



UNISUL

UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

FERNANDA FREITAS

**HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: A (IM)POSSIBILIDADE DE
RELATIVIZAÇÃO DE CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
FRENTE À AUTONOMIA DA VONTADE DO INDIVÍDUO**

Palhoça

2018

FERNANDA FREITAS

**HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: A (IM)POSSIBILIDADE DE
RELATIVIZAÇÃO DE CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
FRENTE À AUTONOMIA DA VONTADE DO INDIVÍDUO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito, da Universidade do Sul de Santa
Catarina, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Giglione Zanela Maia, MSc.

Palhoça
2018

FERNANDA FREITAS

**HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: A (IM)POSSIBILIDADE DE
RELATIVIZAÇÃO DE CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
FRENTE A AUTONOMIA DA VONTADE DO INDIVÍDUO**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Palhoça, 03 de dezembro de 2018.



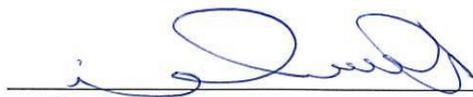
Prof. e orientador GIGLIONE EDITE ZANELA MAIA, MSC.

Universidade do Sul de Santa Catarina



Prof. PEDRO ADILÃO FERRARI JUNIOR, MSC.

Universidade do Sul de Santa Catarina



Prof. DAGLIÊ COLAÇO, ESP.

Universidade do Sul de Santa Catarina

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: A (IM)POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DE CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS FRENTE À AUTONOMIA DA VONTADE DO INDIVÍDUO

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca deste Trabalho de Conclusão de Curso.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Palhoça, 03 de dezembro de 2018.



FERNANDA FREITAS

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por ter permitido que eu alcançasse meus objetivos.

Agradeço aos meus pais, Ronaldo Freitas e Gilca Mercês Freitas, pela dedicação e incentivo durante toda essa caminhada.

Agradeço ao meu namorado, Gustavo Henrique Botelho, pelo apoio incondicional, compreensão e paciência nessa jornada.

Agradeço ao meu tio, Rodrigo Freitas, por ter me auxiliado na conclusão de minha graduação.

Agradeço à minha orientadora, Giglione Zanela Maia, pelo empenho e paciência em sua orientação.

Por fim, agradeço a todos os meus amigos e familiares, por estarem ao meu lado nesse período.

A todos vocês, o meu amor e agradecimento.

“Tudo está fluindo. O homem está em permanente reconstrução; por isto é livre. Liberdade é o direito de transformar-se.” Lauro de Oliveira Lima

