Mestrado em História Contemporânea e Estudos Internacionais. p. 13 *apud* Catecismo da Igreja Católica. Coimbra: Gráfica de Coimbra. 2ª ed. 1999:2277.

- seja permitida a presença de familiares durante 24 horas, bem como de outras pessoas que o doente terminal deseje ver, incluindo ministros religiosos;

- seja facilitada a “alta”, na fase final, se o doente ou a família o desejar.

Cumpridos estes requisitos, a morte em ambiente hospitalar (ou já fora dele) pode ocorrer com respeito pela dignidade humana e as decisões médicas serão eticamente correctas e de boa prática médica.”<sup>14</sup>

Em Portugal, diversos métodos, ao arpejo da lei, já têm sido utilizados para promover a facilitação do fim da dor, causando a morte.

De acordo com Mafalda Anjos “um barbitúrico, é a droga número um utilizada para a prática do suicídio assistido e da eutanásia fora dos meios hospitalares. Ficou conhecida como "peaceful pill" ou a "droga tranquila", e apesar de ser proibida na esmagadora maioria dos países desenvolvidos, incluindo Portugal, pode facilmente ser comprada online por quem procura um fim indolor e vive em sítios onde a prática está criminalizada.”<sup>15</sup>

De acordo com a jornalista, quanto ao meio de entrega do produto, a conveniência chega a ser parecida com a de uma encomenda qualquer. Segundo ela, “a droga vem num pacote discreto e facilmente escapa aos controlos aduaneiros e a sua presença só é detectada em autópsias, que muitas vezes não são realizadas em doentes terminais.” Conforme noticiado, o custo da droga não chega a 150 euros, o que facilita e incentiva o seu acesso a pessoas de diversas classes sociais, inclusive com facilidade na forma de pagamento. Ressalte que se trata de prática inicialmente considerada como ilegal e que foi testada pela jornalista com o fito de ressaltar a facilidade de se efetuar o ato.

Com isto, percebe-se que as proibições legislativas são facilmente contornáveis e a adequação da legislação ao fato social é altamente recomendável tanto em Portugal quanto no Brasil. A proibição não se sustenta somente em um aspecto religioso e a tendência de aumento

---

<sup>14</sup> PARECER sobre aspectos éticos dos cuidados de saúde relacionados com o final da vida: [Em Linha] (11/CNECV/95). Lisboa: Presidência do Conselho de Ministros, 1995.

<sup>15</sup> ANJOS, Mafalda. Eutanásia: quando a morte chega pelo correio a casa dos portugueses. **Visão** Lisboa, 2016. [Consult, 16 Nov. 2017]. Disponível em <http://visao.sapo.pt/actualidade/sociedade/2016-04-26-Eutanasia-quando-a-morte-chega-pelo-correio-a-casa-dos-Portugueses>

de liberdade dos cidadãos clama pela legalização da eutanásia. Em especial, a espécie de eutanásia ligada ao fim da dor.

Assim, naturalmente que a constitucionalização aqui visada somente está ligada a aquelas espécies conectadas aos direitos da personalidade e escolha de uma morte digna, sem sofrimento.

Para que seja considerada um direito, a eutanásia não precisa ser regulamentada, mas precisa necessariamente ser legal ou constitucional, logo, todas as formas acima tratadas não adaptadas ou confrontantes a um ordenamento jurídico estão descartadas como direito da personalidade.

## **2.2 A eutanásia na jurisprudência brasileira, portuguesa e europeia**

Argumentos favoráveis e contrários à eutanásia são encontrados tanto no Brasil quanto em Portugal, pautando-se em normas jurídicas, aspectos morais, ligados à medicina, entre outros.

Para António Lopes de Brito e José Lopes Rijo, ao tratar do tema em Portugal e perante o seu ordenamento jurídico, o facto de se poderem verificar circunstâncias em que a eutanásia possa ser apropriada para um caso particular de um paciente em estado terminal e que está sofrendo muito, não deve ser suficiente para por fim em causa a sua rejeição pela ordem jurídica em geral.<sup>16</sup> Ou seja, entendem que casos isolados não podem tornar a eutanásia como regra no ordenamento jurídico, e assim, aquele indivíduo específico utilizado como paradigma continuaria a sofrer.

Seguem relatando que a eutanásia deve continuar a ser um delito criminal. Porém, dadas as circunstâncias os tribunais devem ponderar o correspondente juízo de responsabilidade, não devendo ser fortemente punida, podendo o juiz penal perdoar o arguido de acordo com o apuramento dos fatos e os motivos que guiaram aquela ação, como motivos egoísticos ou causas verdadeiramente piedosas e justificáveis. Segundo eles, como os homens possuem direito à vida e não sobre a vida, não seria necessária a legalização de um direito a morte suave, que

---

<sup>16</sup>BRITO, António José Santos Lopes. RIJO, José Manuel Subtil Lopes – ESTUDO JURÍDICO DA EUTANÁSIA EM PORTUGAL. **Almedina**. Coimbra, 2010, p. 140

tomaria forma ampla e generalizada de verdadeiro perdão legal, possibilitando efeitos imprevisíveis, dada a possibilidade de erros, vícios de vontade, simulações e fraudes<sup>17</sup>.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos já enfrentou alguns casos em que o direito à morte digna foi o centro da questão.

No Caso Diane Pretty contra Reino Unido ficou decidido que uma cidadã inglesa que sofre de uma doença degenerativa incurável dos músculos e requereu o direito a morrer com dignidade e a praticar a eutanásia não pode praticar o ato requerido, o Tribunal considerou que o artigo 2.o da Convenção Europeia dos Direitos do Homem não lhe atribui um direito a morrer, seja com a ajuda de uma terceira pessoa ou de uma autoridade pública, pelo que o Reino Unido, ao não permitir a sua morte assistida, não violou tal disposição. Com efeito, o Tribunal considerou que o direito à vida não pode ser interpretado de uma forma negativa, com um sentido diametralmente oposto, como um direito de morrer, assim como daqui não se poderia criar um direito à autodeterminação e conferir a um indivíduo o direito a escolher a morte em vez da vida<sup>18</sup>.

O Supremo Tribunal de justiça de Portugal, em acórdão de 2011, já decidiu, no âmbito da responsabilidade médica, que “não há conformidade entre o pedido e a causa de pedir se o autor pede que os réus - médico e clínica privada – sejam condenados a pagar-lhe uma indemnização pelos danos que lhe advêm do facto de ter nascido com malformações nas duas pernas e na mão direita, com fundamento na conduta negligente daqueles, por não terem detectado, durante a gravidez, tais anomalias, motivo pelo qual os pais não puderam optar entre a interrupção da gravidez ou o prosseguimento da mesma – o pedido de indemnização deveria ter sido formulado pelos pais e não pelo filho, já que o direito ou faculdade alegadamente violado se encontra na esfera jurídica dos primeiros.”<sup>19</sup>

Decidiram, citando Capelo de Sousa e Leite Campos, também, ao tratar da ligação entre a vida e a personalidade que “o direito à vida, integrado no direito geral de personalidade, exige que o próprio titular do direito o respeite, não lhe reconhecendo a ordem jurídica qualquer direito dirigido à eliminação da sua vida. E que o direito à não existência não encontra consagração na nossa lei e, mesmo que tal direito existisse, não poderia ser exercido pelos pais em nome do filho menor. O direito à vida, integrado no direito geral de personalidade, exige

---

<sup>17</sup> IBIDEM, p. 141.

<sup>18</sup> Acórdão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, 4a Secção, de 29 Abr. 2002, Processo 2346/2002, Relator: Mr M. Pellonpää, President.

<sup>19</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, RLJ, 134o ANO, 2001-2002, No 3933, P.371, ANOT., 19 de jun de 2001, Processo 01A1008, Relator: PINTO MONTEIRO

que o próprio titular de direito o respeite e dado o carácter supremo que a nossa ordem jurídica atribui ao bem da vida humana, não reconhece ao próprio titular qualquer direito dirigido à eliminação da sua vida, embora admita em certos termos a possibilidade de a pôr em risco. Daí que seja inválido o consentimento autorizante ou tolerante e mesmo o pedido instante da vítima para outrem lhe causar a morte, bem como qualquer renúncia à própria vida e que não seja lícito o suicídio. Mas mesmo que se admita o direito à não vida, como será o caso do suicídio ou da eutanásia, ainda assim sempre o caso concreto ultrapassará esses limites.”<sup>20</sup>

Em outro caso, a mesma corte, ao tratar que o sofrimento é foco extinto pela eutanásia, em decisão unânime, já entendeu que “haverá apenas que acrescentar que, sendo o dano consubstanciado na perda da vida, somente um dano, embora de todos certamente, em princípio e em atenção a um critério objectivo, o mais valioso, - e dizemos em princípio porque a divulgação pública de variados casos de eutanásia e sua legalização em alguns países mostra bem que há muitas pessoas que dão menos valor à vida que ao sofrimento -, o respectivo valor pode perfeitamente ser ultrapassado, sem contradição alguma, pela soma dos valores de vários danos não patrimoniais distintos daquela perda, ou até patrimoniais.”<sup>21</sup>

A eutanásia é sem dúvida um tema sem segurança jurídica, logo atualmente afastada dos valores de justiça. A situação social em desconformidade com a legislação gera tal insegurança. E tal quadro precisa ser alterado. Como bem disserta António Pinheiro Torres, quando falamos em ordem social, falamos implicitamente em segurança e justiça. Sem segurança a ordem não existe ou é imperfeita, o que impossibilita a realização total dos fins da sociedade e das pessoas que a compõem.<sup>22</sup>

No âmbito da jurisprudência brasileira a eutanásia também encontra obstáculos. O primeiro obstáculo é a limitação da autonomia privada no Brasil. Em julgado, a Ministra Carmen Lúcia, do Supremo Tribunal Federal, em seu voto declarou que a autonomia privada, antigamente relatada como autonomia da vontade, que se depara com nítidas barreiras de ordem jurídica nacional, não pode ser desempenhada com desrespeito ou olvidando-se dos direitos e garantias de outrem, especialmente aqueles previstos em sede constitucional, pois a autonomia da vontade, ou autonomia privada, não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela “própria

---

<sup>20</sup> IDEM, *apud* SOUZA, Capelo de, **O Direito Geral de Personalidade**; CAMPOS, Leite. **Lições de Direito de Personalidade**, pág. 59.

<sup>21</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, ANO, 2003, No 3933, P.371, ANOT., 18 de fev de 2003, Processo 03A21, Relator: SILVA SALAZAR

<sup>22</sup> TORRES. António Maria M. Pinheiro – O VALOR DA JUSTIÇA. **Coimbra editora**. Coimbra, 2014, p. 13

Constituição, cuja eficácia, força normativa vinculante e efetividade igualmente se cominam, aos particulares e outras pessoas desvinculadas do âmbito do poder administrativo governamental, no campo de suas relações privadas, em sede de liberdades fundamentais”.<sup>23</sup>

No entanto, o Supremo Tribunal Federal nunca enfrentou diretamente o tema.

Assim, se o entendimento de interpretação formal constitucional, abaixo nesta dissertação melhor analisado, predominante for de incompatibilidade da eutanásia com o ordenamento jurídico constitucional no Brasil, pouco se poderia fazer. O mesmo valeria para Portugal.

Assim, as entre a proibição e a liberação da eutanásia nota-se um vazio legislativo que precisa ser preenchido para garantir tão valiosa segurança jurídica nos ordenamentos jurídicos analisados.

---

<sup>23</sup> STF B. RE 201819 / RJ Relator (a): Min. ELLEN GRACIE. Julgado em 11/10/2005.

### **3 A EUTANÁSIA E O NEOCONSTITUCIONALISMO**

Neste próximo capítulo será tratada da ligação entre a eutanásia e o neoconstitucionalismo, como sua fonte justificadora nos ordenamentos jurídicos estudados nesta dissertação, tratado da conceituação do neoconstitucionalismo e sua possibilidade de fonte argumentativa de inclusão da eutanásia no âmbito jurídico.

#### **3.1 Conceito de neoconstitucionalismo e suas variações**

Trataremos inicialmente sobre o conceito de constitucionalismo e sua evolução histórica. Depois passaremos a tratar do neoconstitucionalismo e as mudanças paradigmáticas trazidas por este movimento.

Constitucionalismo é um movimento social, político e jurídico que visa propiciamente limitar o poder do Estado através de uma Constituição. Essa definição se destaca na figura de um constitucionalismo moderno que se predispões a dissipar o poder na mão de diversos atores políticos.

Em outras palavras, o constitucionalismo visa um abalo jurídico e político no intuito de limitar a atuação do Estado fixado em uma Constituição. Isto porque, o objetivo central do constitucionalismo é limitar, fator este que não ocorria na antiguidade, onde predominava os poderes dos impérios, virtualmente ilimitado e de sujeição quase cega pelos administrados. E por falar em antiguidade, o constitucionalismo iniciou-se nesta fase, inclusive, existindo uma nomenclatura denominada de “constitucionalismo antigo”. O governante, normalmente legitimado por preceitos religiosos ou outras formas diferentes da conhecidas atualmente possuía poderes virtualmente ilimitados de governo que foram limitados paulatinamente pelo movimento constitucionalista.

Na visão de Canotilho, o constitucionalismo é uma “teoria que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização política-social de uma determinada comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito



de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo".<sup>24</sup>

António Hespanha, ao retratar a função das Constituições e o constitucionalismo em Portugal, revela que a Constituição visa “assegurar os direitos individuais dos cidadãos, e estabelecer a organização e limites dos poderes políticos do Estado” (Preâmbulo). Ou seja, nela se compaginam duas vertentes comuns no constitucionalismo europeu – a componente da garantia dos direitos, tal como resultava do célebre livro XI do *Esprit des lois*, de Montesquieu; mas também a da consagração da estrutura fundamental do Estado - “organização e limites dos poderes políticos do Estado”<sup>25</sup>. Segue relatando que a constituição da sociedade civil nem cria nem secundariza os direitos naturais; antes os dota de uma garantia pública, pondo termo, tanto à sua natural precariedade, como aos riscos de arbitrariedade e abuso na sua defesa pelo próprio titular. Contra o absolutismo, a Carta apresentava-se como um documento que instituíra uma monarquia, senão representativa, pelo menos constitucional.

Também ressalta sobre os primórdios do constitucionalismo em Portugal que contra o constitucionalismo democrático radical, ela constituía-se como a salvaguarda da prerrogativa régia, a garantia contra o governo de um só grupo e de uma só câmara, como o modelo capaz de combinar os diversos interesses presentes no corpo da Nação, sob a égide da religião, da ordem e da autoridade social estabelecidas.<sup>26</sup> Ao tratar do constitucionalismo mais recente em Portugal relata que as garantias políticas do primeiro liberalismo (tipicamente, protecção contra a prisão arbitrária, garantia da propriedade, liberdade de expressão) tinham perdido grande parte do seu sentido. O ponto crítico das liberdades cidadãs desviara-se para questões que não tinham merecido uma adequada garantia constitucional: a igualdade perante as prestações estaduais, o princípio da legalidade da administração e as formas da sua garantia (sobretudo, contenciosa), a responsabilidade ministerial, a responsabilidade dos funcionários, a responsabilidade extra-contratual do Estado, a transparência da administração, os mecanismos de avaliação do mérito dos agentes do Estado.<sup>27</sup>

Percebe-se, contudo, que o constitucionalismo é, sem dúvida, uma expressão social, política e jurídica, por tratar da limitação e distribuição de poder em diversas esferas, que em

---

<sup>24</sup> CANOTILHO, Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. **Almedina**, Coimbra. 7ª ed., p. 52.

<sup>25</sup> HESPANHA, António Manuel - O constitucionalismo monárquico português. Breve síntese. In Revista da Universidade de Lisboa. Disponível em: [https://www.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/amh\\_MA\\_39014.pdf](https://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/amh_MA_39014.pdf) Acesso em 20 de nov de 2019, p. 4.

<sup>26</sup> IDEM

<sup>27</sup> IDEM

poucas palavras significa limitar os poderes estatais em razão dos direitos de todos. Observa-se os vários marcos históricos até se chegar às outorgas das Constituições.

Os poderes de administração e punição eram virtualmente ilimitados e a população passou, após diversos momentos históricos e circunstâncias agitadoras da sociedade, a questionar a legitimidade desta fonte de poder. O governante que era visto como uma extensão da figura de Deus na terra passa a ser paulatinamente percebido como um ser humano qualquer e a fonte de poder para governo requer novas qualificações.

Com efeito, utilizando as palavras de Denise Auad, o constitucionalismo significou um “movimento político e ideológico de luta contra o Absolutismo”<sup>28</sup>; ou, ainda, segundo Luís Roberto Barroso, foi a “limitação do poder e supremacia da lei”<sup>29</sup>.

Muitas guerras justificaram o poder dos governantes durante o absolutismo, como o grande movimento imperialista e as expansões marítimas, mas o destrato dos governantes com comerciantes naquele momento, especialmente ligado a questões tributárias, gerou profundas transformações jurídicas e sociais. As Revoluções do Século XVIII e XIX foram grandes impulsionadoras do movimento de formação das Constituições.

Exigiu-se, em linhas gerais, um documento básico que regulasse as prerrogativas mínimas dos governados, a limitação do poder do governante, a forma de ser do Estado, a identificação dos governados, entre outras garantias variáveis de local para local. Este documento, que pode também ser vários documentos, de garantia do mais fundamental do Estado foi denominado de Constituição e o movimento que gerou o seu surgimento denominado de Constitucionalismo.

Muitos séculos depois a sociedade mudou e novas regulamentações do poder do Estado foram requeridas.

Atualmente, o constitucionalismo, pigmentado de outros valores e principiologias, recebe outra denominação, chamada de neoconstitucionalismo. É, pois, um constitucionalismo diferente, sendo mais avançado e fruto de princípios constitucionais do século XX.

Destarte, pode-se dizer que o constitucionalismo evoluiu durante os séculos até se chegar ao constitucionalismo atual que é o neoconstitucionalismo, com inserção de valores atuais. Existe, pois, algumas outras espécies de constitucionalismo, que entre elas é o constitucionalismo social, que se encontra previsto na Constituição Federal do Brasil, no

---

<sup>28</sup> AUAD, Denise. A perspectiva dinâmica do constitucionalismo. **Revista de direito constitucional internacional**. Lisboa, 2011., n.º. 77, out./dez. 2011, p. 41-61.

<sup>29</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. **Saraiva**, São Paulo, 2009, p. 6.

capítulo dos direitos sociais. Como exemplo, tem-se: direito à saúde, direito à educação, direito à moradia, à alimentação, ao lazer, ao trabalho, ao transporte etc. Este constitucionalismo social se iniciou pela Constituição do México em 1917, ficando mais evidente através da Constituição Alemã (Constituição de Weimar) de 1919. No mesmo sentido a Constituição da República Portuguesa, desde o seu preâmbulo, dedica diversos trechos ao amparo social e manutenção do constitucionalismo social, como exemplo, direito à educação e ao trabalho.

Outra espécie de constitucionalismo é o liberal, que se refere aos direitos individuais da pessoa, sem conter a intervenção do Estado ou contendo mínima intervenção estatal na economia.

Fazendo um paralelo no Brasil, a primeira Constituição que previu os direitos sociais foi a de 1934, que foi a terceira Constituição brasileira. A primeira Constituição do Brasil, que foi a de 1824 (de D. Pedro I), e a segunda, que foi a de 1891, conhecida como Constituição Democrática, tinham aspectos eminentemente liberais.

Outro tipo de constitucionalismo é o chamado transconstitucionalismo, sendo elaborada pelo constitucionalista Marcelo Neves. Significa a relação entre o direito interno e o direito internacional, para melhor tutela dos direitos fundamentais. De acordo com o citado autor “O transconstitucionalismo não toma uma única ordem jurídica ou um tipo determinado de ordem como ponto de partida ou *ultima ratio*. Rejeita tanto o estatualismo quanto o internacionalismo, o supranacionalismo, o transnacionalismo e o localismo como espaço de solução privilegiado dos problemas constitucionais. Aponta, antes, para a necessidade de construção de “pontes de transição”, da promoção de “conversações constitucionais”, do fortalecimento de entre lançamentos constitucionais entre as diversas ordens jurídicas: estatais, internacionais, transnacionais, supranacionais e locais.”<sup>30</sup>

Na prática, se a Constituição não conseguir prever determinado fato, outros ordenamentos poderão prever, como no caso de tratados e convenções internacionais. Como exemplo, a atual Constituição Federal de 1988 não prevê a hipótese de “não produzir prova contra si mesmo”. Entretanto, este direito se baseia pelos direitos internacionais, conforme se pode observar pelo artigo 8º, número 2, alínea ‘g’, do Pacto da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos) de 1969, abaixo transcrito:

---

<sup>30</sup> NEVES, Marcelo. (NÃO) SOLUCIONANDO PROBLEMAS CONSTITUCIONAIS: TRANSCONSTITUCIONALISMO ALÉM DE COLISÕES. Lua Nova, São Paulo, 2014, p. 208

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

[...]

g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;<sup>31</sup>

Por isso, diz que o transconstitucionalismo é a relação entre o direito interno e o direito externo, para melhor tutelar os direitos fundamentais. Se, porquanto, combinar o direito interno, representado pelo artigo 5º da Constituição Federal de 1988 (Direitos e Garantias Fundamentais), com os tratados sobre direitos humanos, consegue-se tutelar as situações eventualmente não expressas nas normas internas.

Percebe-se, então, essas várias nuances sobre o constitucionalismo, e como dito, sua atual denominação é o neoconstitucionalismo. O neoconstitucionalismo advém da alteração de alguns paradigmas do Direito Constitucional percebida por alguns autores, trata-se de mudanças doutrinárias, jurisprudenciais e especialmente hermenêuticas.

Por outro lado, o neoconstitucionalismo pode ser identificado por três grandes marcos, conforme Luiz Roberto Barroso. Segundo o ministro do STF, “o primeiro deles é pelo marco histórico, ocorrendo na Europa Continental, quando surgiu o novo constitucionalismo pós guerra. No Brasil, esta nova fase se consolidou através da promulgação da Constituição Federal de 1988 e o processo de redemocratização que ela realizou.”<sup>32</sup> Segue relatando que “O segundo marco é o filosófico, que entende sobre o pós-positivismo, buscando ir além da legalidade escrita, indo de encontro a ideologia moral do Direito.”<sup>33</sup> Haveria para o autor uma maior ligação entre o Direito e os preceitos ético-filosóficos. Derradeiramente, relata que “o terceiro marco é o teórico, sendo o reconhecimento da força normativa da Constituição, atrelado à expansão constitucional, impulsionando uma nova interpretação.”<sup>34</sup>

O Constitucionalismo multinível é mais facilmente reconhecido no âmbito da UE, tendo em vista a sua maior integração, tratando-se propriamente de um direito comunitário. “O direito

---

<sup>31</sup> COSTA RICA. Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos de 1992. Costa Rica. [Em Linha] Disponibilizado no sítio: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 05 nov. 2017.

<sup>32</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus, nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/75>>

<sup>33</sup> IDEM

<sup>34</sup> IDEM

comunitário em sentido amplo, não somente o europeu, ainda designado de direito da integração, ou direito integrativo, está presente nos ordenamentos jurídico-comunitários.

Para Souto Maior, os direitos comunitários não se estruturam e desenvolvem apenas no território de determinado país, mas no ambiente de integração, o campo territorial de validade das normas comunitárias, que é regionalizado - p. ex. direito europeu, Mercosul.”<sup>35</sup> Segundo tal categoria jurídica, o princípio da primazia do direito comunitário, “um dos princípios que regem o direito comunitário, é o que assegura ou tende a assegurar que os Estados-Membros partícipes não poderão evocar suas legislações locais para evitar a aplicação e efetivação do ordenamento jurídico comunitário em possível vigor.”<sup>36</sup>

Pode-se dizer então, historicamente falando, que o neoconstitucionalismo surgiu após a Segunda Guerra Mundial, durante o século XX, sendo fruto e decorrente do pós-positivismo desencadeado em função da grande guerra. Possui como marco teórico a teoria da força normativa (que sozinha já está apta a produzir efeitos) da Constituição e tem como principal objetivo buscar uma melhor eficácia da própria Constituição, principalmente dos direitos fundamentais a partir de um redesenho das suas funções.

Ou seja, houve uma mudança de paradigma depois da Segunda Guerra Mundial em prol dos textos constitucionais, passando a produzir normas programáticas com grande valor fundamentalista, teleológico e axiológico, com conceitos abertos e indeterminados, no sentido de tomar como efeito um novo papel ao judiciário, passando a ser intérprete da Constituição, reduzindo a atribuição do legislador em prol do juízo interpretativo. Há que se referendar o novo aspecto da judicialização, fundada pelo sistema neoconstitucionalista.

Conforme lição de Gustavo Binbenojm, “a jurisdição constitucional foi se ampliando e fortalecendo em todo mundo ao longo do século XX, sobre tudo após a traumática experiência do nazi-fascismo. A barbárie perpetrada pelas potências do Eixo, como beneplácito do legislador revelou, com eloquência, a imperiosa necessidade de fixação de limites jurídicos para a ação de todos os poderes públicos, inclusive os parlamentos.”<sup>37</sup>

E na concepção de Luís Roberto Barroso, com o reconhecimento da força normativa de princípios e valores constitucionais (estejam eles expressos ou não no texto constitucional), “a

---

<sup>35</sup> SOUTO MAIOR, José, Borges - Curso de direito comunitário. **Saraiva**. São Paulo, 2015, p.33.

<sup>36</sup> SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. VENTURA, Deisy de Freitas Lima - Direito internacional público, **Saraiva**. São Paulo, 2015. p. 501-502.

<sup>37</sup> BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. **Renovar**, Rio de Janeiro, 2008, 2 ed., p. 62.

dilatação da jurisdição do direito constitucional e o alargamento de uma nova e sistematizada hermenêutica constitucional, insurge-se o movimento neoconstitucionalista”<sup>38</sup>.

Com o surgimento após a Segunda Guerra Mundial, momento em que o positivismo jurídico e o respeito cego e acrítico à lei escrita teve seu auge, o direito escrito e pouco fluido foi gênese de diversas transformações na esfera jurídica que culminou na atual hermenêutica constitucional mais maleável.

A lei, nos regimes ditatoriais, foi o argumento utilizado para se cometer algumas das maiores atrocidades já registradas na história mundial, especificamente no regime nazista alemão. Os atos eram portanto legais, no entanto notadamente ilícitos. Seguiam somente à Lei e não aos princípios e valores do Direito.

Como crítica do sistema positivismo, o professor português Canotilho, aludindo-se às preleções de Raymond Carré de Malberg, crê que nesse sistema jurídico, “é difícil de haver supremacia constitucional, haja vista uma pretensa neutralização legal que gera uma assepsia valorativa, fazendo com que o Poder Judiciário toque unicamente em questões alheias às inquirições de valor. Sendo legítima e eficaz do ponto de vista constitucional, a sentença ou qualquer outro ato decisório era mera e automática da legislação.”<sup>39</sup>

Outros autores de grande renome também trabalham esta mesma perspectiva normativa.

Sobre este referido sistema positivista asséptico, Ronald Dworkin, ilustra na sua obra *Levando os Direitos a Sério*, que: “[...] o mesmo é formado unicamente por regras, que respeitam o processo de aplicação binário do tudo ou nada. Ou seja, ou a norma é válida ou inválida ou aplicável ou não ao caso concreto”<sup>40</sup>.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, entrou em declínio o positivismo, iniciando-se o pós-positivismo. Como dito, este pós-positivismo é o fundamento filosófico do neoconstitucionalismo, sendo que o Direito não mais se resume ao texto constitucional, passando a ser a Constituição algo a mais do que propriamente esteja escrito (positivado). Ou

---

<sup>38</sup> BARROSO, Luís Roberto.- *O Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. São Paulo, 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/751> acesso no dia 20 de nov de 2017

47>. Acesso em: 05 jul. 2017.

<sup>39</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* Livraria **Almedina**, Coimbra,2003, p. 95.

<sup>40</sup> DWORKIN, Ronald - *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. **Martins Fontes**, São Paulo, 2002, p. 41.

seja, a Constituição passou a ser também a soma dos valores e princípios constitucionais não escritos.

Pois bem, o neoconstitucionalismo também é o marco teórico da força normativa da Constituição. Este marco teórico da força normativa foi idealizada pelo alemão Konrad Hesse, que entende ser a Constituição uma lei, um documento, que obtém força normativa para alterar a realidade, não sendo somente a realidade social que poderá mudar a Constituição.

Em outras palavras, a Constituição também tem o poder de mudar a realidade social. Conforme Konrad Hesse: “Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa”<sup>41</sup>.

Pertinente destacar que a evolução do Direito como ciência passou por alguns referenciais paradigmáticos prevaletentes, que se absorvem em teorias jurídicas que, em variados momentos históricos puderam explicar de forma melhor ou pior a existência do funcionamento do Direito. Como exemplo, o referencial teórico, ou seja, a teoria que melhor explicou o Direito pode ter sido a “Teoria do Direito Natural” ou o jusnaturalismo, que é a compreensão de que existem alguns direitos abstratos (previstos fora do alcance humano) e que são absorvidos pelos legisladores de cada comunidade, traduzindo uma positivação às concepções morais mais amplas.

Essa foi a principal forma de se explicar a legitimidade do Direito por muitos anos, que foi a lógica do jusnaturalismo (direitos naturais e direitos positivados concretos). Discorre dizer que o jusnaturalismo pregava, de fato, a legitimidade abstrata, a moral, aceita em cada sociedade de cada época e traduzida nas leis.

Mas, em determinado momento histórico, este paradigma é cortado, podendo atribuir essa ruptura a Hans Kelsen, por sua Teoria Pura do Direito, sendo o principal teórico do positivismo jurídico e o autor da grande passagem de referenciais: o fim do jusnaturalismo e o início do positivismo jurídico.

No positivismo jurídico ficam afastadas as considerações de ordem moral, social, psicológica e religiosa, buscando como fundamento de validade as normas essencialmente jurídicas. Como fundamento de validade, exige a construção de uma corrente filosófica através de uma Constituição escrita, no sentido jurídico positivo.

---

<sup>41</sup> HESSE, Konrad. Die Normative Kraft der Verfassung. A força normativa da Constituição. Tradução Gilmar Mendes. **Ellus**. Porto Alegre, 1991 1. Ed, p. 20.

Para fazer sentido a posição de Hans Kelsen, necessário foi construir uma norma superior ao texto constitucional escrito, que foi denominada de Teoria da Norma Hipotética Fundamental. Essa norma encerra um fundamento simples, significando o cumprimento da Constituição escrita.

Com a Segunda Guerra Mundial, se percebeu que este modelo de Hans Kelsen fundado no positivismo, dando legitimidade as normas jurídicas, dentro do próprio ordenamento e afastando as normas de ordem moral, obteve falhas, vindo, por consequência, a falir, pois se mostrou incapaz de alcançar a proteção plena de concretizar direitos fundamentais previstos dentro de uma Constituição.

E é neste momento histórico que se tem o jusnaturalismo e o positivismo, no sentido de se buscar uma corrente intermediária, procurando afastar um sistema exclusivamente positivista e recuperar noções de ordem moral e éticas do próprio jusnaturalismo.

É uma mescla que se inicia com uma nova teoria, que atrai a segurança do Direito, na qual se encontra descrito na norma constitucional, recuperando elementos de ordem moral e ética, denominando-se, assim, de pós-positivismo, que é o marco filosófico do neoconstitucionalismo.

Quer dizer que ao lado das regras existem também princípios, sendo muito mais próximo do jusnaturalismo, não traduzindo diretamente uma regra de conduta, não estabelecendo se é permitido ou não matar alguém, por exemplo, mas sim estatui metas sociais e valorativas, extraindo indiretamente regras de conduta.

Sobre essa conjuntura sobre a eficácia direta e indireta, explica Pedro Lenza que

“ocorre a eficácia indireta, também chamado de princípio da eficiência ou da interpretação efetiva, quando os direitos fundamentais a serem ponderados são aplicadas de maneira reflexa, a exemplo do tanto em uma dimensão proibitiva e voltada para o legislador, que não poderá editar leis que viole os direitos fundamentais, como ainda, positiva, voltada para o legislador implemente os direitos fundamentais, ponderando quais devem aplicar-se às relações privadas. Já a eficácia direta ocorre quando alguns direitos fundamentais podem ser aplicados às relações privadas sem que haja a necessidade de intermediação legislativa para a sua concretização.”<sup>42</sup>

---

<sup>42</sup> LENZA, Pedro - Direito constitucional esquematizado. **Saraiva** [Em linha], São Paulo 2009, 13. Ed., p. 676.



Essa conjunção de regras e princípios é a prova que atualmente existe um pós-positivismo. Gilmar Ferreira Mendes, ministro que traduziu a obra de Konrad Hesse, afirma que:

[...] “sem desprezar o significado dos fatores históricos, políticos e sociais para a força normativa da Constituição, confere Hesse peculiar realce à chamada vontade da Constituição (Wille zur Verfassung). A Constituição ensina Hesse, transforma-se em força ativa se existir a disposição de orientar a própria conduta segunda a ordem nela estabelecida, se fizerem presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder (Wille zur Macht), mas também a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)”<sup>43</sup>.

Com efeito, o objetivo do neoconstitucionalismo passou a ser buscar uma maior eficácia da Constituição, fato este verificado quando se analisa os direitos sociais como educação, saúde, moradia, etc.

Assim, no Brasil, o marco histórico do neoconstitucionalismo é todo o processo de redemocratização que culminou na promulgação da Constituição Federal de 1988. Houve uma derrota do regime militar, onde se estabeleceu acordos sociais para se estabelecer a democracia e, neste momento histórico, a sociedade brasileira passou a nutrir uma essência constitucional.

Em outras palavras, o povo brasileiro passou a exigir uma Constituição válida, cidadã, democrática e eficaz, que se impunha como norma jurídica.

Este processo constitucional somente floriu de forma mais intensa no Brasil pela Constituição de 1988, sendo que vários direitos ali expressos decorrem da onda neoconstitucionalista, que afere cada vez mais proteção à Constituição.

Porquanto, embora a Europa já vivesse um sistema de neoconstitucionalismo, o Brasil somente veio a integrá-lo através da Constituição Federal de 1988.

Ademais, vários instrumentos novos foram criados pela Constituição Federal de 1988 que traduziram a efetividade constitucional, sendo o principal deles o mandado de injunção,

---

<sup>43</sup> HESSE, Konrad. Die Normative Kraft der Verfassung. A força normativa da Constituição. Tradução Gilmar Mendes. **Ellus** [Em linha]. Porto Alegre, 1991 1. Ed, p. 20.

que é um remédio constitucional próprio do controle difuso pelo qual, se alguém for privado de exercer um direito fundamental, que demanda de uma regulação pelo Poder Público, poderá mover respectiva ação no judiciário, pedindo ao juiz que condene o Poder Público para sanar a omissão.

Outras buscas pela efetividade decorreram dos direitos sociais. O próprio Supremo Tribunal Federal já decidiu em diversas oportunidades que as normas que definem direitos sociais não são apenas normas programáticas irrealizáveis, sendo que o Estado deve cumprir o mínimo existencial dessas normas.

É, pois, o movimento do neoconstitucionalismo, fazendo com que o Estado tenha que cumprir o mínimo existencial das normas no tocante aos direitos sociais. Outros exemplos de aplicação do neoconstitucionalismo é a distribuição gratuitamente de medicamentos para tratamentos aos portadores de enfermidades graves.

Este neoconstitucionalismo, porquanto, tem como principal objetivo assegurar uma maior eficácia da Constituição, principalmente dos direitos fundamentais.

Outro marco histórico que se idealiza o neoconstitucionalismo é o teórico, que diz respeito as ponderações dogmáticas para conferir mais efetividade as Constituições. Estes marcos teóricos do neoconstitucionalismo é o reconhecimento da força normativa da Constituição, que reduz a margem do poder político.

O professor português Canotilho diz que a Constituição é o estatuto jurídico do político, uma moldura dentro da qual as forças políticas podem atuar, sendo que a Constituição traz essas balizas de limites.<sup>44</sup>

O segundo marco teórico é o desenvolvimento de uma nova interpretação constitucional, contemplando novas técnicas, princípios e métodos. De fato, dado essa prevalência de princípios ao lado das regras como normas, muitos casos podem entrar em conflito, como por exemplo: o princípio da presunção de inocência e a contraposição da liberdade de imprensa; o princípio da dignidade da pessoa humana e a proibição da eutanásia, dentre outros. Observa-se que essa colisão se traduz como colisão de direitos fundamentais, exigindo, por sua vez, novas técnicas de interpretações.

Menciona-se que na concepção de Hans Kelsen, o Direito é um conjunto de normas que rege a sociedade. Pela teoria da norma, acredita-se que o Direito era a própria norma, sendo que

---

<sup>44</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes - Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed Livraria Almedina, Coimbra, 2003, p. 32

Noberto Bobbio, em *A Era dos Direitos*, passa a desenvolver outra teoria, esclarecendo que o Direito é o ordenamento jurídico e não somente a norma, para ele “a experiência jurídica é uma experiência normativa”<sup>45</sup>. No neoconstitucionalismo, o Direito passa a ser o conjunto de normas dividido entre princípios e regras.

As normas passam a se efetivar por princípios e regras justamente para alcançar a valoração e equilíbrio de ambos.

E para resolver sobre esta valoração e equilíbrio entre regras e princípios, uma das técnicas na concepção do neoconstitucionalismo será o uso do princípio da concordância prática, fazendo com que o intérprete não chegue a um resultado que anule um desses princípios por completo. Se for pensar, porquanto, na presunção de um crime de um acusado que causou comoção social e de outro lado a liberdade de imprensa, talvez não se chegue a uma regra clara aplicável a este caso, sendo o juiz que irá dosar a aplicação destes princípios no caso concreto, fazendo valer dos mecanismos da concordância prática para garantir, no mínimo, certa aplicação de um deles.

Ou seja, o intérprete nunca poderá chegar numa conclusão de utilizar apenas um princípio em detrimento do outro. É, portanto, o segundo marco teórico do neoconstitucionalismo.

O terceiro marco teórico do neoconstitucionalismo é a expansão do Poder Judiciário, especificamente na jurisdição constitucional. Essa tarefa de analisar a compatibilidade de uma lei com a Constituição não é nova, podendo-se referir ao sistema do controle difuso de constitucionalidade, que surgiu nos Estados Unidos em 1803, com o julgamento do caso *Marbury contra Madison*, e depois, foi criado o modelo de controle constitucional em que se atribuía ao órgão uma autonomia orgânica, com capacidade de exercer um controle concentrado de constitucionalidade, que foi difundido na Europa. Já existia, assim, o modelo difuso americano e o modelo europeu concentrado.

A partir daí, depois da Segunda Guerra Mundial, essa jurisdição constitucional que já tinha fincado suas bandeiras no constitucionalismo, se expandiu, sendo que cada vez mais, temas próprios da política foram levados à decisão judicial.

---

<sup>45</sup> BOBBIO, Norberto, *Teoria da norma jurídica*. 2ª ed. EDIPRO, São Paulo. 2001, Pág. 23.

Destarte, tem-se uma migração do foro de competência parlamentar para o foro jurídico, sendo que grandes questões tendem a ser levadas às Supremas Cortes ou Tribunais Constitucionais, que em última análise vão dar a última palavra para o caso em questão.

Essa expansão da jurisdição constitucional é causada em grande medida por um fator, que é a judicialização da política pública. É por isso que temas como união homoafetiva, segregação racial, biossegurança, etc., são temas de grande repercussão social e não foram adequadamente decididas pelos respectivos congressos (parlamentos).

Muitas vezes o próprio legislativo se omite no dever de legislar, sobre a justificativa de não ter o custo político de decidir em favor de uma ou outra corrente, transformando em uma verdadeira delegação de Poder Público para os Tribunais, incentivando e promovendo essa judicialização da política, e causando, por consequência, a expansão da jurisdição constitucional.

Contudo, uma das consequências que se pode apontar para este “novo” modelo do neoconstitucionalismo pode ser: uma maior eficácia dos princípios constitucionais, como por exemplo, nas decisões judiciais que decorrem das uniões homoafetivas, que não se baseiam na lei, mas sim no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que tem por fundamento que a união de pessoas do mesmo sexo também é considerada uma entidade familiar, se comparando a união estável. É, pois, fruto do pós-positivismo, que ao invés de aplicar apenas a regra constitucional, aplica-se o princípio constitucional.

Outra consequência do neoconstitucionalismo que se pode citar é o aumento da jurisdição constitucional, surgindo ações constitucionais como: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Justamente por isso, o judiciário vem ocupando maior espaço na mídia e na sociedade, fato este nunca antes visto historicamente. É o fenômeno do neoconstitucionalismo, guardando estrita semelhança com o ativismo judicial. Significa que o Poder Judiciário deixou de ser mero repetidor de leis para aplicar o elemento do pós-positivismo.

Assim, a força normativa da Constituição permite que o Poder Judiciário tenha um papel mais ativo, já que dessa ideia resulta a aplicabilidade direta da Constituição pelo juiz, que passou a ser provocado a tomar decisões de caráter político com o objetivo de resolver demandas sociais, como nas áreas da saúde, educação, segurança e demais políticas públicas não reguladas pelo legislador e não implementadas ou omitidas pelo Poder Executivo.

Para melhor compreensão, pertinente destacar uma recente decisão do Supremo Tribunal Federal, tratando-se de um Recurso Extraordinário interposto contra acórdão que reformou uma sentença de primeiro grau, sobre a questão se cabe ou não ao judiciário determinar ao Poder Executivo a realização de obras em estabelecimento prisional, sendo fruto de um direito fundamental do preso, que é a dignidade da pessoa humana. No caso em apreço, o Supremo Tribunal Federal entendeu ser possível o judiciário determinar a reforma do presídio, *in verbis*:

REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM

EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL.

I - É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais.

II - Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial.

III - Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal.