RESUMO

Este trabalho monográfico foi desenvolvido com o objetivo geral de identificar a possibilidade, ante as premissas da hermenêutica constitucional, de relativização das características dos direitos fundamentais frente ao princípio da autonomia da vontade do indivíduo. Os objetivos específicos da presente pesquisa são: a) contextualizar os direitos fundamentais do indivíduo e conceituar o princípio da dignidade da pessoa humana; b) apresentar acerca da hermenêutica constitucional no Brasil; c) estudar a autonomia da vontade do indivíduo e sua influência na relativização dos direitos fundamentais. A pesquisa possui método de abordagem dedutivo, de natureza qualitativa e procedimento monográfico. Para viabilizar o alcance de conclusões acerca da presente temática, inicialmente, são apresentadas as características e dimensões dos direitos fundamentais, que são normas jurídicas ligadas à ideia de limitação do poder estatal e dignidade da pessoa humana. Após, é analisada a hermenêutica constitucional, com enfoque nos métodos clássicos de interpretação da Constituição, além da autonomia da vontade do indivíduo, que garante a liberdade e a autodeterminação da pessoa humana. Por fim, são analisados os institutos do testamento vital e do aborto de fetos anencéfalos, para se chegar à conclusão de que há, ainda que de forma controvertida, a possibilidade de relativização de características dos direitos fundamentais ante a autonomia da vontade do indivíduo.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Hermenêutica constitucional. Autonomia da vontade.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	14
2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	14
2.2 AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	18
2.2.1 Direitos fundamentais da 1ª dimensão	18
2.2.2 Direitos fundamentais da 2ª dimensão	19
2.2.3 Direitos fundamentais da 3ª dimensão	20
2.2.4 Direitos fundamentais da 4ª dimensão	21
2.2.5 Direitos fundamentais da 5ª dimensão	22
2.3 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	23
2.4 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	25
3 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E AUTONOMIA DA VONTADE DO INDIVÍDUO	30
3.1 DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL	30
3.1.1 Métodos clássicos de interpretação constitucional	33
3.1.1.1 Interpretação gramatical ou literal.....	34
3.1.1.2 Interpretação histórica	34
3.1.1.3 Interpretação lógica	35
3.1.1.4 Interpretação teleológica	36
3.2 DA AUTONOMIA DA VONTADE DO INDIVÍDUO	37
3.2.1 Princípio da Liberdade do Indivíduo	40
3.2.2 Dos Direitos da Personalidade	42
4 DA (IM)POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DE CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS FRENTE À AUTONOMIA DA VONTADE DO INDIVÍDUO	47
4.1 DA RELATIVIZAÇÃO DE CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	47
4.2 ANÁLISE DE CASOS ENVOLVENDO A MITIGAÇÃO DE CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	51

4.2.1 Testamento Vital	52
4.2.2 Aborto de fetos anencéfalos	60
5 CONCLUSÃO	67
REFERÊNCIAS	71

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, diversas são as discussões jurídicas e sociais envolvendo um embate entre os direitos fundamentais do indivíduo e a autonomia da vontade humana. Exemplo claro dessa situação, é o caso da marcha das mulheres em defesa da descriminalização do aborto, que ainda é punido no Brasil, em decorrência da defesa da vida do feto.

Nesse sentido, em virtude dos entendimentos contrários quanto aos direitos que devem prevalecer no caso concreto, quando da necessidade de ponderação entre direitos fundamentais e a autonomia da vontade humana, muitos são os indivíduos que se sentem intimamente violados, ao passo que não tem respeitada a sua capacidade de autodeterminação.

Diante desse cenário, seguindo a linha de pesquisa justiça e sociedade, o presente trabalho parte da seguinte problemática: Há possibilidade, com base nas premissas da hermenêutica constitucional, de relativização das características dos direitos fundamentais frente ao princípio da autonomia da vontade do indivíduo?

Partindo desse raciocínio, o objetivo geral da pesquisa é identificar a possibilidade, ante as premissas da hermenêutica constitucional, de relativização das características dos direitos fundamentais frente ao princípio da autonomia da vontade do indivíduo.

Por sua vez, os objetivos específicos resumem-se em:

- a) contextualizar os direitos fundamentais do indivíduo e conceituar o princípio da dignidade da pessoa humana;
- b) apresentar os aspectos principais da hermenêutica constitucional no Brasil;
- c) estudar a autonomia da vontade do indivíduo e sua influência na relativização dos direitos fundamentais.

Quanto aos procedimentos metodológicos, a pesquisa possui método de abordagem dedutivo, uma vez que parte do conceito de direitos fundamentais, para alcançar a possibilidade de relativização de características desses direitos frente à autonomia da vontade do indivíduo. Ademais, a técnica de abordagem utilizada na pesquisa é a bibliográfica exploratória, que compreende o estudo de doutrinas, legislações vigentes, artigos especializados, em meio físico e eletrônico, bem como

resoluções. Por fim, o método de procedimento utilizado é o monográfico, de natureza qualitativa.

No que diz respeito à estruturação do presente trabalho, têm-se como elementos textuais, além da introdução e da conclusão, três capítulos de desenvolvimento.