IV - Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes. V - Recurso conhecido e provido.<sup>46</sup>

Sobre o voto que deu origem a decisão supra, o Ministro Ricardo Lewandowski afirmou:

O poder judiciário não pode se omitir quando os órgãos competentes comprometem a eficácia dos direitos fundamentais, individuais e coletivos [...] Então, penso, *data venia*, com o máximo respeito, que é chegada a hora de o Poder Judiciário realmente fazer jus às elevadas competências que a Constituição lhe outorga e, realmente, assumir o status de um Poder do Estado, sobretudo quando os demais Poderes - sobretudo o Poder Executivo, com todo o respeito - estão absolutamente omissos no que diz respeito à questão dos presídios. [...] No caso dos autos, está-se diante de clara violação a direitos fundamentais, praticada pelo próprio Estado contra pessoas sob sua guarda, cumprindo ao Judiciário, por dever constitucional, oferecer-lhes a devida proteção. [...] Assim, contrariamente ao sustentado pelo acórdão recorrido, penso que não se está diante de normas meramente programáticas. Tampouco é possível cogitar de hipótese na qual o Judiciário estaria ingressando indevidamente em seara reservada à Administração Pública. No caso dos autos, está-se diante de clara violação a direitos fundamentais, praticada pelo próprio Estado contra pessoas sob sua guarda, cumprindo ao Judiciário, por dever constitucional, oferecer-lhes a devida proteção.<sup>47</sup>

A decisão acima apresentada foi unânime, partindo para a conclusão do pós-positivismo do Direito, que se identifica como o marco filosófico do neoconstitucionalismo, trazendo uma aproximação do Direito com a moral, visão totalmente incompatível com os positivistas e defensores da teoria pura do Direito.

---

<sup>46</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE RE 592581. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. [Em Linha] Data de julgamento: 13 ago. 2015. Data de publicação: 01 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=592581&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

<sup>47</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 592581. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. [Em Linha] Data de julgamento: 13 ago. 2015. Data de publicação: 01 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=592581&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

Desta forma, deve-se reconhecer a força normativa dos princípios, que possuem em sua essência uma valoração axiológica, podendo-se citar como exemplo: o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da isonomia, o princípio da equidistância, o princípio da igualdade, princípio da solidariedade social, dentre outros, sendo que o neoconstitucionalismo abre as portas do Direito para o debate da moral, visando os aspectos fundamentais e para implementação de políticas públicas, que é função do Poder Executivo, mas passa a existir por meio de decisões judiciais.

Aliás, é certo que o neoconstitucionalismo reside em uma das maiores divergentes discussões, não sendo poucas as críticas sobre a sua aplicação, uma vez que existem doutrinadores que advertem sobre os possíveis riscos de sua adoção para a democracia em face da judicialização excessiva da vida social, abalando o princípio basilar da separação dos poderes.

Por isso, o neoconstitucionalismo é um dos temas mais abordados pelo Direito Constitucional, sendo traduzido pelo histórico da Constituição Norte Americana de 1787 e pela Constituição Francesa de 1791, agregados de um aditivo mais atual, que é a eficácia da Constituição. Ou seja, é a busca de meio para se chegar a uma efetividade de uma Constituição.

Sobre esta sistemática do neoconstitucionalismo e sua forma de aplicação, Luis Prieto Sanchís prega cinco características básicas, abaixo colacionadas sistematizadamente para melhor compreensão da leitura:

- (a) mais princípios do que regras;
- (b) mais ponderação do que subsunção;
- (c) onipresença da constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, em lugar de espaços isentos em favor da oposição legislativa ou regulamentaria;
- (d) onipotência judicial em lugar de autonomia do legislador ordinário;
- e

(e) coexistência de uma constelação plural de valores.<sup>48</sup>

Acerca da aplicação dos princípios, Alexy esclarece que não apenas a subsunção dos princípios é de vital importância, mas, sobretudo uma teoria dos princípios adequada ao direito democrático que possa guiar essa aplicação de maneira justa e sistematizada<sup>49</sup>. Ou seja, não se trata de uma aplicação qualquer da teoria, mas sim uma aplicação sistematizada e racionalizada. Afirma ademais que apenas uma teoria dos princípios pode conferir validade adequada a conteúdos da razão prática (incorporados ao sistema jurídico no mais alto grau de hierarquia e como direito positivo de aplicação direta). Do mesmo autor advém a tradicional máxima que traduz os princípios como mandamentos de otimização. Para ele, princípios são, por conseguinte, mandados de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.<sup>50</sup>

Ao analisar os embates principiológicos advindos de demandas ligadas ao eventual direito a morte por intermédio da vontade, a sistemática principiológica qualificada e sistematizada deve ser aplicada.

Para tanto, se o constitucionalismo conseguiu realizar normas constitucionais limitando a atuação do Estado, o neoconstitucionalismo passou a redefinir novas tendências sociais e políticas, para trazer uma força normativa atrelada aos princípios e valores morais.

Destarte, houve a neoconstitucionalização dos direitos, fazendo com que a minoria social se tornasse protegida pela ordem política, social e jurídica, passando a determinar um sentimento jurídico universal para proteção dos direitos fundamentais.

Importante ressaltar que os direitos fundamentais, na existência do neoconstitucionalismo, vigoram juntamente com a força normativa, dando obrigatoriedade jurídica, motivo do marco teórico filosófico ser a força normativa para as normas constitucionais.

---

<sup>48</sup> SANCHÍS, Luis Prieto - Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. **Palestra Editores** [Em linha]. Lima, 2002, p. 131.

<sup>49</sup> ALEXY, Robert - Teoria dos direitos fundamentais. **Malheiros Editores**. São Paulo 2008, p. 208

<sup>50</sup> IDEM.



Isto porque, as normas constitucionais são fragmentárias, que expressam conceitos jurídicos indeterminados, como por exemplo: princípio da moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, valor ético da família, interesse social, etc. São expressões abstratas, que apesar de serem determinantes para o neoconstitucionalismo, não possuem um conceito concreto e pré-fixado.

Por isso, quando se insere sistemas jurídicos indeterminados na Constituição, busca-se na filosofia seu entendimento para utilizar na argumentação jurídica.

Assim, o principal fator de preocupação do neoconstitucionalismo, no sentido de determinar a sua aplicabilidade, passou a ser a concretização constitucional, mesmo porque, no constitucionalismo, ainda que estivesse positivado, não havia a concretividade.

O guardião da Constituição passa a ser o judiciário, que servirá para “guardar” as normas constitucionais que possuem força normativa, criando, evidentemente, o ativismo judicial e a judicialização da política, criando também o controle judicial das políticas públicas.

Conclui-se, assim, que o neoconstitucionalismo é uma nova forma de operar todo o sistema jurídico em conformidade à Constituição, inclusive com a interpretação da própria Constituição.

Se funda, portanto, em quatro bases: trazer a Constituição para o centro do sistema jurídico, se irradiando para todos os ramos do Direito de acordo com o texto da Constituição; dar força normativa ao texto constitucional, que como existem normas programáticas e abertas, deve-se transformar em prática, fazendo com que a Constituição preveja, inclusive, situações privadas e infraconstitucionais, criando interpretações onde o legislador original não estabeleceu e fazendo com que toda a legislação sejam lidas conforme a Constituição; reinterpretar e extrair os valores da própria Constituição, valores estes que não podem estar apenas escritos na Constituição; e utilizar todas as normas conforme a Constituição.

Como arremate do raciocínio, pertinente destacar as palavras de Luís Roberto Barroso, ministro do Supremo Tribunal Federal do Brasil:

“nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como

antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional. À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação do direito envolve a aplicação direta ou indireta da Lei Maior.”<sup>51</sup>

Observa-se que o sistema do neoconstitucionalismo se torna um próprio fundamento que garante a aplicação, preservação e a promoção dos direitos fundamentais sob o comando do próprio Estado, que grosso modo, acaba delegando os direitos fundamentais ao Poder Judiciário, e neste escopo, impede que minorias sofram os abusos e omissões do Poder Público.

O movimento neoconstitucional não se pode deixar de mencionar, pois representa uma verdadeira contraposição do sistema jurídico, significando que a Constituição tenha força normativa, impulsionando uma interpretação voltada para a moral e valores axiológicos.

Disso decorre o fenômeno da constitucionalização dos direitos, sendo que os ramos do Direito existentes e expressos na Constituição passem a ser interpretados e valorizados sob o prisma de uma categoria mais basilar de direitos, como os direitos fundamentais. Assim, torna-se impossível a aplicação do Direito no sistema positivado, mas sim, passa-se a se fundamentar pelo sistema neoconstitucional.

Busca-se, dessa forma, que não se tenha mais qualquer atrocidade contra a pessoa humana, sendo que as leis devem ser interpretadas dentro de um fator jurídico emanado de princípios morais, valendo dizer que o Estado de Direito passa ser detentor do próprio Estado Democrático de Direito.

Nesta concepção, o neoconstitucionalismo se torna a realidade vivida atualmente, mas não deixando de citar sobre a existência do “constitucionalismo do futuro”, a ser implementada após o neoconstitucionalismo, que traz a ideia mais precisa de fraternidade e solidariedade (constituição do porvir), que na seara doutrinária de Uadi Lammêgo Bulos: Espera-se que a

---

<sup>51</sup> BARROSO, Luís Roberto.- O Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. São Paulo, [Em Linha] 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/751> acesso no dia 20 de nov de 2017 47>. Acesso em: 28 dez. 2017.

constituição do futuro propicie o ponto de equilíbrio entre as ideias hauridas do constitucionalismo moderno e os excessos do constitucionalismo contemporâneo.<sup>52</sup>

Inclusive, o próprio Supremo Tribunal Federal do Brasil já prepondera sobre a fraternidade e solidariedade em suas decisões relatando que os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o proto-valor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural.<sup>53</sup>

E da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3.768), destacando o voto da relatora Ministra Cármen Lúcia, destaca-se que primeiro, porque independentemente da classificação, como consignado na Constituição, é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a participação do idoso na comunidade. Segundo, porque essa participação demanda, salvo em casos específicos, a possibilidade de os idosos se locomoverem. Terceiro, porque a dignidade e o bem-estar dos idosos estão fortemente relacionados com a sua integração na comunidade para que se possa dar a sua participação na vida da sociedade.<sup>54</sup>

Espera-se, por fim, que o próprio neoconstitucionalismo seja transformado em valores solidários inerentes à fraternidade, ampliando-se assim os espectros de competência e âmbito normativo, reforçando-se a principiologia constitucional e flexibilizando-se normas anteriormente tidas como inflexíveis.

---

<sup>52</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito Constitucional ao alcance de todos*. **Saraiva**, São Paulo 2010, e. ed p. 62.

<sup>53</sup> BRASIL. STF. Pet 3388. Relator Ministro Carlos Britto. Tribunal Pleno. Data de julgamento: 19 mar. 2009. Data de publicação: 25 set. 2009). (BRASIL, 2009, *online*) Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Pet%24%2ESCLA%2E+E+3388%2ENUME%2E%29+OU+%28Pet%2EACMS%2E+ADJ2+3388%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a9vfyzn>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

<sup>54</sup> BRASIL. STF. ADI 3.768-4. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Tribunal Pleno. Data do julgamento: 19 set. 2007. Data de publicação: 26 out. 2007). (BRASIL, 2007, *online*) Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491812>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

### 3.2 A compatibilidade constitucional da eutanásia com os ordenamentos jurídicos de Portugal e do Brasil por meio do neoconstitucionalismo

A interpretação aberta também é uma característica do neoconstitucionalismo. Peter Haberle nos ensina que as Constituições não são necessariamente voltadas para os juristas, mas para toda sociedade. Assim, somente com inteira compreensão do texto e valores constitucionais seria possível a dissipação positiva do seu conteúdo. As pessoas, neste sentido, podem estar aptas a sentir e aplicar o texto constitucional, sem a necessidade de inserção do Estado juiz interpretando o seu texto. É natural que em diversas questões, como minúcias de direito fiscal, o Estado intérprete seria essencial, mas em questões comuns, ou diretamente ligada à vida das pessoas, as próprias pessoas poderiam fazer aplicação direta do seu texto, na chamada sociedade aberta de intérpretes.

Os intérpretes oficiais, tradicionalmente aceitos, perdem o seu valor de univocidade de interpretação constitucional e o número de intérpretes cresce significativamente. Ampliando-se a democracia interpretativa constitucional e dando mais vazão social ao texto da própria Constituição. Segundo o citado autor, “não apenas o processo de formação, mas também o desenvolvimento posterior revela-se pluralista: a teoria da ciência, da democracia, uma teoria da Constituição e da hermenêutica propiciam aqui uma mediação específica entre Estado e sociedade!”<sup>55</sup>

O conceito atual de interpretação propositiva (purpositive interpretation) também auxilia na ampliação das permissões constitucionais, em especial em países que possuem o texto constitucional enxuto, fazendo com que o julgador crie instrumentos jurídicos ao julgar, não se atendo somente a interpretação. De acordo com um dos expoentes desta teoria, o juiz da Suprema Corte de Israel Ahron Barak, na revista de Harvard, em livre tradução, rejeita a alegação de que o juiz apenas declara a lei e não a cria. É uma abordagem fictícia e até infantil. A teoria de Montesquieu de que o juiz é "não mais do que a boca que produz as palavras da lei" é igualmente desacreditada. Eu suspeito que a maioria dos juizes da Suprema Corte acredita que, além de declarar a lei, eles às vezes criam leis. Em relação ao direito comum (*Common Law*), isso certamente é verdade: nenhum sistema de direito comum é o mesmo hoje que há

---

<sup>55</sup> HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta de intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição". Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002. P. 35

cinquenta anos, e os juízes são responsáveis por essas mudanças. Segundo ele, “Essa mudança envolve a criação. O mesmo se aplica à interpretação de um texto legal. O significado da lei antes e depois de uma decisão judicial não é o mesmo. Antes da decisão, havia, nos casos difíceis, várias soluções possíveis. Após a decisão, a lei é o que a decisão diz que é”.<sup>56</sup>

Nesta toada de ampliação interpretativa percebe-se uma maior facilidade de inclusão de novas teorias no bojo constitucional. É quase natural pensar que os ditos intérpretes e órgãos oficiais de interpretação podem, e muitas vezes vão, negar tais formas livres de interpretação, reclamando, assim, a sua competência tradicionalmente conferida pelo texto constitucional. Então, o dito abaixo pode não ser aceito por tais órgãos.

Se a interpretação constitucional pode ser livre e em consonância com um espírito social desligado da interpretação oficial do Estado, a Eutanásia facilmente pode ser incluída no bojo das garantias constitucionalmente garantidas, tendo em vista que a proteção dos direitos fundamentais, como a vida, tende a ser expressa por cláusulas abertas, sem densidade normativa, logo muito abertas a interpretação.

Sem o intuito de instigar o anarquismo jurídico, por tal teoria, a inserção de novas figuras no ordenamento encontra uma assustadora facilidade de se tornar realidade na vida dos jurisdicionados.

Assim, ligando-se o direito a morte ao direito a vida e tendo em vista que não existem direitos fundamentais maiores que os outros, o fim da vida digno poderia facilmente se tornar realidade.

Soma-se a estes argumentos a velha máxima do Princípio da Legalidade no âmbito privado, que diz que as pessoas são livres para fazer tudo o que não é vedado, e como a morte não respeita nenhuma norma jurídica, mas tão somente as naturais, a sua proibição iria contra o mais basilar da natureza humana. Assim, a morte livre e desimpedida somada ao princípio da dignidade da pessoa humana revela a necessidade de atribuir a morte digna o caráter de direito constitucional, valorizando-se, assim, a esfera de liberdade privada.

O princípio geral do direito a vida, interpretado de maneira aberta e apto a concretizar o neoconstitucionalismo, pode levar a uma interpretação diferente da aplicada atualmente, sem

---

<sup>56</sup> BARAK. Ahron - A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy. **Harvard Law review** [Em Linha] Cambridge, 2002, p. 23.

macular a dignidade da pessoa humana, e amparada em uma sistemática de princípios mais moderna e pautada nas ampliações de preceitos da liberdade da vontade. As restrições ao fim opcional da vida são reiteradamente maleabilizadas em diversos países e a liberdade de escolhas tende a ser uma crescente no ideário popular ocidental.

Com isto, revela-se a necessidade de releitura do princípio da dignidade humana enquanto escopo de manutenção indistinta e incondicional da vida, pois a releitura de princípios é uma das características do neoconstitucionalismo, que nas palavras de Sarmiento, significa a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras, a reabilitação da argumentação jurídica, a formação de uma nova hermenêutica constitucional, e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana constantemente relida.<sup>57</sup>

A eutanásia seria, neste sentido, mais uma releitura da dignidade da pessoa humana e possível maior ligação do referido princípio com as máximas de liberdade estampadas nos ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal.

Note que se trata de uma escolha, pautada na racionalidade humana e não em uma imposição estatal. As liberdades tendem a ser mais valorizadas que a sua restrição no atual Estado de Direito Democrático. As liberdades são crescentes e tomam uma nova face a cada dia, gerando novas liberdades constitucionais impensáveis na fundação da própria constituição e do próprio constitucionalismo.

Trata-se de um crescimento meteórico do neoconstitucionalismo, em que as Constituições passam a ter maior caráter normativo em si só, não necessitando de normas infraconstitucionais para garantir sua aplicabilidade. Neste sentido, a teoria de Comanducci nos revela que o modelo do sistema jurídico que emerge da reconstrução do neoconstitucionalismo caracteriza-se, além de uma Constituição invasora, pelo erigir positivo de um catálogo de direitos fundamentais, pela onipresença na Constituição dos princípios e regras e por algumas peculiaridades da interpretação e aplicação das regras constitucionais relativas à interpretação e aplicação da lei. Assim, Constituição é carregada de valor intrínseco: a Constituição é um valor em si mesma<sup>58</sup>

Como crítica a teoria de Comanducci e ampliação do sentido normativo constitucional, tem-se a indeterminação crescente das cláusulas abertas da Constituição (como o alcance do

---

<sup>57</sup> SARMENTO, Daniel - Direitos Fundamentais e relações privadas. **Lúmen Júris**. Rio de Janeiro:, 2003, p. 9.

<sup>58</sup> COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. **Trotta**. Madrid, 2003. p. 83

direito à vida) e perda sensível da segurança jurídica, pois, como revela o mesmo autor, os princípios não diminuem, mas sim incrementam a indeterminação do direito.<sup>59</sup>

No mesmo sentido, leciona Habermas ao proclamar a crescente indeterminação das normas em um sistema aberto de interpretação, que acaba por ampliar demasiadamente a força dos Tribunais, tendo como efeito final o contrário do pretendido, segundo ele, a existência demasiada de princípios a serem ponderados transforma os tribunais em um negociador de valores, em uma instância autoritária que invade os poderes do legislador e que aumenta o risco de julgamentos irracionais, porque primariam os argumentos funcionalistas em detrimento dos argumentos normativos.<sup>60</sup>

Em tom similar de crítica está a lição de Diogo Campos de Leite. Ele critica a vontade irrestrita e o excesso de subjetivismo gerado pela aplicação ampliada de normas mais ligadas ao direito contratual ao direito das pessoas, retirando, muitas vezes o aspecto humanista do direito das pessoas e da dignidade humana. Segundo ele, o dogma da vontade, retirado do domínio do comércio das coisas, foi transferido para o domínio das pessoas. Excluindo-se qualquer interesse que não seja o interesse subjectivo absoluto; nomeadamente, a solidariedade, o inter-relacionamento, o nós solidário, apagado pelo eu absoluto predador do tu. Tais alterações levam o autor a concluir que estamos perante uma nova concepção de pessoa e do seu estatuto jurídico, integrado só por direitos dos mais fortes e pela eliminação dos mais fracos.<sup>61</sup>

As críticas apresentadas são superáveis, com notório esforço do Estado. Faz-se necessário um Poder Judiciário qualificado o suficiente para perceber as sensibilidades sociais e facilitar a leitura dos ordenamentos jurídicos permitindo-se o ingresso do cidadão como possível e legítimo intérprete.

A aplicação de métodos antigos de interpretação a novos preceitos jurídicos acaba dirigindo os ordenamentos ao anacronismo jurídico. Sendo assim, novas formas de visualizar as garantias e direitos fundamentais devem surgir, como exemplo a interpretação propositiva, pois não podemos olhar para o futuro com olhos do passado.

---

<sup>59</sup> IDEM.

<sup>60</sup> HABERMAS, Jurgem - *Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?*, en *Escritos sobre moralidad y eticidad*. **Raidos**, Barcelona, 1991, p, 168.

<sup>61</sup> CAMPOS, Diogo Leite de - *A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador - ou a onnipotência do sujeito*. **Revista da Ordem dos Advogados** . Vol. III, Lisboa, 2006, p. 06.

As normas carecem de cristalina clareza no âmbito do neoconstitucionalismo para aplicação direta de preceitos vinculados a dignidade humana e aos direitos da personalidade. Tanto o texto legislativo quanto o olhar do leitor precisam estar em racional sintonia para extração do legítimo significado da norma. Com isto, não é uma questão de negociar entre valores, mas de construir uma regra suscetível à universalização para todos os casos com propriedades semelhantes relevantes<sup>62</sup>.