O primeiro capítulo contextualiza os direitos fundamentais, apresentando acerca de sua evolução histórica, suas principais características, além das cinco dimensões de direitos fundamentais hoje reconhecidas. Ademais, em tal capítulo, são verificados os aspectos do princípio da dignidade da pessoa humana.

O segundo capítulo, por sua vez, apresenta acerca da hermenêutica constitucional, dando enfoque aos métodos clássicos de interpretação da Constituição, quais sejam: gramatical ou literal; histórico; lógico e teleológico. Outrossim, neste capítulo, são apresentados os aspectos gerais da autonomia da vontade humana, com ênfase no princípio da liberdade do indivíduo e nos direitos da personalidade.

Por fim, no terceiro e último capítulo de desenvolvimento, é abordada a possibilidade, ou não, de relativização de características dos direitos fundamentais frente à autonomia da vontade do indivíduo, com ênfase no estudo dos institutos do testamento vital e do aborto de fetos anencéfalos.

2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Iniciar-se-á este capítulo com uma breve exposição acerca da evolução histórica dos direitos fundamentais, dando-se maior ênfase às particularidades destes direitos na Constituição Federal de 1988. Em seguida, serão apresentadas as dimensões dos direitos fundamentais, assim como os conceitos e suas principais características.

Por fim, neste capítulo, apresentar-se-ão as noções gerais acerca do princípio da dignidade da pessoa humana.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A maioria dos autores sustenta que os direitos fundamentais possuem uma longa história. Inclusive, há quem vislumbre suas primeiras manifestações no direito da Babilônia desenvolvido por volta do ano 2.000 a.C. Ademais, há quem os reconheça no direito da Grécia Antiga e da Roma Republicana.¹

Ao entendimento de Alexandre de Moraes, contudo, a origem dos direitos individuais ocorreu no terceiro milênio a.C., na Mesopotâmia e no antigo Egito, onde já eram previstos mecanismos de proteção individual em relação ao Estado. O Código de Hammurabi (1.690 a.C), para o autor, talvez tenha sido a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos, tais como a vida, a propriedade, a honra, a família e a dignidade, prevendo, da mesma forma, a supremacia das leis em relação aos governantes. Entretanto, foi o Direito Romano quem elaborou um complexo mecanismo de interditos objetivando tutelar os direitos individuais em relação aos arbítrios provenientes do Estado. Inclusive, a Lei das Doze Tábuas pode ser considerada a origem dos textos escritos que previam a liberdade, o direito à propriedade e a proteção dos direitos do cidadão.²

Contudo, esse entendimento não é partilhado por Kildare Gonçalves Carvalho, que não hesita em afirmar que inexistiram, na antiguidade romana e grega, as ideias de liberdade e dignidade. Para o autor, os direitos individuais,

¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018. p. 23.

² MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 6.

oponíveis ao Estado e inerentes ao homem, surgiram apenas no final do século XVIII, com as declarações de direitos da França e dos Estados Unidos.³

De outro lado, entende Alexandre de Moraes que, nesse período, ou seja, a partir do terceiro quarto do século XVIII até meados do século XX, ocorreu o forte desenvolvimento das declarações de direitos humanos fundamentais, direitos esses, entretanto, que já eram previstos em codificações de séculos anteriores.⁴

É oportuno aqui dizer que a Revolução Francesa de 1789 foi a responsável por atribuir o caráter de universalidade aos direitos fundamentais, pois as declarações de direito eram fundadas em bases puramente teóricas e filosóficas.⁵

Nesse sentido, a consagração normativa dos direitos humanos fundamentais coube à França quando, em 26 de agosto de 1789, por meio da Assembleia Nacional, promulgou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, com dezessete artigos. Ademais, dentre as inúmeras previsões, cabe destacar os seguintes direitos humanos fundamentais: princípio da igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação política, princípio da legalidade, princípio da reserva legal e anterioridade em matéria penal, princípio da presunção de inocência; liberdade religiosa, livre manifestação de pensamento.⁶