O papel do Poder judiciário passaria a ser de constante construção das liberdades individuais por intermédio da interpretação propositiva dos instrumentos normativos disponíveis à luz da dignidade humana. Para isto, seria preciso superar as constantes judicializações de demandas não típicas do referido órgão e ampliar a consciência social para a auto resolução empoderada e racionalizada de conflitos. Qualifica-se, portanto, o destinatário e o tradicional intérprete do ordenamento jurídico.

Assim, empodera-se o cidadão, dando a ele *status* de intérprete, mas o mesmo, diga-se com ênfase, continua sob o bojo do Estado de Direito Democrático e de todas as derivações e sujeições desta forma de ser do Estado.

Entre as mencionadas liberdades crescentes na esfera privada estão a liberdade de gênero, digital, comércio eletrônico, sexual, dos animais, do tele trabalho, entre outras, que são exemplos de novas possibilidades que foram somando-se ao texto constitucional e o ampliando, complexando-se o próprio conceito de dignidade da pessoa humana. Mas, uma vez presentes no bojo da sociedade dificilmente conseguiríamos excluir estas novas práticas por intermédio da legislação, ainda que constitucional.

Assim como o Poder Judiciário precisa de qualificações, as sociedades do Brasil e de Portugal também precisam, especialmente no tocante a busca de informações para a tomada de decisões importantes, como a prática da eutanásia. Os meios de comunicação e redes sociais passam a ser centrais nas escolhas e tomadas de decisão.

Desigual, indiferente, alienada. Não raro ouvimos estes termos para qualificar a sociedade brasileira. A realidade é que ainda somos uma democracia relativamente jovem, e como todo jovem, o processo de amadurecimento vem paulatinamente.

Assim como o Estado, a sociedade brasileira e portuguesa vem se modernizando e está cada dia mais inserida na realidade digital.

---

<sup>62</sup> IDEM.



Já é possível o pagamento eletrônico de contas, utilização de aplicativos para quase tudo, o voto é exercido em urna eletrônica e o acesso a celulares e à internet é bastante difundido.

A classe social predominante do Brasil e de Portugal, apesar de nem sempre ser a maioria numérica, tenta constantemente expulsar qualquer valor que advenha das classes diferentes. E isto vale não somente para as normas jurídicas, mas para o processo de formação social em geral. Os valores majoritários tentam expulsar os valores distintos. Assim, o gosto dos mais pobres é tido como brega, ruim ou impuro, a sua religião é ridicularizada, o jeito de vestir criticado, dentre outras formas de exclusão.

Tratando de um conjunto distinto de pessoas, mas do mesmo tema, bem como da exclusão social do distinto em rede (*web*), Han nos informa que hoje, a rede é transformada em uma caixa de ressonância especial, em uma câmara de eco a partir da qual toda a alteridade, tudo o que é estranho foi eliminado. A verdadeira ressonância pressupõe a proximidade do que é diferente. A proliferação do igual constitui as alterações patológicas das quais o corpo social é afligido<sup>63</sup> Vimemos assim, em tempos de uma igualdade utópica e forçada. Resta ressaltar ainda que tal imposição social ocorre a distância, seja por meio da televisão ou das redes sociais, especialmente em tempos que as pessoas evitam o contato direto com os ditos diferentes. O mesmo autor sobre o tema relata que:

Hoje nos entregamos a uma comunicação irrestrita. A hipercomunicação digital nos deixa com quase nada. Mas o barulho da comunicação não nos torna menos solitários. (...) A hipercomunicação, por outro lado, destrói tanto você quanto a proximidade.

Relacionamentos são substituídos por conexões. (...) A tela digital nos protege cada vez mais da negatividade do estranho, do desagradável e sinistro. Transparência e hipercomunicación nos privam de toda privacidade protetora. Além disso, renunciamos voluntariamente e nos expomos às redes digitais que nos penetram, nos elucidam e nos perfuram. A superexposição e a desproteção digital geram um medo latente que não é explicado pela negatividade do diferente, mas pelo excesso de positividade. No inferno transparente da igualdade não há falta de medo.<sup>64</sup>

---

<sup>63</sup> HAN, Byung-Chul - La expulsión de lo distinto. Percepción y comunicación em la sociedad actual. **Herder Editorial**, Barcelona, 2017, p. 16.

<sup>64</sup> IDEM, p. 62

As *fake news*, ou a disseminação de notícias falsas são presença constante nas redes sociais e normalmente possuem uma finalidade que muitas vezes não é percebida pelo visualizador da notícia falsa. Por trás da notícia que espalha o medo, pode sempre ter um político que deseja liberar as armas no país, que por sua vez possui grandes empresas que pretendem ganhar mais mercado consumidor com tal liberação.

A disseminação de notícias é tão rápida e numerosa que fica difícil verificar o que de fato é verdade, especialmente pelas classes menos instruídas. Acaba-se tomando por verdade aquilo que parece verdade e por conveniente aquilo que parece conveniente.

Assim, criaram-se novas ferramentas para estabelecer a moldura da sociedade e cada camada social possui instrumentos adequados de aquisição de informação. Cria-se a ilusão da vontade informada e as tomadas de decisão vão tomando rumos pré-programados.

As questões debatidas nas redes sociais são relevantes e de grande impacto social no Brasil e em Portugal. É comum nos depararmos com discussão jurídica de grande relevância, como a pena de morte, eutanásia, necessidade de programas sociais, aborto, etc. Mas a qualidade do debate quase nunca é boa e tende a desaguar em mais do mesmo.

Os grandes embates e grandes discussões não vão do individualismo para o comunal, mas ficam no individualismo.

Outro problema gerado pelas redes sociais enquanto meio formador de opinião é que as pessoas, a partir de uso de algoritmos próprios do operador da rede social, só vão ver mais do mesmo. A partir de um determinado interesse demonstrado pelo usuário, o sistema passa a inundá-lo com informações semelhantes, impedindo o confronto de opiniões distintas. Assim, os meios sociais também ocultam a informação potencialmente diferente a determinados usuários. Neste sentido, está o texto de Serrano, que diz que a função dos meios de comunicação de massa é convencer o conjunto das populações de sua adesão às ideias das classes dominantes <sup>65</sup>.

Dito tudo isto, percebemos que a sociedade enquanto meio de transformação e como intérprete direto da Constituição deve solver diversos problemas para poder ser considerada uma fonte direta de direito, com pressão forte e coerente para alterar o ordenamento jurídico, educada o suficiente para ilustrar suas decisões e livremente informada para poder decidir melhor e qualificar as suas decisões.

---

<sup>65</sup> SERRANO, Pascual. *Desinformação: como os meios de comunicação ocultam o mundo. Espalhafato*, Rio de Janeiro 2010, p.8

Somente assim, as liberdades poderão crescer com maior segurança e a população dependerá menos do Poder Judiciário, em aplicação direta das diretivas neocosntitucionalistas citadas anteriormente.

Percebe-se do exposto que somente apos grandes avanços sociais e jurídicos a eutanásia poderá ser mais livre e ser objeto de maior pratica interpretativa do neoconstitucionalismo, anteriormente abordada.

O próximo capítulo tratará da ligação entre a eutanásia e os direitos caracterizadores da pessoa enquanto pessoa, denominados de direitos da personalidade.

## 4 A EUTANÁSIA E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A seguir será feita uma caracterização da dignidade das pessoas humanas e sua relação com os direitos da personalidade. Trata-se, em seguida, especificamente dos direitos da personalidade no Brasil e em Portugal, suas propriedades, sua diferenciação com os direitos fundamentais, seu início, suas formas e por fim se a eutanásia possui ou não a possibilidade de vir a ser considerada um potencial e futuro direito da personalidade.

### 4.1 A dignidade da pessoa humana como fonte da personalidade

A dignidade humana e suas ligações com a personalidade e seus direitos são inerentes, universais e imanescentes à pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana, enquanto fenômeno histórico complexo, não deriva de somente uma fonte. Michael Rosen, da Universidade de Harvard, nos Estados Unidos, ao estudar as fontes da dignidade da pessoa humana, nos informa que a dignidade originou-se como o conceito que denota alto status social, honra e tratamento respeitoso que era dado a alguém que ocupava posição de destaque social. Termos similares para expressar tal concepção são frequentes em diversas línguas, incluindo as mais antigas, como a Língua Japonesa e a Árabe. Segundo ele, existem quatro maneiras de se referir à dignidade na tradução da bíblia hebraica, todas contendo um senso de elevação e majestade.<sup>66</sup>

O aspecto de status diferenciado da dignidade é um dos pontos fundamentais do termo, mas outros pontos também possuem relevância. A extensão da dignidade a partir do pensamento de Cícero como posição dos indivíduos em uma determinada sociedade para o lugar ocupado pelos humanos dentro de uma ordem mais ampla de realidade é levada a cabo no renascentismo. O mesmo é percebido nas Colônias Inglesas e na parte Latina do globo.<sup>67</sup>

Alguns autores remontam ao cristianismo como pilar fundamental de criação da teoria da dignidade humana. Nos dizeres de Diogo Leite de Campos, a partir do cristianismo, qualquer

---

<sup>66</sup> ROSEN, Michael - Dignity: its history and meaning. **Harvard University Press**. Massachusetts, 2012, p. 44

<sup>67</sup> IDEM.

ser humano passou a ser pessoa (homens, mulheres, crianças, nascituros, escravos, estrangeiros, inimigos...)<sup>68</sup>.

A partir do referido marco, o ser humano passou a ser o centro das indagações jurídicas e filosóficas. Com isto, pela primeira vez na história da antropologia, pessoa aparece como resposta e não como termo interrogativo.<sup>69</sup> As ideias de São Tomás de Aquino passaram a ilustrar a dignidade humana e seus contornos, a partir da racionalidade, com posterior engate nos ordenamentos jurídicos se transformando em um princípio jurídico fundador e orientador de toda esfera legal.

No ensinamento de Santo Isidoro, percebe-se o desenrolar da racionalidade frente a concepção de uma ordem natural do direito. Assim, segundo ele, apenas poderá ser considerada lei aquela que estiver garantida pela razão e distingue o Direito Natural, o Direito Civil e o Direito das Gentes pelo citado critério. O Direito Natural seria aquele comum a todos os povos, indistintamente, que existe em todas as partes pelo simples instinto da natureza, e não por nenhuma promulgação legal.<sup>70</sup>

Picco della Mirandola é um dos precursores na fixação da ideia de dignidade mais secularizada nos ordenamentos jurídicos ao ressaltar que a dignidade era inerente a racionalidade presente em todo ser humano. Por possuir racionalidade e vontade, a dignidade é uma constante no ser humano, ao contrário dos animais irracionais. A racionalidade nos individualiza e diferencia dos outros seres, conferindo-nos uma proteção especial, denominada de dignidade da pessoa humana.

O caminho de secularização da dignidade foi longo e envolveu diversos aspectos.

A filosofia foi um dos percursos tomados. Immanuel Kant foi um dos autores que trabalhou a essência humana e a sua dignidade, relatando que o homem não poderia ser tratado como um objeto e que ele teria fim em si mesmo, por ser racional por natureza. Segundo o autor:

[...] no reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer

---

<sup>68</sup> CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de direitos da personalidade. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. v. LXVIII. 2. ed. Coimbra, 1992, p. 14.

<sup>69</sup> GONÇALVES, Diogo Costa. Pessoa e direitos de personalidade: fundamentação ontológica da tutela. **Almedin**. Coimbra, 2008. p. 28.

<sup>70</sup> SEVILLA, San Isidoro de - Etimologias, I, 2ª edição, Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1993, págs. 511 e 512

outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade... Esta apreciação dá pois a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade.<sup>71</sup>

O conceito de dignidade ganhava outros contornos, menos religiosos e mais secularizados, advindos da moralidade. A moral passava a ser um valor que qualifica a dignidade humana. O professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Rafael Lemos, relata que a conceituação de dignidade humana proposta por Kant, como já se afirmara, teve o grande crédito de consolidar a laicidade do conceito, permitindo sua adoção por toda a humanidade, independentemente de religião. Surgia assim, novos contornos para o conceito, com maior força para a moral e a racionalidade, geradores da dignidade. Segundo o mesmo autor, o racionalismo da ideia kantiana, fazendo nascer a dignidade humana da razão inerente a todo homem, apesar de obscuridades e algumas imperfeições, fora suficiente para imortalizar o conceito até os dias atuais.<sup>72</sup>

Ao estabelecer que a autonomia é a base da natureza da dignidade humana, o trabalho de Kant estabelece a existência de um valor inerente, incondicional e incomparável aos seres humanos. Apenas os seres humanos são capazes de agir moralmente e sentir as forças dos chamados morais. A visão de dignidade por Kant é pautada na liberdade concedida aos seres humanos para utilizar de sua racionalidade conforme a moralidade.

A moralidade, como possibilidade de se autorregular e saber respeitar os limites permitidos, combinados com a possibilidade de auto legislação da humanidade, a partir da racionalidade colore os preceitos Kantianos, formando-se conceitos que ligam a dignidade a humanidade, enquanto respeito ao ser humano. Assim, aquele que respeita o ser humano valoriza a sua dignidade, é moral e bom.

Muitos autores ressaltam a posição central do estudo do direito das pessoas e da dignidade humana nos ordenamentos jurídicos, pois o direito é feito pelo homem e para o homem. Com isto, nos ensina Diogo Campos de Leite ao ressaltar a importância central para o Direito do ser

---

<sup>71</sup> KANT, Immanuel - Fundamentação da metafísica dos costumes. Tradução de Paulo Quintela. **Edições** [Em linha]. Ed. 70, Lisboa 1986, p. 77.

<sup>72</sup> LEMOS, Rafael Diogo - A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: CONTEÚDO, LIMITES E POSSIBILIDADES. **EGOV**. UFSC. 2014, p.4.

humano. Segundo ele, não há matéria mais importante para o jurista do que o ser humano e a sua vida; é através do tratamento da pessoa e da sua vida que o Direito se justifica, demonstra a sua solidariedade (amor) para com o ser humano e a sua técnica ao serviço desta solidariedade<sup>73</sup>.

Neste sentido, foi feita uma ligação de conceitos, formando-se a teia complexa de conceituação e classificação da dignidade a partir das ideias de Kant de dignidade, moralidade, racionalidade e bondade. Sobre o tema, José Roque Junges, nos informa que essencialmente, porque todo ser humano, diferentemente de outras criaturas, é uma realidade moral; em outras palavras, a pessoa tem dignidade porque é fundamentalmente capaz de auto-realização; é chamada a realizar com sua inteligência e liberdade sua própria moralidade.

A dignidade especial do ser humano não consiste em viver como um exemplar da sua espécie, mas a cada ser humano é dada uma tarefa específica e proporcionada; sob o ponto de vista moral e pela força da sua liberdade um ser humano bom. O significado da vida humana não é estar bem, mas ser bom. Em outras palavras, realizar sua moralidade. A dignidade humana para Kant fundamenta-se no fato de a pessoa ser essencialmente moral.<sup>74</sup>

A dignidade humana foi crescendo enquanto conceito e ganhando força doutrinária, até desaguar positivada em diversos ordenamentos jurídicos, tais quais a atual Constituição do Brasil e de Portugal.

Inequívoca fonte de positivação do conceito de dignidade, no seu sentido de moralidade e fraternidade, está estampada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, que é inaugurada com os seguintes dizeres: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.” O preceito normativo surge após forte ruptura de respeito à humanidade, notadamente, o pós-segunda guerra mundial, foi traduzido para mais de quinhentos idiomas, do Quechua ao Zulu, e constitui-se referência na protecção sistematizada da dignidade humana.

A dignidade percorreu um longo percurso até atingir o estágio atual. Apesar de ainda revelar a essência do que consiste ser pessoa e o mais nuclear do direito das pessoas, o seu conceito foi

---

<sup>73</sup> CAMPOS, Diogo Leite de - O estatuto jurídico do nascituro. **In** Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>> acesso em 20 nov. 2018.

<sup>74</sup> JUNGES, José Roque. A concepção kantiana de dignidade humana. **Revista Estudos Jurídicos da Unisinos**. São Leopoldo, 2007, p.42.

dissipando pelos ordenamentos jurídicos e possui conotações diferentes, conforme o caso, legislação, doutrina e jurisprudência legislação estudada.

A sua percepção vai de preceito filosófico que serve de base para outros princípios, inclusive jurídicos, até direitos autônomos, denominados de direitos da dignidade.

Para autores, como pesquisadora da dignidade humana Erin Daly, os direitos da dignidade não existiam até o final do século vinte. A dignidade era muito mais uma ideia, uma qualidade, algo a se aspirar do que propriamente um preceito ou estatus jurídico.

A segunda guerra veio para alterar esta situação e fixar a dignidade nos ordenamentos que agora é assegurada na maioria dos ordenamentos jurídicos do mundo. Ela atesta que certamente muitos atestam que a Lei sempre promoveu a dignidade humana, estabelecendo a ordem e garantindo liberdade. No entanto, tal proteção sempre se dava de maneira secundária. Atualmente, a dignidade se tornou o cerne dos preceitos jurídicos internacionais e nacionais. Assim, a dignidade foi de coadjuvante a protagonista, reforçando antigos valores desde o seu surgimento enquanto preceito filosófico de valorização da pessoa humana. A citada autora acredita em defesa direta da dignidade nas cortes, os chamados direitos da dignidade. Segundo ela, a regulação da dignidade é questão de soberania, assim como a regulação de mercado e a garantia de direitos sociais. As democracias constitucionais expressam essas escolhas políticas pela Lei ou por referendo popular e por pronunciamentos judiciais das Cortes Constitucionais. Nos locais em que a constituição inclui diretamente o direito à dignidade, as Cortes tendem a utilizar amplamente esta cláusula para demarcar os limites e obrigações do Estado frente ao indivíduo. Logo, em Estados mínimos ou pouco interventores, utiliza-se os referidos preceitos para assegurar aos indivíduos de tomar decisões privadas importantes, como direito de família. Já em Estados mais interventores, ou mais sociais, a dignidade pode gatilhar um espectro mais amplo de garantias, como a educação, saúde, assistência aos pobre, entre outros.<sup>75</sup>

A dignidade se espalhou e foi crescendo de maneira que o seu conceito e abrangência foi se diversificando pelo mundo. Os tratados internacionais também trataram a dignidade humana de maneira diversificada e permeando as mais diversas áreas.

Ao retratar a diversidade conceitual atual da dignidade humana, Erin Daly nos ensina que a diversidade de conceitos jurídicos possui semelhança com a diversidade culinária. Segundo ela, a dignidade se revela como um padrão de socioculturalidade jurídica e adaptação dos ordenamentos a realidades diversas. Assim como o arroz, que está presente nas bases

---

<sup>75</sup> DALY, Erin - Dignity Rights. **University of Pennsylvania Press**. Philadelphia: 2012, p. 126



gastronomicas de todo o globo. Em cada localidade ele tem aparência e gosto diverso. O seu tempero revela as peculiaridades locais, enquanto em algumas localidades é considerado um luxo em outras é o padrão mais básico, enquanto em alguns locais é o prato principal em outras é sobremesa. O ponto interessante é que fundamentalmente é cuida-se do mesmo material base transformado por cada país pela cultura culinária, o mesmo ocorreu com a dignidade humana: há um consenso emergente que a dignidade é a pedra de toque dos valores humanos, mas ainda assim nas mãos das cortes e ordenamentos diversos são construídos valores distintos conforme as necessidades sociais.<sup>76</sup>

Deste modo, na Alemanha o foco de tal conceito foi o combate a tirania desumanizante e na América Latina a busca por valores democráticos caros àquelas sociedades. Assim, a dignidade também participa da atividade político democrática.

A dignidade humana navega nas águas das carências sociais basais e revela-se fundamentalmente como o extrato valorativo do núcleo da essência humana. Longe de ser uma panacéia de todos os males, a luta por dignidade é sempre uma luta por humanidade.

Não existe entendimento fixo do seja a dignidade aplicável a todos os Tribunais e ordenamentos jurídicos em todas circunstâncias, mas a sua aplicação revela-se consistente e coerente. Segundo Daly, a dignidade não é mais uma massa amorfa ou exclusivamente sujeita a interpretação pessoal dentro de outras provisões constitucionais, há situações em que ela se aplica e outras em que não. Os casos demonstram que o direito a dignidade tem conteúdo e limites. Para ela, a verdade é que no constitucionalismo moderno a dignidade é ao mesmo tempo um valor universal e um direito contextualizado. A melhor maneira de harmonizar o universal e o particular da dignidade é apreender a noção de como a dignidade descreve a essência do que significa ser humano, mas o direito a dignidade é como pode-se garantir juridicamente humanidade ao direito.<sup>77</sup>

Por diversas vezes as Cortes tentaram definir o conceito de dignidade humana. A corte máxima constitucional brasileira tende a deixar as atividades de definição de institutos abertos e com carga principiológica para a doutrina e acolher tais definições. Diferentemente da Corte Colombiana que em decisão definiu diretamente o conceito de dignidade, ao tratar dos menores como sujeitos de proteção especial, conforme colacionado a seguir:

---

<sup>76</sup> IDEM, p. 43

<sup>77</sup> IDEM, p. 20

O conteúdo da expressão "dignidade humana" pode ser apresentado de duas maneiras: a partir de seu objeto específico de proteção e de sua funcionalidade normativa.

(i) Dignidade humana entendida como autonomia ou como possibilidade de desenhar um plano de vida e de se determinar de acordo com suas características (vivendo como você deseja). (ii) A dignidade humana entendida como certas condições materiais concretas de existência (viver bem). E (iii) a dignidade humana entendida como intangibilidade de bens não patrimoniais, integridade física e integridade moral (viver sem humilhação).

Por outro lado, tendo como funcionalidade vista, a declaração normativa "dignidade humana", a Câmara identificou três diretrizes: (i) A dignidade humana entendida como princípio fundador do sistema legal e, portanto, o estado, e neste sentido dignidade como valor. (ii) A dignidade humana entendida como princípio constitucional. E (iii) a dignidade humana entendida como direito fundamental autônomo.<sup>78</sup>

Segundo a mesma corte, então, atacando a dignidade humana, não apenas a intangibilidade de bens como vida, previdência social e saúde é violada; ao contrário, por um lado, a ação é tomada contra certas condições que devem ser garantidas. E, por outro lado, há um ataque contra um princípio fundamental do sistema legal colombiano, que, além de ser um valor, é um direito fundamental autônomo. A seriedade de um comportamento que difamasse a dignidade é então evidente.

Assim, para tal corte a dignidade foi caracterizada como valor e princípio.

O aspecto de respeito ao humano enquanto humano permanece e o ataque à dignidade constitui macula a própria essência existencial, racional, autônoma e moral dos seres humanos. A valorização da essência do ser humano consiste na proteção da dignidade da pessoa humana que reflete toda principiologia de proteção do ser humano de maneira ampla. Basta ser humano para ser digno de proteção da sua dignidade.

A melhor doutrina de direito civil também vai tratar da necessidade de respeito ao outro ou a dignidade alheia. De acordo com Diogo Leite de Campos, ao tratar dos principais valores do direito civil, a relação entre os sujeitos precisam sempre ser considerada, segundo ele:

---

<sup>78</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentença T-088/08. Relatoria de MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. [Em Linha] In: CC. 2008. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-088-08.htm>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

Os principais valores do Direito civil correspondem a exigências essenciais da vida do ser humano em sociedade, emergentes nos diversos sectores jurídicos. Particularmente no que se refere às relações entre as pessoas singulares, consideradas não só em si mesmas, enquanto portadoras de valores correspondentes à sua qualidade individual, mas também enquanto seres “com os outros” e “para os outros”, numa estreita solidariedade em que o outro é elemento constitutivo do ser, e em que cada um se refere constantemente aos outros em todos os actos da sua vida.<sup>79</sup>

Neste sentido, a dignidade também possui um aspecto relacional. Cuidou-se do conteúdo moral e jurídico da dignidade humana e a seguir será tratado dos direitos da personalidade.

#### 4.2 Os direitos da personalidade no Brasil e em Portugal

Há não muito tempo uma categoria nova de direitos começava a ser estudada e sistematizada nos ordenamentos jurídicos ocidentais, os chamados direitos da personalidade. Com estudo aprofundado a partir do Século XVIII e densificação do seu conteúdo a partir da segunda guerra mundial, a proteção da personalidade vem passando por diversas transformações, mas não é propriamente uma novidade.

Ao analisar essa evolução, Diogo Leite de Campos nos informa que, os direitos da pessoa, ao seu corpo à sua vida, ao seu espírito, etc., eram evidentemente protegidos nesta época, referindo-se aos tempos anteriores a sistematização dos direitos da personalidade, e crescente fonte do direito nas leis divinas. As penas impostas aos que violavam tais direitos eram muito superiores às de hoje, revelando, apesar dos descontos dados aos costumes da época, um maior apreço pela pessoa humana<sup>80</sup>. Segue destacando que a personalidade, social ou política, ia referir-se, fundamentando-se à pessoa moral. E a pessoa moral era vista como a liberdade de fazer o justo.<sup>81</sup> O crescimento das normas jurídicas de origem estatal veio para dar um novo contorno ao instituto dos direitos da personalidade, com características de compulsoriedade,

---

<sup>79</sup> CAMPOS, Diogo Leite de - A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador - ou a onnipotência do sujeito. Revista da Ordem dos Advogados [Em linha] Vol. III, Lisboa, 2006, p. 04.

<sup>80</sup>CAMPOS, Diogo Leite de - O DIREITO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE. **Ordem dos Advogados** . Coimbra. (2004). [Consult. 14 Dez. 2017]. Disponível em: <http://www.oa.pt/upl/%7B7f3725e2-d544-4142-8f45-d3b6ff311355%7D.pdf>

<sup>81</sup> **IDEM**, p. 205

normatividade e publicidades mais próximas das conhecidas atualmente, mas ainda permanecendo características da gênese dessa espécie de direitos. Assim, cuida-se de categoria jurídica verdadeiramente especial que expressa uma simbiose entre o direito natural e o direito positivado.

Com isto, percebe-se que os direitos da personalidade tratam da qualidade da pessoa enquanto pessoa. Os atributos da pessoa, enquanto pessoa, são regulados, reconhecidos e meramente declarados pelos direitos da personalidade positivados.

Em outras palavras, a personalidade é uma qualidade: a qualidade de ser pessoa. Toda pessoa possui personalidade. É uma qualidade que o Direito se limita a constatar e respeitar e que não pode ser ignorada ou recusada. É um dado extrajurídico que se impõe ao direito.<sup>82</sup> Liga-se, portanto, dignidade à personalidade pela qualidade de ser pessoa humana e estar protegido pelos ordenamentos enquanto pessoa, detentora de personalidade.

Em outra obra, o referido Professor da Universidade de Coimbra, expressa que “os direitos da pessoa no discurso do jurista e nas representações sociais, têm a sua natureza adulterada. De instrumentos de defesa do ser humano contra a onipotência do soberano e contra a agressão dos outros, estão sendo transformados em expressão da onipotência do indivíduo, da sua soberania absoluta sobre o eu e os outros”<sup>83</sup>.

Assim como a complexidade humana, muitos autores tratam do direito da personalidade de maneira complexa, passando por diversos setores.

Para Stolze, direitos da personalidade são aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais; seriam, assim, uma série de valores não redutíveis pecuniariamente, como a vida, a integridade física, a intimidade, a honra, entre outros. Quanto a sua natureza, predomina a tese dominante de que se trata de poderes que o homem exerce sobre a sua própria pessoa<sup>84</sup>

Para Manuel Pita, os direitos de personalidade surgem no Direito Civil, traduzindo a aplicação da técnica jurídica privada no domínio da tutela humana: esta também é uma questão

---

<sup>82</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de - Teoria Geral do Direito Civil, **Almedina**, Lisboa, 2006, pág. 35.

<sup>83</sup> CAMPOS, Diogo Leite de - Lições de direitos da personalidade, 2.a ed reimp., Coimbra, Universidade, 1995 (Sep. do vol. LXVI (1990) do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra).

<sup>84</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de **Direito Civil**: V. 1. Parte Geral. 5. ed. **Saraiva**. São Paulo, 2004, p. 122.

não isenta de *doctorum disputae*, já que curiosamente existe uma categoria desenvolvida na publicística que muito se assemelha aos direitos da personalidade: os direitos fundamentais.<sup>85</sup>

Os direitos fundamentais e os direitos da personalidade possuem semelhanças e diferenças. Eles se assemelham, precipuamente, no ponto em que são fundados na dignidade da pessoa humana. Os direitos fundamentais e os direitos da personalidade caracterizam-se pela valorização da expressão humana como centro da proteção do ordenamento jurídico, que outrora já se centrou na propriedade. Desta forma, ambas as normas protegem a dignidade da pessoa humana. Entretanto, os direitos fundamentais possuem um caráter mais público enquanto os direitos da personalidade são mais ligados ao direito privado.

Um grande espectro de direitos recebe a alcunha de direitos fundamentais. Ao tratar da tutela jurisdicional efetiva na UE, o Professor da Universidade Autónoma de Lisboa, Carlos Carranho Proença, define que os direitos fundamentais possuem naturezas negativas ou abstencionistas e positivas ou prestacionais. Trata da tutela como tradicionalmente oposta aos direitos econômicos e sociais, e que é predominantemente negativa, traduzida em comportamentos abstencionistas por parte dos sujeitos passivos dos mesmos, os quais não devem interferir neles, valendo contra eles.<sup>86</sup>

O autor segue relatando que uma das principais características do sistema de proteção dos direitos fundamentais na União Europeia reside na insuscetibilidade de subsunção do mesmo a apenas uma forma de tutela. Com a entrada em vigor do Tratado de Maastricht que nasce a União Europeia, a qual ficou de imediato sujeita a obrigação de respeito pelos direitos fundamentais enquanto princípios gerais de direito da União, tal como garantidos pela CEDH e resultantes das tradições constitucionais comuns aos Estados membros. Ressalta que o Tratado de Amsterdam também contribuiu para a proteção dos direitos fundamentais pelo direito da União Europeia, através de um avanço qualitativo na proclamação do seu respeito, positivando novos princípios fundamentais, entre eles o relativo ao respeito pelos direitos do homem e das liberdades fundamentais pela União, e mediante um alargamento dos direitos fundamentais que integram o bloco de legalidade europeia. De maneira oposto, regulamentou,

---

<sup>85</sup> PITA, Manoel - O Direito Geral da Personalidade e os direitos especiais. UNL, Lisboa, 2007, p.3

<sup>86</sup> PROENÇA, Carlos Carranho – TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA NO DIREITO DA UNIÃO EUROPÉIA DIMENSÕES TEORÉTICAS E PRÁTICAS. **Petryny**. Lisboa. (2017). P, 88

também, um mecanismo inovador de controle e sanção dos Estados membros que violem o referido princípio<sup>87</sup>.

Segue afirmando que apesar da ordem jurídica europeia se alicerçar, desde seu surgimento, no respeito aos princípios da liberdade, da democracia e do Estado de direito, o certo é que as versões originárias dos Tratados de Paris e de Roma, devido ao caráter exclusivamente econômico da integração e a circunstância de as competências das Comunidades Europeias (CE) serem meramente funcionais, não consagravam qualquer referência à proteção dos direitos fundamentais, da mesma forma, aliás, que não continham nenhuma alusão aos princípios democráticos e do Estado de direito.<sup>88</sup>

Assim, os ordenamentos internos vão sistematizando e aumentando a aplicabilidade dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade. Não há uma previsibilidade fixa de direitos, nem categoria universal de direitos fundamentais ou da personalidade, mas alguns tratados prevêm uma gama considerável de ambas as espécies, como o Tratado de Roma.

O Código Civil brasileiro e português protegem a personalidade e a elevam a uma categoria jurídica diferenciada. A doutrina de ambos os países trazem alguns arquétipos básicos de direitos da personalidade, quais sejam, o direito ao cadáver, direito ao nome, ao apelido público, à imagem, à voz, à integralidade física, ao gênero, a privacidade, aos alimentos, ao corpo vivo, ao cadáver e partes separadas e à proteção geral, abaixo melhor trabalhada, a todos os atributos que caracterizam a pessoa humana enquanto tal. Ressalte-se que se cuida de uma lista exemplificativa, não exaustiva, e que possui um grande potencial de alongamento no decorrer dos anos, com as transformações sociais.

A dignidade e a personalidade são ilações jurídicas com finalidade e significados próximos. O estudo e sistematização da personalidade não são recentes.

De acordo com Brunello Stancioli, professor da Universidade Federal de Minas Gerais, os temas atinentes à personalidade já circulavam entre os romanos e gregos, poeticamente representada pela máscara utilizada pelos atores, designava a máscara utilizada no teatro. Por essa máscara soava, mais alta, a voz do ator. Em outra acepção, essa máscara (persona) evocava sempre o papel desempenhado pelo ator.<sup>89</sup> Segundo ele, os direitos da personalidade são

---

<sup>87</sup> IDEM, p. 248

<sup>88</sup> IDEM, p. 249.

<sup>89</sup> STANCIOLLI, Brunello Souza - Sobre os Direitos da Personalidade no novo Código Civil brasileiro. **Hottopos**. Belo Horizonte. (2010). [Consult. 10 Nov. 2017]. Disponível em [http://www.hottopos.com/videtur27/brunello.htm#\\_ftn1](http://www.hottopos.com/videtur27/brunello.htm#_ftn1).

diferentes ontologicamente dos demais direitos fundamentais por serem característicos da própria noção global de pessoa humana. Normas que contrariem esses valores são, a princípio, atentatórias à pessoa humana.

Segundo o referido autor:

“As especificidades e normas adstritas podem ser obtidas mediante esforço hermenêutico, que deve ser feito de maneira circunstanciada e à luz de casos concretos. Segundo o autor, Tomás de Aquino, remetendo-se a Boécio, com o seu estilo próprio de linguagem, utiliza-se da mesma metáfora como sendo a etimologia de pessoa, ao afirmar que “o termo *persona* parece derivar das máscaras que representavam personagens humanas nas tragédias”. A noção de “máscara” e “papel” é, ainda hoje, pertinente nesse sentido de: “Representar a concepção que formamos de nós mesmos – o papel que esforçamo-nos para desempenhar – essa máscara é nosso mais verdadeiro eu, o eu que gostaríamos de ser [...]. Viemos ao mundo como indivíduos, alcançamos caráter, e tornamo-nos pessoas. A sofisticada criação que atribui, ao indivíduo humano, personalidade (e qualifica-o como pessoa), deve-se à tradição teológico-cristã. Com base nas discussões acerca da trindade, e derivando-a para o próprio homem, esse feito à imagem e semelhança divinas, chega-se à analogia própria entre indivíduo humano e pessoa, sendo essa a “substância individual de natureza racional”<sup>90</sup>.

Na mesma acepção, Leonardo Poli, professor da Universidade Federal de Minas Gerais, nos instrui que os ancestrais códigos civis buscavam tutelar e regular as relações com repercussão patrimonial, sendo este o foco daqueles diplomas normativos, sem adentrar em outros aspectos da vida humana. Como decorrência natural dos fundamentos ideológicos do direito privado liberal da época, tudo que escapava da órbita patrimonial desinteressava ao direito privado.<sup>91</sup> Mas o âmbito de tutela dos códigos foi ampliando-se, e logo, fomos da patrimonialidade para a personalidade como foco do ordenamento, colocando a pessoa no centro do Direito, com a sistematização de conceitos como personalidade natural e jurídica.

Com isto, a personalidade natural, e seu reflexo na personalidade jurídica, nos concebe enquanto seres humanos. Os direitos da personalidade não são novidades no Direito hodierno. Segundo Fabio Comparato, “a filosofia grega considerava que o indivíduo não passava de um

---

<sup>90</sup> Idem.

<sup>91</sup>POLI. Leonardo Macedo - Os Direitos Humanos e de personalidade do transexual: prenome, gênero e a autodeterminação. **Âmbito Jurídico** [Em linha] São Paulo, 2017. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12914](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12914). Acesso em: 11/11/2017.

mero animal político ou social, que pertencia ao Estado e possuía íntima ligação com o Cosmos e com a natureza”. Na Roma Antiga, também, o indivíduo não era considerado sujeito de direitos, pois o sujeito por excelência era o pai de família, capaz de deter a propriedade, realizar negócios, e proteger a unidade produtiva familiar<sup>92</sup>.

O mesmo autor segue afirmando que a partir grande força do pensamento de autores clássicos, como Boécio, até desaguar no pensamento medieval, fez insurgir a vetusta definição da distinção entre a formação espiritual e corporal da pessoa, um conteúdo do indivíduo, impulsionando a elaboração do princípio de igualdade essencial de todo ser humano por serem estes essencialmente iguais na sua composição. Com isto, o núcleo do conceito universal de direitos humanos que já circula por muitos anos foi formado.<sup>93</sup>

Afirma também, em um aspecto mais filosófico, que a filosofia Kantiana também se debruça sobre a individualidade e a personalidade. Segundo ele, a terceira fase na formação do conceito de pessoa, e, por conseguinte de personalidade, fundamentada na filosofia de Kant, retratava que “cada ser humano em sua individualidade é insubstituível”<sup>94</sup>, possuindo dignidade que possui um valor, mas não tem um preço.

Não somente Kant, mas muitos estudiosos ligados à Filosofia da pessoa já tratavam de temas concernentes à personalidade e da pessoa natural.

Similarmente ao dito acima, artigo 11 do Código Civil brasileiro, cláusula geral dos direitos da personalidade no Brasil, sem disposição similar no Código Civil português, possui o seguinte teor normativo delineador das características dos direitos da personalidade: os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.<sup>95</sup> Para além do regulamentado, percebe-se que por suas características e natureza, os direitos da personalidade não conseguem ser divididos ou amesquinçados.

No entanto, o enunciado 4 da Primeira Jornada de Direito Civil brasileira, elucida que “o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral”<sup>96</sup>. Assim fica autorizado, por exemplo, câmeras em ambiente de

---

<sup>92</sup> COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos Direitos Humanos. **Saraiva**. São Paulo., 2001, 2. Ed, p. 36.

<sup>93</sup> Idem, ibidem, p. 19.

<sup>94</sup> Idem, ibidem, p. 19.

<sup>95</sup> BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 01/11/2017.

<sup>96</sup> BRASIL. **Enunciados aprovados I Jornada de Direito Civil da Justiça Federal**. Disponibilizado no sítio: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>. Acesso em: 01/11/2017.



trabalho, câmeras públicas de vigilância, identifiquem-se em ambientes públicos, forneçam dados de digitais, etc.

O humano é caracterizado e composto pela personalidade natural e jurídica. A personalidade e a dignidade possuem semelhanças, já que a personalidade jurídica é exprimida na basilar essência humana, no que identifica essencialmente a forma humana. Trata-se de um poder privativo dos seres humanos, pois os animais, bens e coisas não possuem personalidade jurídica, podendo, no entanto, possuir legitimidades específicas.

É da essência da ciência a classificação. Durante os anos, várias teorias tentaram explicar a natureza jurídica dos direitos da personalidade, no entanto, duas delas sobressaíram-se: a teoria jusnaturalista e a teoria positivista. Tal divisão do pensamento abrange diversas áreas jurídicas.

Os jusnaturalistas percebiam estes direitos, assim como outras espécies de direitos, como inatos, ou seja, existiam aprioristicamente, independente de qualquer ação ou prestação do homem ou do Estado. Alguns adeptos desta teoria afirmam que nem a declaração de tais direitos precisaria ser feita. O Estado somente reconhecia estes direitos às pessoas que os detinham independente do ato legislativo, aprioristicamente. Dessa forma, esta teoria fundava-se no direito natural para explicar a origem dos direitos da personalidade.

Noutro giro, os positivistas, afirmavam que os direitos da personalidade eram apenas aqueles que o Estado conferia aos cidadãos. A existência de tais direitos dependia intimamente do Estado. Há uma ligação entre o nascimento e a possibilidade de reconhecimento e declaração destes direitos. Assim, os positivistas acreditavam que os direitos da personalidade, para auferirem força formal normativa nos ordenamentos jurídicos necessitavam de um diploma normativo que concedesse ao titular do direito esta garantia.

Apesar disso, nenhuma das duas teorias clássicas acima apresentadas foi satisfatória para elucidar os direitos da personalidade em todos os seus contornos e momento de gênese. Devendo ser utilizada uma vasta gama de fontes para explicá-los. O legislador constitucional português e brasileiro previu a dignidade da pessoa humana no bojo das Constituições, como centro e base do ordenamento.

O artigo 1º da Constituição Portuguesa, nos instrui que Portugal trata-se de uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada

na construção de uma sociedade livre, justa e solidária<sup>97</sup>. O Legislador Constituinte brasileiro foi competente ao preparar a Constituição da República Federativa do Brasil e conferir às pessoas o direito da personalidade sem cair na problemática das classificações do direito. Segundo o artigo 1º da CF/88, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é a dignidade da pessoa humana. No lugar do patrimônio, que outrora reinava, a pessoa foi alocada no núcleo do ordenamento jurídico brasileiro, sendo o fundamento, a base e os fins do Estado.

Segundo J. J. G. Canotilho, o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como os demais direitos e garantias fundamentais “[...] constituem-se na indispensável base antropológica constitucionalmente estruturante do Estado de Direito”<sup>98</sup>

Similarmente a postura adotada pela grande maioria dos Códigos Civis ocidentais atuais, na perspectiva positivista defendida por Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito, personalidade jurídica é a capacidade genérica abstrata para possuir direitos e contrair obrigações na ordem civil que se inicia atualmente no nascimento com vida. A pessoa física é somente a personificação desses deveres e direitos: concatena um conjunto de normas jurídicas que, por constituir deveres e direitos contendo a conduta de um mesmo ser humano, regula a conduta deste ser.<sup>99</sup>

A personalidade jurídica e os direitos da personalidade são regulados por cláusula aberta.