A contribuição francesa, portanto, foi decisiva para o processo de constitucionalização e reconhecimento de direitos e liberdades fundamentais nas Constituições do século XIX.⁷

No cenário nacional, a Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, previa um extenso rol de direitos humanos fundamentais, consagrando direitos e garantias individuais, tais como igualdade, liberdade religiosa, liberdade de locomoção, abolição da tortura, direito de propriedade, entre outros. Ademais, a 1ª Constituição Republicana de 1891 repetiu o rol dos direitos fundamentais

³ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 477.

⁴ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 7.

⁵ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 478.

⁶ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 9.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 64.

consagrados pela Carta de 1824, e acrescentou outras garantias, com destaque para a ampla defesa, o habeas corpus e abolição da pena de morte. E essa tradição de prever um capítulo para os direitos individuais foi mantida pelas Constituições de 1934, 1937 e 1946.⁸

Contudo, apenas com a Constituição de 1988 tornou-se possível afirmar que, pela primeira vez no constitucionalismo pátrio, os direitos fundamentais foram tratados com a merecida relevância.⁹

Isso, porque, desde a promulgação da Constituição de 1988, houve uma profunda mudança de paradigma na forma de encarar o direito. É certo e consabido que o direito brasileiro, tradicionalmente, sempre foi conservador e formalista, prevalecendo o legalismo dos códigos em detrimento dos valores de justiça e da vontade de realizar os princípios constitucionais. Entretanto, a partir da Constituição cidadã, o ordenamento jurídico brasileiro passou a comprometer-se com os direitos fundamentais e com a mudança social.¹⁰

A Constituição de 1988 classifica os direitos e garantias fundamentais em: direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais, direitos da nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos.¹¹

Os direitos individuais e coletivos correspondem aos direitos diretamente ligados ao conceito de pessoa humana e da sua personalidade, merecendo destaque o direito à vida, à dignidade, à honra e à liberdade. Eles estão previstos, basicamente, no artigo 5º da Constituição Federal.¹²

A nacionalidade é o vínculo jurídico político que liga um indivíduo a certo Estado, fazendo deste indivíduo um componente do povo.¹³

⁸ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 13-14.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 64.

¹⁰ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016. Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597006193/cfi/6/261/4/54@0:44.2>>. Acesso em: 27 set. 2018. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

¹¹ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 312.

¹² MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 23.

¹³ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 503.

Os direitos sociais caracterizam-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes e a concretização da igualdade social.¹⁴

Os direitos políticos são direitos públicos subjetivos fundamentais conferidos aos cidadãos, para que participem da vida política do Estado, quando realizado o devido alistamento eleitoral. Eles asseguram ao indivíduo a participação no processo político e nos órgãos governamentais, a exemplo da participação em eleições, plebiscitos, entre outros atos da vida política.¹⁵

Outrossim, a Constituição Federal regulamentou os partidos políticos como um instrumento necessário e importante para a preservação do Estado Democrático de Direito, assegurando-lhes, para o fim de concretizar o sistema representativo, autonomia e plena liberdade de atuação.¹⁶

Ademais, um aspecto de grande importância no que concerne aos direitos fundamentais na Constituição de 1988, diz respeito ao fato de ela ter sido precedida de um período completamente autoritário, resultado da ditadura militar que vigorou no Brasil por vinte e um anos. Portanto, a relevância atribuída aos direitos fundamentais, o reforço de seu regime jurídico e a configuração do seu conteúdo, são frutos da reação do constituinte, e das forças políticas e sociais que nele recaíam. Por isso, os direitos fundamentais foram positivados logo no início da Constituição.¹⁷

Nesse sentido, verificada a evolução histórica percorrida pelos direitos fundamentais, tanto no cenário internacional, como no Brasil, passa-se à análise das dimensões desses direitos.

¹⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018. Disponível em: <<https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/1722-Direito-Constitucional-Alexandre-de-Moraes-2018.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2018.

¹⁵ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 517.

¹⁶ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 24.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 45.

2.2 AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Dentre os mais variados critérios, costuma-se classificar os direitos fundamentais em gerações de direitos, ou, de acordo com o que prefere a doutrina mais atual, dimensões dos direitos fundamentais, pois, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão gerações pode levar à falsa impressão de substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual, atualmente, prefere-se o uso do termo dimensões de direito fundamentais.¹⁸

Nesse sentido, em seguida, apresentar-se-ão as principais dimensões dos direitos e das garantias fundamentais.

2.2.1 Direitos fundamentais da 1ª dimensão

Nas revoluções liberais desencadeadas no final do século XVIII, a principal reivindicação da burguesia era relacionada à limitação dos poderes estatais, com conseqüente respeito às liberdades individuais.¹⁹

Nesse sentido, os direitos fundamentais da 1ª dimensão, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto do pensamento liberal-burguês do século XVIII, motivo pelo qual possuem notório cunho individualista. Ademais, eles surgiram e firmaram-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção estatal e uma esfera de autonomia individual da população.²⁰

Ou seja, os direitos fundamentais passaram a prestigiar as cognominadas prestações negativas, as quais geravam um dever de não fazer por parte do Estado,

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 45.

¹⁹ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 282.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 46-47.

com vistas à preservação do direito à liberdade de locomoção, de expressão, de religião, dentre outras garantias.²¹

Ademais, os direitos fundamentais da 1ª dimensão têm como titular o indivíduo, além de que são oponíveis ao Estado e traduzem-se como faculdades da pessoa. Ainda, possuem como traço mais característico a sua subjetividade, sendo, portanto, direitos de resistência ou de oposição frente ao Estado.²²

Ou seja, os direitos defendidos nessa dimensão, cuidam da proteção das liberdades públicas.²³

Tais aspectos deixam claro, portanto, que os direitos de primeira geração valorizam primeiro o homem singular, ser das liberdades abstratas, homem da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil.²⁴

Sendo assim, demonstradas as peculiaridades dos direitos fundamentais de primeira dimensão, que prezam pela autonomia do indivíduo frente ao Estado, passa-se à análise da segunda geração de direitos.

2.2.2 Direitos fundamentais da 2ª dimensão

O impacto gerado pela industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, assim como a constatação de que a consagração formal da liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando grandiosos movimentos reivindicatórios, com conseqüente reconhecimento de direitos que atribuíam, ao Estado, um comportamento ativo na realização da justiça social.²⁵

A Primeira Guerra Mundial acarretou uma estagnação social e econômica, intensificando a desigualdade social. A partir daí, surgiu a necessidade de participação estatal na diminuição dos problemas sociais e na busca incessante à igualdade. Desse modo, o Estado precisou implementar políticas sociais de saúde,

²¹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 529.

²² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 578.

²³ BAHIA, Flávia. **Direito Constitucional**. 3. ed. Recife: Armador, 2017. p. 110.

²⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 578.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 47.

assistência e educação, que, caso não cumpridas, poderiam ser exigidas ao Estado, pelos próprios indivíduos.²⁶

Sobre o tema, dispõe Flavia Bahia:

Sob a inspiração da Constituição Mexicana de 1917, a Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, de 1918, e a Constituição de Weimar, de 1919, nasce a denominada segunda dimensão de direitos fundamentais, que traz proteção aos direitos sociais, econômicos e culturais, em que do Estado não mais se exige uma abstenção, mas, ao contrário, impõe-se a sua intervenção, visto que a liberdade do homem sem a sua participação não é protegida integralmente. Essa necessidade de prestação positiva do Estado corresponderia aos chamados direitos sociais dos cidadãos, direitos que transcendem a individualidade e alcançam um caráter econômico e social, com o objetivo de garantir a todos melhores condições de vida. Nesse diapasão, seriam exemplos clássicos desses direitos: o direito à saúde, ao trabalho, à assistência social, à educação e os direitos dos trabalhadores.²⁷