O Código Civil Brasileiro e Português são enfáticos ao estabelecer que a personalidade civil da pessoa possui gênese a partir do sopro da vida ou nascimento com vida, ressaltando-se os direitos do nascituro, de diversas naturezas, entre eles os direitos da personalidade do nascituro. O início da vida sempre foi um grande problema para os ordenamentos jurídicos, haja vista que ele é marco inicial de uma vasta gama de direitos.

Basicamente, no Brasil para apurar o início da vida é feito um exame de verificação de expansão pulmonar básico, denominado de docimasia hidrostática de Galeno, que verifica se o pulmão expandiu-se ou não ao colocá-lo na água. Se tiver expandido considera-se que a criança nasceu e morreu, se não, se cuida de um natimorto (aquele que nasceu morto ou não nasceu).

---

<sup>97</sup> PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa.** Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 11/11/2017.

<sup>98</sup> CANOTILHO, J. J. G - Direito Constitucional e Teoria da Constituição. **Almedina**, Coimbra, 2003 7. ed, p. 42.

<sup>99</sup> KELSEN, Hans - Teoria geral do direito e do Estado. **Martins Fontes**. São Paulo 1995, 10. Ed, p.28.

O exame acima relatado serve para apurar o nascimento e a formação da pessoa e não a vida em si, que possui um marco inicial diferente (anterior) do nascimento.

Muito se discute no âmbito doutrinário e jurisprudencial sobre o início da vida, tanto no Brasil quanto em Portugal. Basicamente, três teorias despontam para tentar marcar o início da vida: a teoria concepcionista (a vida iniciaria a partir da concepção ou formação viável do embrião), a natalista (a vida iniciaria a partir do nascimento com vida) e a da personalidade condicional (a vida inicia-se a partir da viabilidade embrionária, mas a pessoa iniciar-se-ia a partir do nascimento com vida).

O Supremo Tribunal Federal do Brasil, ao julgar questões ligadas ao início da vida, decidiu que não ofende o direito a vida da pessoa a pesquisa, para fins terapêuticos, de embriões excedentários. Para os ministros, os embriões não são pessoas e não possuem os mesmos direitos fundamentais que a personalidade natural confere aos seres humanos vivos, segundo eles:

“O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque *nativiva* (teoria “natalista”, em contraposição às teorias “concepcionista” ou da “personalidade condicional”). E quando se reporta a “direitos da pessoa humana” e até dos “direitos e garantias individuais” como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais “à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica...

Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança (“*in vitro*” apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível.

O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.”<sup>100</sup>

Percebe-se que ao tratar do início da vida os Ministros do Supremo Tribunal Federal do Brasil proferiram polêmicas alegações sobre o nascituro, início da vida e da personalidade, neste julgamento. Note que mesmo tratando indiretamente do tema início dos direitos da personalidade, a temática foi enfrentada diretamente. Assim, com a permissão do estudo genético de células tronco, a teoria da personalidade condicional foi reforçada no Brasil, mas inúmeros juristas são adeptos de outras teorias, a exemplo de votos divergentes presente no próprio processo, inclusive do relator do mesmo.

Em Portugal, a questão já foi enfrentada pelo STJ P (Supremo Tribunal de Justiça em 2014, no ao julgar o Processo 436/07.6TBVRL.P1.S1, foi publicado em acórdão que “O nascituro não é uma simples massa orgânica, uma parte do organismo da mãe, ou, na clássica expressão latina, uma *portio viscerum matris*, mas um ser humano, com dignidade de pessoa humana, independentemente de as ordens jurídicas de cada Estado lhe reconhecerem ou não personificação jurídica.” Asseveraram os membros do citado órgão ainda que:

Ainda na fase intra-uterina os efeitos da supressão da vida paterna fazem-se sentir no ser humano, sendo os danos não patrimoniais daí decorrentes – traduzidos na falta desta figura, quer durante o período de gestação, quer depois do nascimento, com o vazio que tal ausência provoca– merecedores de compensação.(...)

O nascituro é um ser humano vivo com toda a dignidade que é própria à pessoa humana. Não é uma coisa. Não é uma víscera da mãe. A protecção jurídica que a lei lhe dá não é apenas objectiva.

Se o fosse, o seu estatuto não seria diferente daquele que é próprio das coisas ou animais especialmente protegidos. O próprio cadáver tem um regime jurídico de protecção muito intensa, é uma coisa sagrada; mas o cadáver não tem vida nem dignidade humana. O nascituro não é, pois, objecto do direito. Como pessoa humana viva, o nascituro é pessoa jurídica. A sua qualidade pessoal impõe-se ao Direito, que não tem o poder de negar a verdade da pessoalidade, da hominidade, da humanidade do nascituro. Não pode, pois, deixar de ser reconhecida,

---

<sup>100</sup> BRASIL, **ADI 3510/DF**, Relator Min. AYRES BRITTO, j. 29/05/2008, Tribunal Pleno, [Em Linha] DJe-096 27-05-2010. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginador\\_pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723](http://redir.stf.jus.br/paginador_pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723). Acesso em: 11/09/16.

pelo Direito, ao nascituro a qualidade de pessoa humana viva, o mesmo é dizer, a. personalidade jurídica<sup>101</sup>

Assim, a polémica sobre a natureza jurídica do nascituro e o momento que marca o início da vida também é um tema de recorrente julgamento em Portugal.

A doutrina civilista de Portugal também trata do início da personalidade. Diogo de Leite Campos, em artigo, indaga desde quando ele considera que existe, que sou eu? Desde o momento da concepção. Reconheço-me como existente no ventre da minha Mãe. Esta descreve-me a gravidez dela, as alterações do seu corpo por minha causa, os meus primeiros movimentos. Considero-me existente cerca de nove meses antes do nascimento. E os psicólogos afirmam-nos que a fase da vida intra-uterina é fundamental para o desenvolvimento psicológico do ser humano e descrevem-nos o inter-relacionamento do filho com a mãe. É possível ver o nascituro a defender-se da morte que lhe vão dar, e sentir o seu sofrimento como o de qualquer outro ser humano. Pretender que o nascituro é algo de diferente de um ser humano, é recuar por uma época em que os conhecimentos de biologia eram inexistentes ou quase. Uma época pré-ecográfica, em que a gestação estava rodeada de um mistério de onde poderiam resultar lobisomens ou animais monstruosos.<sup>102</sup>

Para regular os direitos da personalidade foi utilizado um aspecto abrangente. É impossível delimitar a totalidade dos direitos da personalidade em um viés taxativo ou exaustivo, pois a vida humana é altamente alternável e está em constante mudança, sendo mais adequada uma regulamentação que se enquadre nestas transformações constantes.

De acordo com De Cupis, ao tratar da forma de regulamentação geral dos direitos da personalidade, essa designação geral “é reservada àqueles direitos subjetivos, cuja função, relativamente à personalidade, é especial, constituindo o *minimum* necessário e imprescindível ao seu conteúdo”<sup>103</sup>. Segundo ele, “são direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos

---

<sup>101</sup> PORTUGAL. STJ. Processo 436/07.6TBVRL.P1.S1. Data: 03/04/2014. Unanimidade. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/28aff17cdabb90e880257cb00034dcc2?OpenDocument>

Acesso em 14 de mar de 2017

<sup>102</sup> CAMPOS, Diogo Leite de - O estatuto jurídico do nascituro. In Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>> acesso em 20 nov. 2018.

<sup>103</sup> DE CUPIS, Adriano- Os direitos da personalidade. **Livraria Moraes**, Lisboa, 1961, p. 17.

perderiam todo o interesse para o indivíduo — o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal”<sup>104</sup>

É certo dizer que os direitos decorrentes da personalidade são essenciais e inatos a todas as pessoas, iniciadas nos momentos anteriormente tratados, conforme a teoria adotada. Com o intuito de verificar se o direito a eutanásia, ou do fim digno da vida, pode, de fato, ser considerado um direito da personalidade, será feito um estudo de compatibilização das características dos direitos da personalidade com as características da eutanásia.

Será possível inferir que nenhuma das características do conteúdo dos direitos da personalidade é incompatível com o direito ao fim da vida digno, pois tendo em vista as características abaixo expostas, há uma adequação da teoria dos direitos da personalidade com a eutanásia nos ordenamentos que aceitam tal tratamento, senão vejamos:

Quanto a Indisponibilidade. Cuida-se da impossibilidade de dispor ou renunciar dos direitos da personalidade. Não é aceitável que o titular deste direito disponha dos direitos da personalidade. Naturalmente que não seria possível dispor ou alienar a eutanásia, tendo em vista a sua conotação não patrimonial e total desligamento teórico da possibilidade;

Quanto a Perpetuidade. Cuida-se da ilimitação temporal dos direitos da personalidade. Eles são perpétuos por perpassar pela integralidade da vida das pessoas. Uma vez praticada a eutanásia, os direitos da personalidade seriam cessados, tendo em vista a chegada do fim da vida e dos direitos da personalidade;

Quanto a Oponibilidade *Erga Omnes*. Cuida-se do dever de toda a gente respeitar o direito da personalidade alheio, ou seja, trata-se de uma abstenção social. Ele é oponível e deve ser acatado por todos. Uma vez manifestada a vontade de finalizar a vida, deve a comunidade médica e os parentes próximos respeitar este direito e finalizar o tratamento.

Quanto a Intransmissibilidade. Cuida-se da impossibilidade de transmitir ou alienar os direitos da personalidade. Não são disponíveis e não podem ser alienados (negociados). A eutanásia é obviamente compatível com esta característica dos direitos da personalidade, por ser personalíssima da pessoa detentora desta prerrogativa.

Quanto a não-patrimonialidade. Cuida-se da impossibilidade de mensuração econômica dos direitos da personalidade. O conteúdo do direito não é economicamente mensurável, assim como não é economicamente mensurável a eutanásia;

---

<sup>104</sup> IDEM

Quanto a Impenhorabilidade. O direito da personalidade não está sujeito a transmissão nem a perda do direito decorrente de processo de execução judicial ou extrajudicial de indisponibilidade de bens, assim como a eutanásia;

Quanto a Irrenunciabilidade: não existe a possibilidade de se renunciar aos direitos da personalidade, podendo, no entanto, o seu exercício ser temporariamente renunciado e sofrer limitação voluntária condicional e temporalmente limitados, assim a qualquer momento a pessoa poderia por fim a própria vida, preenchidos os requisitos estabelecidos pelos ordenamentos jurídicos.

Quanto a Imprescritibilidade: a falta de exercício dos direitos da personalidade não culmina na sua extinção, não há limitação temporal para exercício da eutanásia. Não se sujeita a figuras jurídicas da prescrição e decadência de exercício do direito.

E, finalmente, quanto a Universalidade: Os direitos da personalidade são essenciais a todos humanos, não se limitando a grupo ou pessoas específicas.

Percebe-se que existe uma compatibilidade teórica entre os direitos da personalidade e a eutanásia, pois as características dos direitos da personalidade são compatíveis com as características da eutanásia, por ser esta indisponível, perpétua, oponível *Erga Omnes*, intransmissível, não-patrimonial, impenhorável, irrenunciável, imprescritível e universal. Soma-se a este argumento de compatibilidade, a tratativa por lista aberta ou cláusula geral dos direitos da personalidade, possibilitando o ingresso de novos direitos no âmbito dos direitos da personalidade.

O direito da personalidade e as possibilidades jurídicas decorrentes desta categoria jurídica não têm duração exclusivamente durante o curso da vida, apesar da regra geral de duração ser enquanto durar a vida. No Brasil, o parágrafo único do artigo 12 e o artigo 20, do Código Civil de 2002 expressamente confere à família a possibilidade de reclamar perdas e danos a personalidade do parente morto. O artigo 80 do Código Civil de Portugal, também estabelece uma exceção similar ao diploma normativo brasileiro.

O Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa declarou em acórdão que é admitida a inseminação *post mortem* de embrião desde que vise realizar um projecto parental claramente esclarecido por escrito antes do falecimento do pai. Seguiram relatando que, ao tratar da possibilidade dos direitos da personalidade durar para além da vida da pessoa, que:

Na sequência de o diagnóstico de leucemia linfóide aguda, o falecido depositou esperma para criopreservação junto do hospital, tendo assinado duas declarações de consentimento no sentido da manutenção da criopreservação do sémen e expresso por declaração de vontade que o sémen não fosse destruído de forma a poder ser utilizado pela mulher no âmbito do projeto parental de ambos. Após a morte do marido, a mulher solicitou a entrega do sémen, a fim de com ele gerar uma criança. A nível constitucional, a procriação artificial humana é concebida como um direito social cujo exercício se destina a proteger a instituição familiar, pelo que o recurso às técnicas de procriação medicamente assistida apenas é admissível no seio de um casal e na medida em que se revele indispensável para superar uma situação de infertilidade que afete qualquer dos seus membros. Deste modo, os seus fins apenas deverão servir a dignidade da vida humana e o supremo interesse da criança e mesmo quando fundada no consentimento expresso da pessoa, a reprodução post mortem gera pessoas que nunca conhecerão o pai genético com violação do seu direito à integridade pessoal e genética, desrespeita os direitos do homem que já faleceu e escapa à finalidade terapêutica primordial que deve guiar estas técnicas. Considerando que o esperma é uma substância que contém o código genético de alguém, apta para contribuir para a criação de um novo ser humano, não é juridicamente uma coisa, mas uma emanção da personalidade da pessoa de quem foi retirado e falecendo a pessoa, extingue-se a personalidade, devendo ser igualmente destruído o seu material genético. Nestes termos, não obstante as autorizações e declarações de vontade emitidas em vida pelo falecido, o material genético objeto de preservação é o esperma e não os embriões, pelo que a inseminação é expressamente proibida por lei.<sup>105</sup>

Assim, percebe-se que a vida determina a duração dos direitos da personalidade, mas alguns, ainda que controvertidamente possam durar até após a morte. Argui-se nesta dissertação que até a própria morte pode ser considerada um direito da personalidade.

No tópico a seguir será apresentado mais um argumento reforçando a possibilidade da eutanásia ser tratada como um direito da personalidade.

---

<sup>105</sup> PORTUGAL. TJCom Lisboa, 10a Vara Cível, Ac. de 29 de Julho de 2014. [Em linha] 29/07/2014. Processo: 1711/13.6TVLSB



### 4.3 A eutanásia enquanto cláusula geral de direito da personalidade

Como ilustrado anteriormente, a personalidade jurídica e sua tutela no ordenamento jurídico brasileiro e português não é estanque e não se dá por meio de listas fechadas, mas por cláusulas gerais, pois a própria dignidade humana não consegue ser limitada e plenamente traduzida em quesitos específicos.

Sarmiento, ao falar sobre a forma jurídica adequada de tratamento dos direitos da personalidade, ressalta que o Código Civil português prevê em seu artigo 70, nº 1 a tutela geral e aberta da personalidade, e a Constituição da Alemanha consubstanciou no artigo 2º o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, os tribunais germânicos, a propósito, têm reconhecido a existência de um direito geral da personalidade, que teria inclusive o condão de suprir lacunas na proteção dispensada aos bens da personalidade pelo legislador.<sup>106</sup>

Em Portugal, segundo o Código Civil Português vigente, que prevê que a personalidade tem início com o nascimento com vida e termina com a morte, as facetas de defesa das pessoas possuem proteção ampla contra qualquer ofensa ou ameaça ilícita à sua personalidade, seja no campo da mácula física ou moral, segundo o artigo 70º, do referido Código.<sup>107</sup>

Cuida-se de um conceito amplo e indeterminado de direitos, tendo em vista que o Código não lista quais seriam estas proteções e como elas são garantidas. Logo, percebe-se que em Portugal, assim como no Brasil, o legislador tratou dos direitos da personalidade como cláusula geral de direitos, não listando e especificando quais seriam estes direitos.

O Professor português Manuel Pita, elucida que no respeitante à personalidade física do homem, é abrangido: o direito à vida; o direito à integridade física; o direito ao próprio corpo, considerado quer na sua globalidade, quer em relação a partes dele, susceptíveis de se autonomizarem e cujas principais manifestações pode-se encontrar no direito de dispor de partes do seu corpo (órgãos), para fins terapêuticos e no direito de dispor do próprio cadáver. No que respeita à personalidade moral, destacar-se-ia: o direito à honra, que envolve o respeito pelo bom-nome e reputação da pessoa; o direito à liberdade formula genérica que abarca as

---

<sup>106</sup> SARMENTO, Daniel - Direitos Fundamentais e Relações Privadas. **Lumen Juris**, Rio de Janeiro 2008, p. 100  
<sup>107</sup> PORTUGAL, Código Civil Português. Disponível em: [http://www.stj.pt/ficheiros/fpstjptlp/portugal\\_codigocivil.pdf](http://www.stj.pt/ficheiros/fpstjptlp/portugal_codigocivil.pdf). Acesso no dia 15/11/2017

varias modalidades de manifestação da liberdade individual, desde o direito de liberdade de expressão e informação, à liberdade de consciência, culto e religião, à liberdade de criação cultural, à liberdade de reunião e manifestação, à liberdade de associação e à liberdade de ensinar e aprender; o direito à intimidade da vida privada (ou mais sucintamente, o direito à intimidade) que envolve o direito à reserva sobre a vida privada, o direito à inviolabilidade do domicílio e ao sigilo da correspondência.<sup>108</sup> Mas a lista não se restringe a estes direitos, é mais ampla.

Já Código Civil brasileiro de 2002 traz uma pequena sistematização de um rol exemplificativo e não exaustivo de direitos da personalidade.

A tipificação dos direitos da personalidade é barrada pela diversidade humana e rápida mudança nos direitos da personalidade decorrente.

Caso a teoria da cláusula geral dos direitos da personalidade não existisse, os mesmos seriam muito diminuídos e a intervenção legislativa para a sua efetividade seria indispensável.. Assim, a teoria geral dos direitos da personalidade foi extremamente conveniente para evitar tal fracionamento, por ser mais independente do Legislador e não depender de repetida previsão legal para ser aplicado, possibilitando uma aplicação mais plena das garantias da personalidade jurídica às pessoas.

As cláusulas gerais flexibilizam a necessidade de constante regulamentação dos direitos da personalidade.

Isso quer dizer que tais ordenamentos jurídicos tutelaram o assunto de maneira a permitir a ventilação de outros temas naturalmente, não tendo o legislador tratado de todos os contornos e espécies dos direitos da personalidade. Outras espécies não expressamente previstas, como o direito ao gênero correto, ao esquecimento, podem e são tidas como direito da personalidade por suas características. Assim, o argumento simplório de que o fim da vida digno não pode ser considerado um direito da personalidade por não estar previsto nas legislações estudadas não merece se sustentar, tendo em vista a complexidade da tratativa e das características dos direitos da personalidade enquanto cláusula geral.

As cláusulas gerais são bem relatadas por Judith Martins Costa que tem uma visão holística sobre o tema. Segundo ela, elas por serem dotadas de grande abertura semântica, não pretendem as cláusulas gerais dar, previamente, resposta a todos os problemas da realidade,

---

<sup>108</sup> PITA, Manoel. O direito geral da personalidade e os direitos especiais – Teoria Geral do Direito Civil. Lisboa: Faculdade de Direito Nova de Lisboa 2007. p.5

uma vez que essas respostas são progressivamente construídas pela jurisprudência. Na verdade, por nada regulamentarem de modo completo e exaustivo, atuam tecnicamente como meta normas, cujo objetivo é enviar o juiz para critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou através de variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes objetivamente vigorantes em determinada ambiência social<sup>109</sup>.

A personalidade e seus efeitos jurídicos possuem uma tutela integral e atinente a diversas áreas do direito. Toca temas de Direito Penal, Civil, Constitucional, Econômico, Empresarial, Tributário, entre outros.

É possível a aplicação da tutela integral da pessoa humana tanto no âmbito público como privado, haja vista que as pessoas, no uso de sua personalidade, podem atuar em todos os segmentos sociais.

Apesar de ser um sistema aberto não se trata de anarquia jurídica ou discricionariedade total. A regulação é abstrata, mas é existente. Sobre o tema, Simone Bonson esclarece que é preciso, entretanto, esclarecer que as cláusulas gerais não contêm apelo direto à discricionariedade, pois remetem para valorações objetivamente válidas na ambiência social. Na verdade, o que ocorre é uma grande transformação sobre a função jurisdicional proveniente dos novos papéis do Estado de Direito nas sociedades modernas. Com o advento da legislação social, dos direitos sociais, opera-se uma modificação na função da lei, que passa a ser elemento de *social engineering*.<sup>110</sup>

Percebe-se pelas características acima expostas que a eutanásia poderia, uma vez legalizada e sistematizada, estar considerada dentro do espectro geral de proteção da personalidade regulamentado por cláusula geral.

---

<sup>109</sup> COSTA, Judith Martins - O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS** . Porto Alegre, 1998, p. 129.

<sup>110</sup> BOLSON, Simone Hegeles - Direitos da Personalidade do Consumidor e a Cláusula Geral de Tutela da Dignidade da Pessoa Humana. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, 2004,, p. 155.

#### 4.4 O aborto legal e o reforço da teoria da personalidade

Muitas vezes a análise de um instituto jurídico pode auxiliar a compreensão de outro.