Portanto, o tema central da segunda dimensão de direitos é o bem estar e a igualdade, impondo ao Estado uma prestação positiva, no sentido de fazer algo de natureza social em favor do homem.²⁸

Verificadas as garantias conferidas pela segunda dimensão de direitos fundamentais, notadamente a igualdade, passa-se ao estudo dos direitos de terceira dimensão.

2.2.3 Direitos fundamentais da 3ª dimensão

Os direitos fundamentais de terceira dimensão podem ser considerados uma resposta ao fenômeno da poluição das liberdades, que caracteriza um processo de erosão e degradação sofrido pelos direitos e liberdades fundamentais, principalmente em decorrência do uso de novas tecnologias. Nessa perspectiva, assume especial relevância, o direito ao meio ambiente e à qualidade de vida, bem como o direito de informática.²⁹

²⁶ VASCONCELOS, Clever. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 128.

²⁷ BAHIA, Flavia. **Direito Constitucional**. 3. ed. Recife: Armador, 2017. p. 110.

²⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 529.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 49.

De acordo com Clever Vasconcelos, os direitos da 3ª dimensão visam proteger a sociedade como um todo, ou seja, vão além do indivíduo em sua particularidade. Na lição deste autor, tais direitos:

Afirmam a necessidade de proteção a direitos que transcendem o indivíduo, visando salvaguardar a sociedade como um todo. Dai a necessidade de defesa do meio ambiente, do patrimônio público, do consumidor, progresso da tecnologia, enfim. Trata-se, portanto, da proteção do corpo social. Fraternidade, ou solidariedade. Autodeterminação dos povos. Direitos coletivos e difusos. Direito do consumidor, meio ambiente saudável. Preservação do patrimônio histórico da sociedade. A defesa da pena de morte estaria enquadrada em um direito de terceira geração, pois há a prevalência do social em nome do individual.³⁰

Nesse sentido, analisados os direitos de terceira dimensão, também conhecidos como direitos da fraternidade, passa-se à análise da quarta geração de direitos fundamentais.

2.2.4 Direitos fundamentais da 4ª dimensão

O tempo em que estamos vivendo revela alterações no comportamento e na vida da sociedade. Nesse contexto, os direitos sociais das minorias, os direitos econômicos e os direitos individuais e coletivos, passaram a conviver com outros de notória importância e envergadura.³¹

Sendo assim, atualmente há uma tendência ao reconhecimento de uma quarta dimensão de direitos fundamentais.³²

Sobre o tema, Paulo Bonavides entende que, a globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, inclusive, correspondem à derradeira fase de institucionalização de um Estado social. Entende o autor, ainda, que são direitos de quarta dimensão o direito à informação, ao pluralismo e à democracia, e deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual o mundo parece se inclinar em todas as suas relações de convivência.³³

³⁰ VASCONCELOS, Clever. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 128.

³¹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 530.

³² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 50.

³³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 585.

Outrossim, Uadi Lammêgo Bulos acrescenta que também fazem parte dos direitos de quarta dimensão, àqueles relativos à saúde, biociências, alimentos transgênicos, eutanásia, clonagens, *softwares*, dentre outros acontecimentos ligados à engenharia genética.³⁴

Nesse sentido, tão somente com os direitos de quarta geração será legítima e possível a globalização política.³⁵

Expostas as peculiaridades dos direitos de quarta dimensão, passa-se ao estudo da quinta dimensão de direitos fundamentais.