A eutanásia não se confunde com o aborto, pois este trata da relação da mulher com o feto, de algo que ainda está por vir, uma vida em potencial e não uma vida já consolidada. O aborto é a expulsão do feto viável do útero materno que causa o término da vida.

A legalização do aborto em Portugal pode ser um parâmetro de análise de uma eventual legalização da eutanásia no mesmo país pela proximidade conceitual dos institutos. Assim como a questão do nascituro já apresentada anteriormente neste trabalho, e o momento inicial de vigência dos direitos da personalidade, anteriormente discutidos, o aborto também está ligado à personalidade e ao término da vida.

Ainda criminalizado no Brasil, com exceções de permissão estampadas no Código Penal Brasileiro de 1940, como por exemplo, a não punibilidade do aborto praticado por médico no seu âmbito profissional se não houver outro meio de salvar a gestante nem quando a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. Apesar de grande apelo popular, não há ainda no Brasil clínicas especializadas na prática abortiva, tendo em vista o seu caráter antijurídico.

Noutro giro, o ordenamento jurídico português suavizou punibilidade da prática abortiva e possui outra visão sobre o tema. O aborto em Portugal já teve caráter de proibição semelhante ao da legislação brasileira. No entanto, com o advento da Lei 6/1984, algumas formas de interrupção da gravidez foram incluídas no ordenamento português, com o advento da Lei 90/97, como a gravidez resultante de violação da mulher ou má formação do nascituro. Na segunda metade da década de 90, o arcabouço legislativo foi ampliado incluindo novas possibilidades de interrupção da gravidez e trazendo alguns esclarecimentos sobre conceitos trazidos pela legislação anterior.

Após consulta popular, tudo isso desaguou na vigente Lei 16/2007, que introduziu a exclusão da ilicitude nos casos de interrupção voluntária da gravidez, por opção da mulher até as 10 primeiras semanas de gravidez. Com disposições acerca do consentimento e sua forma, a legislação atribui à mulher o direito de cessar a gravidez indesejada.

Surpreendente após a regulamentação em Portugal o número de abortos realizados diminuiu significativamente. A IVG, ou interrupção voluntária da gravidez passou a ser

regulada e utilizada licitamente. Em entrevista a um jornal de circulação nacional, o Diretor-geral de Saúde de Portugal, Francisco George, declarou que “a IVG foi um sucesso, um grande sucesso. Ao longo destes anos analisámos os registos e percebemos que, todos os anos, há menos interrupções do que no ano anterior. [O número] tem descido e essa descida é acentuada. Temos menos 15% de interrupções do que quando começámos e 15% é importante”<sup>111</sup>, asseverou à agência Lusa.

Segundo a notícia, “o relatório oficial das interrupções da gravidez mais recente refere-se a dados de 2015, ano em que se registou o número de abortos mais baixo desde 2008, primeiro ano completo desde que entrou em vigor a lei que despenalizou o aborto até às dez semanas de gravidez. Este documento mostra que houve uma diminuição de 1,9% nos abortos por opção da mulher entre 2014 e 2015, tendo sido feitas 15.873 interrupções por decisão da grávida nesse ano.” Mas o relato noticiado não para por aí, segundo o jornal, “tão debatida como chegou a ser a despenalização do aborto promete ser a da eutanásia, assunto sobre o qual Francisco George recusa tomar uma posição enquanto diretor-geral da Saúde.”<sup>112</sup> Noutro giro, relatou o diretor que “Não faço declarações públicas sobre a eutanásia. Tenho duas posições. Como diretor-geral da Saúde não tenho possibilidade de clarificar esse assunto, porque esse trabalho ainda não foi feito ao nível dos colégios que aqui se juntam para discutir este problema. O diretor-geral não se pronuncia sobre a eutanásia”, afirma, de modo categórico.<sup>113</sup>

Para ilustrar a amplitude desta regulamentação e sua irradiação, os médicos responsáveis por exames diagnósticos de pré-natal passaram a ter uma responsabilidade aumentada para não promoverem a perpetuação da vida de pessoas com doenças congênitas (*wrongful life*), sem o consentimento dos pais. Neste sentido, julgou o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, brevemente transcrito abaixo:

Conforme refere Pinto Monteiro, in R.L.J., Ano 134º, N°3933, pág.379, de um modo geral, no direito comparado, a posição dominante tende a reconhecer aos pais o direito à indemnização para reparar os danos, patrimoniais e não patrimoniais, por eles sofridos (*wrongful birth*), mas rejeita-se a indemnização pedida pela criança (representada pelos pais

---

<sup>111</sup> LUSA. Portugal é país europeu com menos abortos, lei foi "um sucesso" Agência de notícias. 14 DE SETEMBRO DE 2017. Disponível em: <https://www.dn.pt/portugal/interior/portugal-e-pais-europeu-com-menos-abortos-lei-foi-um-sucesso---francisco-george-8769410.html>

<sup>112</sup> IDEM

<sup>113</sup> IBIDEM.

na menoridade) por ter nascido com malformações (wrongful life). É esta, designadamente, a posição que prevalece na jurisprudência norte-americana, inglesa, alemã e holandesa (apesar de algumas opiniões discordantes com que por vezes se depara na doutrina). E é esta, também, a posição subscrita pela nossa jurisprudência, nomeadamente do STJ B (cfr. os Acórdãos de 19/6/01 e de 17/1/13, disponíveis in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

No caso dos autos, os pais invocaram os danos não patrimoniais por eles sofridos, resultantes do nascimento de um filho não desejado, em virtude de uma conduta médica negligente, no âmbito do diagnóstico pré-natal. Trata-se, pois, manifestamente, de uma wrongful birth action, uma vez que os progenitores intentaram uma acção contra o médico, alegando que este faltou a um dos deveres que lhe incumbiam e, por via disso, os pais não se precaveram contra uma gravidez que daria (e deu efectivamente) lugar a uma criança com graves malformações, ou prosseguiram com uma gravidez que deflagrou nesse mesmo desfecho.<sup>114</sup>

Naturalmente que a questão pode ensejar muitas disputas judiciais e divergências interpretativas, como, por exemplo, no caso pai que queira ter o filho e a mãe queira interromper a gravidez. O direito a paternidade prepondera sobre o direito ao corpo da mulher? São questões que podem ter que ser futuramente resolvidas pelo órgão julgador próprio.

Mas, uma questão de ordem teórica filosófica pode ser aplicada neste artigo: Se a personalidade do nascituro (ou a sua potencial personalidade) inicia-se na concepção e aperfeiçoa-se no nascimento com vida e esta personalidade pode ser interrompida pela mãe durante a gravidez, existe uma limitação ao carácter impositivo do direito à vida, podendo este ser interrompido, nos ditames legais.

Não há razão para se negar a eutanásia quando a relativização do direito à vida, ainda que potencial, é facilmente percebida em outros institutos jurídicos, como é o caso da legalização do aborto, pois se a pessoa está apta a escolher o destino da personalidade de outrem (o nascituro), não há motivos racionais para se negar a interrupção da própria vida e personalidade.

---

<sup>114</sup> PORTUGAL. STJ. 57/11.9TVLSB.L1-7. Data: 29/04/2014. Unanimidade. [Em linha] Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/28aff17cdabb90e880257cb00034dcc2?OpenDocument>

Neste mesmo sentido, a não punibilidade do suicídio em si, como ocorre em alguns países no âmbito civil, mas somente da instigação ao fato em âmbito civil e penal, também pode servir de argumento para a liberação da morte escolhida. Se a pessoa está, de alguma maneira, livre para retirar a sua própria vida em um ambiente não médico, não há motivos lógicos para banir a escolha em um ambiente próprio para o fato.

Apesar de ainda criminalizada defronte ao ordenamento jurídico do Brasil, o aborto possui diversas possibilidades neste ordenamento jurídico, não se tratando de uma proibição absoluta. A Corte Constitucional já afastou a possibilidade de criminalização do aborto do anencefalo, por maioria, e julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencefalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal.<sup>115</sup>

Em outro julgado, a mesma corte declarou a possibilidade de interrupção da gravidez de fetos sem desenvolvimento cerebral completo trata-se de política judiciária, já implementada imediatamente.<sup>116</sup>

Em sentido argumentativo semelhante, mas tratando das pesquisas em células-tronco embrionárias, o mesmo órgão declarou que:

É constitucional a proposição de que toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, claro, mas nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana, em se tratando de experimento "in vitro". Situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino. O modo de irromper em laboratório e permanecer confinado "in vitro" é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Isto sem prejuízo do reconhecimento de que o zigoto assim extra-corporalmente produzido e também extra-corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária do ser humano. Não, porém, ser humano em estado de embrião. A Lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar

---

<sup>115</sup> BRASIL. STF. ADPF 54. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO

Julgamento: 12/04/. Maioria [Em linha] Disponível em:

<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28EUTANASIA%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/z6zzqto>

<sup>116</sup> IDEM, [ADPF 54 QO](#) / DF - DISTRITO FEDERAL

**QUESTÃO DE ORDEM NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL**  
Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO

Julgamento: 27/04/2005. Disponível em:

<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=54&classe=ADPF-QO&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>

do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não se cuida de interromper gravidez humana, pois dela aqui não se pode cogitar.<sup>117</sup>

Com isto, nota-se que existem possibilidades jurídicas próximas da eutanásia em ambos os ordenamentos estudados.

Além disso, o Bloco de Esquerda (BE) de Portugal, já apresentou proposta para também descriminalizar a eutanásia. A proposta do partido coordenado por prevê a despenalização quer da eutanásia (quando o fármaco letal é administrado por um médico ou outro profissional da saúde competente), quer do suicídio medicamente assistido (que ocorre quando o próprio doente auto-administra esse fármaco, seja em casa ou em outro lugar que lhe convenha). No anteprojeto apresentado e discutido, o BE garantia ainda a possibilidade de médicos e enfermeiros invocarem objeção de consciência para poderem não praticar o ato solicitado pelo paciente.

Dito isto, percebe-se que a legalização do aborto e outras questões jurídicas podem servir de base teórica para uma eventual legalização da eutanásia, por também tratarem da temática dos direitos da personalidade, para além do já trazido nesta dissertação.

---

<sup>117</sup> IDEM, ADI 3510 / DF - DISTRITO FEDERAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. AYRES BRITTO. [Em Linha] Julgamento: 29/05/2008. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3510&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>



## 5 MECANISMOS JURÍDICOS QUE PODEM AUXILIAR O FIM DA VIDA DIGNO

O direito é um fenômeno social de alta complexidade.

A sociedade atual, em tempos de informação trocada rapidamente, exige formas eficientes de fazer com que a população conheça e utilize adequadamente os instrumentos jurídicos a sua disposição.

A interação entre os seres humanos é uma das características mais marcantes da sociedade moderna. Desde os tempos mais primórdios a linguagem desenvolvida e a racionalidade destacou os humanos de outros animais, permitindo assim a criação de sociedades mais desenvolvidas das anteriormente presenciadas. Assim, a humanidade foi complexizando-se.

Tal nível de interatividade e necessidade de troca entre os seres levou a um maior desenvolvimento do ordenamento jurídico como forma necessária de regulação das relações sociais, com isto, o volume de legislação para regular as mais diversas relações jurídicas entre as pessoas foi aumentando, em especial nos ordenamentos seguidores da sistemática do “Civil Law” que ostentam um grande volume de legislação. Por ter um grande volume legislativo, a informação sobre a legislação acaba não alcançando a população.

Enquanto mecanismo proposto neste trabalho, a política pública educacional por intermédio do debate público e instrução da população será tratada com maior intensidade. A educação e a difusão das informações podem se dar de diversas maneiras, tanto incluindo disciplinas obrigatórias em cursos de formação básica infantil até a inclusão de informativos dentro de comboios e outros transportes públicos, por exemplo.

O conceito de política pública oscila conforme o autor estudado. Em cartilha educacional sobre o tema, Irene Kazumi da Universidade de São Paulo, afirma que “a definição mais conhecida continua sendo a de Laswell: decisões e análises sobre política pública implicam, em linhas gerais, responder as questões: quem ganha o quê, por quê e que diferença faz.”<sup>118</sup>

Algumas ponderações podem ser feitas, pois “críticas são feitas a essas abordagens que superestimam aspectos racionais e procedimentais das políticas públicas, argumentam que elas ignoram a essência da política pública, isto é, o embate em torno de ideias e interesses. Além

---

<sup>118</sup> KAZIMI. Irene, Políticas Públicas – Conceitos Básicos. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015, p.5

do que ao centrarem-se nos governos essas definições obscurecem o seu aspecto conflituoso e os limites que cercam as decisões dos governos.”<sup>119</sup>

Ainda de acordo com a mesma autora supracitada, há afirmação de que:

Outras definições enfatizam o papel da política pública na solução de problemas. Seria uma diretriz elaborada para enfrentar um problema público. Ela pode ser uma orientação à atividade ou passividade de alguém, o que decorrer dessa orientação também faz parte da política pública. As ferramentas de políticas públicas, também conhecidas como instrumentos de políticas ou instrumentos de governo, são os meios ou dispositivos que os governos de fato usam para implementar políticas.<sup>120</sup>

Nesta esteira, Klaus Freira revela que o ato das políticas públicas deve ter atinência com a realidade social de um determinado país, segundo ele, “nos países em desenvolvimento, é preciso levar em consideração o fato de que o instrumento analítico-conceitual basilar (deficitário) foi elaborado nos países industrializados e, portanto, é ajustado às particularidades das democracias mais consolidadas do Ocidente.”<sup>121</sup> Defende a tese de que as peculiaridades socioeconômicas e políticas das sociedades em desenvolvimento não podem ser tratadas apenas como fatores específicos de ‘polity’ e ‘politics’, mas que é preciso uma adaptação do conjunto de instrumentos da análise de políticas públicas às condições peculiares das sociedades em desenvolvimento. Ainda segundo ele, os estudos tradicionais sobre políticas públicas – baseados em métodos quantitativos – frequentemente são forçados a se limitar a um número reduzido de variáveis explicativas, devido às dificuldades técnicas e organizativas. No entanto, se quisermos saber mais detalhes sobre a gênese e o percurso de certos programas políticos – os fatores favoráveis e os entraves bloqueadores, então a pesquisa comparativa não pode deixar de se concentrar de forma mais intensa na investigação da vida interna dos processos político-administrativos. Com esse direcionamento processual, tornam-se mais importantes os arranjos institucionais, as atitudes e objetivos dos atores políticos, os instrumentos de ação e as estratégias políticas.<sup>122</sup>

---

<sup>119</sup> IDEM. P. 6

<sup>120</sup> IDEM. [Em Linha] P. 4 e 2.

<sup>121</sup> KLAUS, Frey - POLÍTICAS PÚBLICAS: UM DEBATE CONCEITUAL E REFLEXÕES REFERENTES À PRÁTICA DA ANÁLISE DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL. IPEA [Em linha], Brasília, 1997, p. 213

<sup>122</sup> IDEM

Por ser temida, a morte tende a ser pouco debatida. Mas é essencial pensar em algo inevitável e impedir embates jurídicos futuros.

Como dito anteriormente, as possibilidades para informar os jurisdicionados das possibilidades jurídicas são muitas e podem ser mais ou menos complexas conforme o público alvo. Mas a difusão da informação não pode ser olvidada, pois tal inércia gera a ausência do debate público.

O debate é essencial para o deslinde da questão, haja vista, que em Portugal foi publicada a Resolução da Assembleia da República n.o 1/2001<sup>123</sup>, em seu artigo 28º, estabelece que as partes na presente Convenção zelam para que as questões fundamentais suscitadas pelo desenvolvimento da biologia e da medicina sejam objecto de um debate público adequado, à luz, particularmente, das implicações médicas, sociais, económicas, éticas e jurídicas pertinentes, e que as suas possíveis aplicações sejam objecto de consultas apropriadas.<sup>124</sup>

Assim, a própria legislação positiva prevê o debate público para conscientizar a população a tomar as melhores decisões com o maior grau de informação possível.

Mas o apoio ao debate pode ir além. O Estado pode apoiar associações e entidades do terceiro setor que funcionam especificamente com o fito de produzir a disseminação do conhecimento específico na área.

Em âmbito global a Federação Mundial das Associações pelo Direito a Morrer com dignidade (FMADMD) produz diversos congressos e debates que auxiliam na difusão de conhecimento sobre o tema.

A associação está em mais de 23 países desde 1980, possui como lema garantir escolhas para uma morte digna e como objetivos disseminar informações e material educacional sobre a eutanásia voluntária, o morrer assistido medicamente e outras questões relacionadas com o direito de morrer, organizar congressos internacionais. Tal Federação realiza eventos mundiais a cada dois anos e já organizou quatorze congressos mundiais, em que lavra documentos e declarações a favor do direito de morrer assistido<sup>125</sup>, com o seguinte teor: “Somos profissionais de saúde que participam da 14ª Conferência Mundial da Federação Mundial de Direito à Morte

---

<sup>123</sup> Trata da Convenção para a proteção dos direitos do homem e da dignidade do ser humano face às aplicações da biologia e da medicina: convenção sobre os direitos do homem e a biomedicina,

<sup>124</sup> PORTUGAL. **Resolução da Assembleia da República n.o 1/2001**. Disponível em: <http://www.gddc.pt/siii/docs/oviedo.pdf>. Acesso em: 11/12/2016.

<sup>125</sup> PESSINI, Leo – Eutanásia. Por que abreviar a vida?. Editora do Centro Universitário São Camilo. São Paulo, 2018, p. 89

que se realiza em Bruxelas. Observamos que a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) das Nações Unidas afirma que ninguém deve ser submetido a tratamento desumano ou degradante e que enfatiza a importância da autonomia pessoal. O foco da DUDH neste campo é garantir que as penas devem obedecer a um mínimo de higiene, boas condições alimentares, iluminação, dentre outros preceitos básicos para a continuidade digna da vida humana. O mesmo se busca em situações de combate a extrema pobreza. A Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) reforça os mesmos princípios, sendo que a CEDH tende a ser aplicada em países com situação financeira mais estruturada e de mais fácil garantia do básico aos seres humanos do que em países do continente africano, por exemplo. Assim, não basta somente se alimentar e respirar, pois o básico garantido ao ser humano é mais amplo que a simples perpetuação da vida, mas está mais ligado a perpetuação digna da vida.

Tendo em mente estas Declarações dos Direitos Humanos, acreditamos que todos os adultos competentes, que estão sofrendo insuportavelmente com doenças incuráveis, devem ter a opção de obter ajuda médica para morrer se este for seu pedido racional, persistente e voluntário depois de todas as outras opções, inclusive aquelas oferecidas pela medicina paliativa, foram totalmente considerados. Observamos que tal assistência médica, com salvaguardas rigorosas, já é possível na Bélgica, Holanda, Suíça e Oregon (EUA). Acreditamos firmemente que esta escolha fundamental deve ser ampliada, o mais breve possível, para outras áreas do mundo, especialmente onde a Declaração Universal dos Direitos Humanos é muito respeitada.”<sup>126</sup>

Em Portugal, a associação Direito a Morrer com dignidade, membro da FMADMD, prolifera informações dentro do território lusitano, bem como produz diversas pesquisas na área e lançamento de livros e outras obras científicas. Conforme noticia o site da referida associação “um número superior a 80% dos portugueses jovens (entre 18 e 34 anos) são favoráveis a eutanásia, relataram também que almejam que os homossexuais tenham tratamento análogo nos direitos de família, revela este estudo sobre a nova geração *millenium* ou geração Y. Não somente os portugueses pensam assim, pois este pensar menos conservador também é muito semelhante à dos espanhóis, franceses, ingleses e norte-americanos. Trata-se de um número muito alto de jovens, mais de 80% estão de acordo com a regulamentação da eutanásia e do suicídio assistido: em Portugal são 87,5%, nos EUA 86,45% e na França quase a unanimidade

---

<sup>126</sup> IDEM, p. 90

dos jovens (98,5%).”<sup>127</sup>

Nota-se que as políticas públicas educativas são essenciais para a formação de uma decisão adequada e informada entre jovens e adultos. Elas demandam uma quantidade alta de recursos financeiros, de difícil captação na esfera privada, pois não há um interesse comercial óbvio que poderia sustentar tal política pública com viés privado, como pode ocorrer em outras esferas.

Mas, tal política pública educacional, que normalmente opera com verba pública precisa ser controlada. Especialmente em países em que a corrupção e o desvio de verbas facilmente ocorrem como no Brasil.

O controle judicial, prévio e no curso das políticas públicas precisa ser efetivo para garantir que o valor destinado a um determinado fim realmente alcance o seu destino, sem desvios ou formas escusas de desviar recursos.