2.2.5 Direitos fundamentais da 5ª dimensão

Atualmente, existe muita discussão quanto à classificação do direito à paz, que, para muitos doutrinadores, integra a designada terceira dimensão de direitos fundamentais.³⁶

Contudo, tal entendimento não é partilhado por Paulo Bonavides, que entende que o direito à paz deve ser tratado em dimensão autônoma, chegando a afirmar que a concepção de paz, no âmbito da normatividade jurídica, configura um dos mais notáveis progressos já alcançados pela teoria dos direitos fundamentais.³⁷

Inclusive, sobre o tema, se manifesta Uadi Lammêgo Bulos, dispondo:

No Brasil, o direito fundamental à paz é um corolário do mandamento inculcado no art. 4º, IV, da Constituição de 1988. Sua força normativa é tamanha que condiciona a exegese de inúmeros princípios e preceitos jurídicos, a começar pelo princípio do Estado Democrático de Direito, entampado [sic] no art. 1º de nossa Carta Magna, pois, onde inexistir a paz, a democracia estará, no mínimo, abalada.³⁸

Tudo isso decorre da ideia de que o direito à paz está se deslocando a um patamar superior, onde, cabeça de uma geração de direitos fundamentais, sua visibilidade fica incomparavelmente maior. Outrossim, a paz é pressuposto

³⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018. p. 530.

³⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 586-587.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 51.

³⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 594.

³⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018. p. 531.

qualitativo da convivência humana, elemento de conservação da espécie, garantindo a segurança dos direitos e, tal dignidade apenas se logra, mediante a elevação autônoma da paz a direito de quinta geração.³⁹

Nesse sentido, verificadas as particularidades das cinco dimensões de direitos fundamentais, passa-se à análise do conceito e das principais características destes direitos.

2.3 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A expressão “direitos fundamentais” surgiu na França, durante o movimento político e cultural que originou a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.⁴⁰

Os direitos fundamentais são normas jurídicas ligadas à ideia de limitação do poder estatal e dignidade da pessoa humana, positivadas no plano da constituição de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua relevância axiológica, legitimam e fundamentam o ordenamento jurídico pátrio.⁴¹

De acordo com Alexandre de Moraes:

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como direitos humanos fundamentais.⁴²

Portanto, tem-se que os direitos fundamentais extraem sua força do princípio da soberania popular e da regência de bens inatos aos indivíduos, que são essenciais à sobrevivência humana, limitando, portanto, a atuação estatal. Assim, tem-se que tais direitos tratam de disposições inseridas em determinado

³⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 598-599.

⁴⁰ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 277.

⁴¹ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597006193/cfi/6/26!/4/54@0:44.2>>. Acesso em: 27 set. 2018. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

⁴² MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 20.

ordenamento jurídico que reconhecem e garantem o mínimo existencial ao ser humano, rechaçando os abusos praticados pelas autoridades públicas.⁴³

Apesar de inexistir um consenso acerca da diferença entre os direitos fundamentais e os direitos humanos, a distinção mais aceita na doutrina brasileira é no sentido de que ambos, com o intuito primordial de proteger e promover a dignidade da pessoa humana, abrangem direitos relacionados à liberdade, entretanto, são positivados em planos distintos. Enquanto os direitos humanos estão consagrados em tratados e convenções internacionais (plano internacional), os direitos fundamentais estão previstos na Constituição de cada país (plano interno), podendo o seu conteúdo e conformação variar de acordo com cada Estado.⁴⁴

Ademais, de acordo com José Afonso da Silva, os direitos fundamentais assumiram o caráter concreto de normas positivas constitucionais, ou seja, são direitos constitucionais, na medida em que se inserem no texto de uma constituição ou mesmo constem de simples declaração solenemente estabelecida pelo poder constituinte. São direitos, portanto, que nascem e se fundamentam no princípio da soberania popular.⁴⁵

Entre as principais características dos direitos fundamentais, cumpre destacar a: imprescritibilidade, inalienabilidade ou indisponibilidade, inviolabilidade, universalidade, concorrência, complementaridade, historicidade, relatividade ou limitabilidade e irrenunciabilidade.⁴⁶

Os direitos humanos fundamentais são imprescritíveis, pois não se perdem pelo decurso do tempo. São inalienáveis, pois inexistente a possibilidade de transferência a outrem, seja a título gratuito, seja a título oneroso. São invioláveis, porque não podem ser desrespeitados por determinações infraconstitucionais ou por atos de autoridades públicas, sob pena de responsabilização civil, administrativa e criminal.⁴⁷

⁴³ VASCONCELOS, Clever. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 128.