No Brasil, as políticas públicas possuem um espaço público de discussão e já se inicia o debate da possibilidade e os limites da atuação judicial neste âmbito. Ao tratar das políticas públicas judiciais, Saulo Versiani, estabelece alguns requisitos e qualificações, a seguir relatadas:

- 1 O Estado de Direito Democrático, plural e participativo, em que permite a legitimação das ações de Estado, constitui a estrutura possível de edificação do processo judicial capaz de implementar políticas públicas;
- 2 O controle judicial de constitucionalidade dos atos estatais revela-se fundamental na nova concepção de processo judicial como canal legítimo de afirmação dos princípios fundamentais contidos na Constituição;
- 3 O controle dos atos estatais, de forma mais eficaz e legítimo, no âmbito judicial, é aquele empreendido em respeito ao princípio da subsidiariedade, no caso concreto e observado o devido processo legal;
- 4 As políticas públicas, pelo processo judicial, não são definidas ou identificadas de maneira apriorística, mas na processualidade democrática (devido processo legal);

---

<sup>127</sup> CH Consulting, Mais de 80% dos jovens adultos portugueses são a favor da eutanásia. MORTEASSISTIDA, 12 de outubro de 2017, disponível em: <https://morteassistida.com/2017/10/12/mais-de-80-dos-jovens-adultos-portugueses-sao-a-favor-da-eutanasia/>

- 5 Identificadas as políticas públicas necessárias à afirmação da cidadania pelo processo judicial, e seu desrespeito por ação ou omissão estatal, o provimento decorrente da processualidade constitui em ato de expressão concreta da eficácia normativa do texto constitucional;
- 6 Não existe pelo modelo processual neo-institucional do processo óbice à discussão sobre qualquer tipo de política pública, em virtude do grau do princípio lógico do debate a ser realizado processualmente;
- 7 Pelo processo judicial contemporâneo não se sustenta a tese de separação dos poderes, a impedir ampla investigação de políticas públicas;
- 8 Questões orçamentárias (reserva do possível) e de conveniência e oportunidade dos atos governamentais (mérito administrativo) podem ser levados à dialética processual judicial, para que alcancem o grau de legitimidade necessário exigido pelo regime de direito democrático-constitucional;
- 9 Para a implementação de políticas públicas pelo processo judicial, torna-se patente uma nova estrutura procedimental, compatível com os paradigmas de Direito Constitucional Processual e de Direito Processual Constitucional, que se afastem do fetichismo do formalismo exacerbado, incompatíveis com os direitos fundamentais, e permitam, sem prejuízo da participação individual, ações coletivas, com maior abrangência de efeitos dos provimentos para alcançar verdadeira segurança jurídica.<sup>128</sup>

O mesmo autor segue tratando da melhor forma de controle de tais políticas pelo Poder Judiciário, segundo ele, o caminho, portanto, a ser trilhado para o controle e implementação das chamadas “políticas públicas” pela via processual é entendê-la sob o aspecto do princípio lógico e fundamental, isto é, reconhecendo como sindicáveis aquelas que representam garantias mínimas da sociedade e afetem diretamente o interesse coletivo visado pela Carta Constitucional. [...] É imprescindível a contribuição do processo judicial na afirmação do Estado Democrático de Direito, por representar um canal legítimo para controle, criação, modificação e cumprimento de políticas públicas fundamentais ao exercício da plena cidadania [...]. A sociedade brasileira complexa, plural multirracial e globalizada, está a exigir um Direito Processual que lhe assegure, ao mesmo tempo, a proteção individual e privada, como também a concretização de direitos fundamentais de caráter público, que não podem

---

<sup>128</sup> PENNA, Saulo Versiani. **Controle e implementação de políticas públicas no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum [Em Linha] 2011, p. 354.

permanecer vinculados ao arbítrio de um governo de momento ou refém de uma maioria formada a partir de interesses econômicos e controle ideológico. [...] Pelo processo judicial nessa concepção, não há impeditivo à discussão de qualquer tipo de política pública, inexistindo possibilidade de restar área sem fiscalização, ficando, destarte, a legislação e os atos administrativos sujeitos ao amplo controle da sociedade, bem como ao suprimento por força do próprio provimento judicial, legitimado por efetiva participação dos interessados na sua emissão.<sup>129</sup>

Ainda tratando das políticas públicas no âmbito do Poder Judiciário, Mathew Taylor, relata que os instrumentos judiciais no Brasil apresentam uma demanda crescente. Segundo o autor, poucos cientistas políticos consideram a atuação do Judiciário ao estudarem a tomada de decisões pelo sistema político brasileiro. Alguns comentam *en passant* a possível importância dos tribunais. Mesmo quando o Judiciário é incluído em estudos abrangentes sobre o sistema político brasileiro, a análise geralmente restringe-se a enfatizar sua implicação no campo hobbesiano da segurança pública. Relata ainda que No decorrer da última década, o Judiciário Federal revelou-se um importante ator político: tribunais federais repetidamente interromperam imensos leilões de privatização; a realização de uma delicada reforma no sistema de previdência social foi subvertida; e o Judiciário anulou ou mudou a legislação referente à reforma agrária, às reformas

tributárias e a outras políticas públicas significativas. O Judiciário continua exercendo uma influência importante hoje.<sup>130</sup>

Assim, a judicialização da política no Brasil vai tentando ser controlada e conformada com o Estado de Direito Democrático. Não podemos nos esquecer que o Poder Judiciário brasileiro e de alguma forma o português já é abarrotado e tem que julgar um número muito alto de demandas, fato este pode ampliar a morosidade nos julgamentos e ser um entrave a aplicação e controle efetivo de políticas públicas, tendo em vista a necessidade de efetividade e velocidade nas decisões judiciais.

A intervenção judicial para solicitar a eutanásia pode ser útil e encurtar o tempo de espera pela publicação de leis e instrumentos normativos autorizativos que costumam demorar longos anos no Brasil. Questiona-se, no entanto a legitimidade do meio que pode gerar

---

<sup>129</sup> TAYLOR, Mathew M. - O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. **Revista Dados**, São Paulo, 2007, p. 235

distorções e decisões conflitantes em casos análogos que só serão resolvidas depois de longos anos por intermédio dos Tribunais que uniformizam a jurisprudência.

Longe de serem eficientes, as políticas públicas brasileiras sobre o tema se mostram escassas e pautadas em agendas políticas que obstam um amplo debate sobre a morte. Mas, o judiciário revela-se, cada vez mais, uma opção para a promoção do debate e ampliar a possibilidade de tomar decisões conscientes pela população sobre o tema. O judiciário pode ser essencial no início e revelar-se cada vez mais opcional quando o debate já estiver consolidado e abrangente o suficiente para atingir as mais necessitadas camadas sociais.

Em Portugal, além de ínfimo debate público, pouco se ouve sobre o tema, mas já nota-se um aumento de pessoas buscando a informação seja através de associações, órgãos médicos ou diretamente pelo poder público.



## CONCLUSÃO

Foi demonstrada nesta dissertação a conceituação da eutanásia, foi feito um breve percurso histórico do tema e sua diferenciação teórica com a ortotanásia e a distanásia.

Foram apresentados conceitos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema estudado, percorrendo autores brasileiros e portugueses, bem como Tribunais do Brasil e de Portugal.

Após isto, foi feito, também, um breve decurso histórico dos direitos da personalidade, da sua ligação com a dignidade humana, suas características, diplomas normativos que os sustentam, bem como foi tratada da cláusula geral dos direitos da personalidade. Foi tratado também da dignidade humana, surgimento e percurso enquanto princípio e o seu conteúdo. Em seguida, foi feita uma compatibilização dos direitos da personalidade com a eutanásia, tendo em vista as suas características, conceituações e limitações. Foi tratada ainda da ligação entre o aborto legal e a eutanásia, bem como de institutos jurídicos já permitidos que se aproximam com o tema desta dissertação e poderiam servir de base argumentativa para uma eventual regulamentação da eutanásia.

Conclui-se que caso determinado ordenamento jurídico permita a eutanásia e ela se torne um direito, este direito poderia ser considerado um direito da personalidade constitucional e civilmente garantido, por ser reflexo da personalidade e da dignidade da pessoa humana. Assim, a eutanásia ostenta uma posição diferenciada no ordenamento jurídico e pode ser tratada de maneira qualificada. Logo, investigou-se sobre a possibilidade de configuração do direito à morte digna como essencial à dignidade da pessoa, ligada aos direitos da personalidade.

Percebeu-se que existe uma compatibilidade teórica entre os direitos da personalidade e a eutanásia, pois as características dos direitos da personalidade são compatíveis com as características da eutanásia. Soma-se a este argumento, a tratativa por lista aberta ou cláusula geral dos direitos da personalidade, possibilitando o ingresso de novos direitos no âmbito dos direitos da personalidade.

Trata-se de prática atualmente proibida no Brasil e em Portugal. Por isto, foi verificada à adequação social da desproibição penal e civil do tema, bem como a possibilidade de compatibilização constitucional da eutanásia, por técnicas neoconstitucionalistas, entre o instituto estudado e a Constituição vigente do Brasil e de Portugal. Verificou-se que técnicas de interpretação podem ajudar no deslinde do problema, a exemplo da interpretação propositiva. Foi feito um retrato de compatibilização da eutanásia com a possibilidade de

interpretação aberta da Constituição pela sociedade do Brasil e de Portugal, haja vista suas características. Concluiu-se que seria necessário um Poder Judiciário apto a captar precisamente as vontades sociais crescentes, como a ampliação das liberdades, bem como grande avanço social, especialmente nas tocantes as fontes de informação.

Conclui-se, ainda, que existe, de facto, um direito ou uma liberdade a pedir que se ponha termo à vida, quando esta perca qualidade em razão do sofrimento irreversível ou um direito contra a dor permanente e insuportável, mas sem que se trate diretamente, no presente momento, de um direito de personalidade.

Verificou-se também a melhor forma de informar a população sobre o tema e quebrar preconceitos, bem como formas do Estado interagir com a população e o terceiro setor para difundir o conhecimento sobre a eutanásia e seus desdobramentos. Foram apresentadas associações internacionais que já promovem tal divulgação e suas declarações. Foi tratado também da possibilidade de controle destas políticas públicas pelo Poder Judiciário.

Trata-se de um tema em constante evolução e que deve possuir novos contornos com o evoluir do pensamento da população dos países estudados e sua relação com os conceitos de vida e morte.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS E FONTES DOCUMENTAIS

### 6. FONTES DOCUMENTAIS

#### 6.1 – GERAL

##### a) Lei

**CÓDIGO Civil e legislação complementar.** 20ª ed. Lisboa: Quid Juris sociedade editora, 2015. ISBN 978-972-724-672-4.

**CÓDIGO Civil brasileiro e legislação complementar.** 67ª ed. São Paulo: Saraiva editora, 2016. ISBN 9788502635814.

**CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa: Lei Constitucional n.º 01/2005, de 12 de agosto.** 2ª ed. reimp. Lisboa: Quid Juris sociedade editora, 2012. ISBN 978-972-724-586-4.

**CONSTITUIÇÃO da República do Brasil: de 05 de outubro de 1988.** 52ª ed. reimp. São Paulo: Saraiva editora, 2016. ISBN 478-965-542-485-3.

#### 6.2 – ESPECÍFICA

**PARECER** sobre aspectos éticos dos cuidados de saúde relacionados com o final da vida: [Em Linha] (11/CNECV/95). Lisboa: Presidência do Conselho de Ministros, 1995.

**REGULAMENTO** n.º 14/2009. **Diário da República de Portugal** I Série N.º 8, (13/01/2009).

## BIBLIOGRAFIA

### 7.1 – GERAL

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Malheiros Editores. São Paulo, 2008.

AUAD, Denise. A perspectiva dinâmica do constitucionalismo. In: **Revista de direito constitucional internacional**, nº. 77, out./dez. 2011.

BARAK. Ahron - A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy. **Harvard Law review**. Cambridge, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva [Em Linha], 2009.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto, Teoria da norma jurídica. 2ª ed. EDIPRO, São Paulo. 2001, Pág. 23.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito Constitucional ao alcance de todos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAMPOS, Diogo Leite de - **A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador - ou a onnipotência do sujeito**. Revista da Ordem dos Advogados . Vol. III, Lisboa, 2006.

CAMPOS, Diogo Leite de - **Lições de direitos da personalidade**, 2.a ed reimp.,

Universidade de Coimbra, 1995 (Sep. do vol. LXVI (1990) do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra).

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição** 2002. 7 ed.

Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico.**

Trotta. Madrid, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos.** 2 ed.

Saraiva, 2001.

COSTA, Judith Martins - O direito privado como um "sistema em construção": as

cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS** . Porto Alegre, 1998.

DALY, Erin - Dignity Rights. University of Pennsylvania Press. Philadelphia: 2012.

DE CUPIS, Adriano. Os direitos da personalidade. 2ª ed, revisada. Lisboa: **Livraria Moraes,**

1961.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Trad. Nelson Boeira. São Paulo:

Martins Fontes, 2002.

GRAMSTRUP, Erik Frederico – Eutanásia: definição e classes. **Almedina.**

Coimbra, 2010.

GONÇALVES, Diogo - **Costa. Pessoa e direitos de personalidade: fundamentação ontológica da tutela.** Almedina. Coimbra, 2008.

- HABERMAS, Jurgen - **Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?**, en **Escritos sobre moralidad y eticidad**. Raidos, Barcelona, 1991.
- HAN, Byung-Chul - **La expulsión de lo distinto. Percepción y comunicación em la sociedad actual**. Herder Editorial, Barcelona, 2017.
- HESSE, Konrad. **Die Normative Kraft der Verfassung**. A força normativa da Constituição. Tradução Gilmar Mendes. Porto Alegre, 1991.
- JUNGES, José Roque. **A concepção kantiana de dignidade humana**. Revista Estudos Jurídicos da Unisinos. São Leopoldo, 2007.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa [Em Linha]: Edições 70, 1986.
- KAZIMI. Irene. **Políticas Públicas – Conceitos Básicos**. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015.
- KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- KLAUS, Frey - **POLÍTICAS PÚBLICAS: UM DEBATE CONCEITUAL E REFLEXÕES REFERENTES À PRÁTICA DA ANÁLISE DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL**. IPEA, Brasília, 1997.
- LEMOS, Rafael Diogo - **A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: CONTEÚDO, LIMITES E POSSIBILIDADES**. EGOV. UFSC. 2014.
- LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva [Em Linha], 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Em Apresentação ao trabalho de Konrad Hesse, A**

**Força Normativa da Constituição.** Freiburg: Universidade de Freiburg, 1959.

NEVES, Marcelo. (NÃO) SOLUCIONANDO PROBLEMAS CONSTITUCIONAIS:

TRANSCONSTITUCIONALISMO ALÉM DE COLISÕES. **Lua Nova**, São Paulo, 2014.

PENNA, Saulo Versiani. **Controle e implementação de políticas públicas no Brasil.** Belo

Horizonte: Fórum [Em Linha], 2011.

PITA, Manoel. **O direito geral da personalidade e os direitos especiais – Teoria Geral**

**do Direito Civil.** Lisboa: Faculdade de Direito Nova de Lisboa 2007.

PROENÇA, Carlos Carranho – TUTELA JURISDICCIONAL EFETIVA NO DIREITO

DA UNIÃO EUROPEIA DIMENSÕES TEORÉTICAS E PRÁTICAS. **Petrony** [Em linha]. Lisboa. 2017.

ROSEN, Michael - Dignity: its history and meaning. **Harvard University Press.**

Massachusetts, 2012.

ROYO-VILLANOVA, Morales. Concepto y definición de la eutanásia. Zaragoza: **La**

**Academia**, 1928.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Neoconstitucionalismo y ponderación judicial.** Lima:

Palestra Editores [Em Linha], 2002.

SANTOS, Sandra Cristina Patrício dos – **Eutanásia e suicídio assistido: O direito**

**e liberdade de escolha.** Coimbra: Universidade de Coimbra, 2011 [Em Linha]. 196 f.

Dissertação de Mestrado em História Contemporânea e Estudos Internacionais.

SARMENTO, Daniel - Direitos Fundamentais e relações privadas. **Lúmen Júris**. Rio de Janeiro:, 2003.

SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva; VENTURA, Deisy de Freitas Lima - Direito internacional público. **Saraiva**: São Paulo, 2015.

SERRANO, Pascual. Desinformação: como os meios de comunicação ocultam o mundo. **Espalhafato**, Rio de Janeiro 2010.

SEVILLA, San Isidoro de - Etimologias, I, 2ª edição, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1993.

SOUTO MAIOR, José, Borges - Curso de direito comunitário. Saraiva [Em linha] São Paulo, 2015.

TAYLOR, Mathew M. - O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. **Revista. Dados**, São Paulo, 2007.

TELLES JR, Goffredo. **Iniciação na Ciência do Direito**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008.

TINANT, Eduardo Luis. In **Antología para una Bioética jurídica**. Buenos Aires: La Ley [Em Linha], ISSN 0251-3420. N° 69. (Maio 2004).

TORRES. António Maria M. Pinheiro – O VALOR DA JUSTIÇA. **Coimbra editora** Coimbra, 2014.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS, 4a Secção, de 29 Abr. 2002, Processo 2346/2002, Relator: Mr M. Pellonpää, President.

VASCONCELOS, Pedro Pais de - Teoria Geral do Direito Civil, **Almedina**, Liboa, 2006.



## 7.2 – ESPECÍFICA

### a) Internet

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito.

O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In: **Jus**, nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.768-4. Relatora Ministra Cármen Lúcia.

Tribunal Pleno. In: **STF**. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491812>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 639337 AgR. Relator Ministro Celso de

Mello. Segunda Turma. [Em Linha] In: **STF**. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000179240&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet 3388. Relator Ministro Carlos Britto.

Tribunal Pleno. [Em Linha] In: **STF**. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Pet%242ESCLA%2E+E+3388%2ENUME%2E%29+OU+%28Pet%2EACMS%2E+ADJ2+3388%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a9vfyzn>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 592581. Relator Ministro Ricardo

Lewandowski. Tribunal Pleno. In: **STF**. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=592581&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

BRASIL, **ADI 3510/DF**, Relator Min. AYRES BRITTO, j. 29/05/2008, Tribunal

Pleno, DJe-096 27-05-2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 11/09/17.

BRASIL. Justiça Federal. **Enunciados aprovados I Jornada de Direito Civil**.

Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>. Acesso em: 10/11/2017.

CAMPOS, Diogo Leite de - O estatuto jurídico do nascituro. In **Revista do Instituto dos**

**Advogados de Minas Gerais**, 1999. Disponível em:

<http://jus.com.br/revista/texto/7547>. Acesso em 20 nov. 2018.

CAMPOS, Diogo Leite de - O DIREITO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE. In:

**Ordem dos Advogados** [Em linha]. Coimbra. (2004). [Consult. 14 Dez. 2017].

Disponível em: <http://www.oa.pt/upl/%7B7f3725e2-d544-4142-8f45-d3b6ff311355%7D.pdf> Acesso em 14 Dez. 2017.

CH Consulting, Mais de 80% dos jovens adultos portugueses são a favor da

eutanásia. MORTEASSISTIDA, 12 de outubro de 2017, disponível em:

<https://morteassistida.com/2017/10/12/mais-de-80-dos-jovens-adultos-portugueses-sao-a-favor-da-eutanasia/> Acesso em 24 de mar de 2017.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentença T-088/08. Relatoria de MANUEL JOSÉ

CEPEDA ESPINOSA. [Em Linha] In: CC. 2008. Disponível em:

<<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-088-08.htm>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

COSTA RICA. **Convenção americana de Direitos Humanos (1969)**. [Em Linha] Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 12/11/2017.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. In: **CIDH**. 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 05 jul. 2017.

FALCÃO. Rafael de Lucena. **A personalidade jurídica do nascituro**. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12463&revista\\_caderno=7](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12463&revista_caderno=7). Acesso em: 11/11/2016 *apud* SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. Acesso em 14 de mar de 2017

HESPAÑA, António Manuel - **O constitucionalismo monárquico português. Breve síntese**. In Revista da Universidade de Lisboa. Disponível em: [https://www.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/amh\\_MA\\_39014.pdf](https://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/amh_MA_39014.pdf)  
Acesso em 20 de nov de 2019

MOTA. Silva. **Docimasia hidrostática de Galeno**. Disponível em: <http://www.silviamota.com.br/enciclopediabiobio/verbetesbiobio/verb-docimasia.htm>. Acesso em: 11/11/2017.

PORTUGAL. STJ. Processo 436/07.6TBVRL.P1.S1. Data: 03/04/2014.

Unanimidade. [Em Linha] Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/28aff17cdabb90e880257cb00034dcc2?OpenDocument> Acesso em 14 de mar de 2017

PORTUGAL. STJ. 57/11.9TVLSB.L1-7. Data: 29/04/2014. Unanimidade. [Em linha]

Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/28aff17cdabb90e880257cb00034dcc2?OpenDocument> Acesso em 14 de mar de 2017

STANCIOLLI, Brunello Souza. **Sobre os Direitos da Personalidade no novo**

**Código Civil brasileiro.** Disponível em

[http://www.hottopos.com/videtur27/brunello.htm#\\_ftn1](http://www.hottopos.com/videtur27/brunello.htm#_ftn1). Acesso em 09/11/2017.

TEPENDINO, Gustavo. 2004 *apud* DOYLE, Cristiana Martins. Os Direitos de

Personalidade e sua taxatividade. **Jurisway.** Disponível em:

[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=5782](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5782). Acesso em: 05/04/2018