⁴⁴ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 277.

⁴⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 181-182.

⁴⁶ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 281.

⁴⁷ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 22.

O caráter de historicidade é atribuído aos direitos fundamentais, porquanto eles surgem e se desenvolvem conforme o momento histórico. Ou seja, há possibilidade de alteração de seu sentido e conteúdo, ao longo do tempo. Ademais, tais direitos são considerados relativos ou limitados, ao passo que encontram limitações em outros direitos constitucionais consagrados, motivo pelo qual não podem ser considerados absolutos.⁴⁸

De mais a mais, Alexandre de Moraes leciona que os direitos fundamentais são universais, visto que abrangem todos os indivíduos, independente de sua nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção político-filosófica. Ainda, possuem a característica da complementariedade, pois não devem ser interpretados isoladamente, mas sim de forma conjunta com a finalidade de alcance dos objetivos previstos pelo legislador constituinte.⁴⁹

Já a característica da irrenunciabilidade está ligada ao fato de que não se deve admitir a renúncia ao núcleo substancial de um direito fundamental.⁵⁰

Por fim, ressalta-se que os direitos fundamentais são concorrentes, ou seja, é possível o acúmulo de mais de um direito fundamental em um mesmo titular.⁵¹

Nessa ótica, analisado o conceito e as principais características dos direitos fundamentais, passa-se ao estudo do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

2.4 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade, por si só, não é um direito, e sim uma qualidade intrínseca a todo ser humano. Sendo assim, a dignidade não pode ser considerada como algo relativo, ela é absoluta, total e indestrutível. Contudo, o fato de a dignidade possuir caráter absoluto, ou seja, não comportar gradações no sentido de existirem indivíduos com mais ou menos dignidade, não significa que o princípio da dignidade

⁴⁸ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 281.

⁴⁹ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 22.

⁵⁰ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 281.

⁵¹ VASCONCELOS, Clever. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 125.

humana seja absoluto, pois, apesar de possuir peso elevado na ponderação, o seu cumprimento ocorre em diversos graus, sempre tomando por base as possibilidades fáticas e jurídicas existentes no caso concreto.⁵²

Acerca do tema, dispõe Luís Roberto Barroso:

A dignidade da pessoa humana, na sua acepção contemporânea, tem origem *religiosa*, bíblica: o homem feito à imagem e semelhança de Deus. Com o Iluminismo e a centralidade do homem, ela migra para a *filosofia*, tendo por fundamento a razão, a capacidade de valoração moral e autodeterminação do indivíduo. Ao longo do século XX, ela se torna um objetivo *político*, um fim a ser buscado pelo Estado e pela sociedade. Após a 2ª. Guerra Mundial, a idéia de dignidade da pessoa humana migra paulatinamente para o mundo *jurídico*, em razão de dois movimentos. O primeiro foi o surgimento de uma cultura pós-positivista, que reaproximou o Direito da filosofia moral e da filosofia política, atenuando a separação radical imposta pelo positivismo normativista. O segundo consistiu na inclusão da dignidade da pessoa humana em diferentes documentos internacionais e Constituições de Estados democráticos.⁵³ (grifo do autor).

O conceito de dignidade da pessoa humana, pois, foi composto paulatinamente, em virtude de diversas circunstâncias históricas, concretizando um dos principais direitos inerentes à espécie humana.⁵⁴

Sobre o avanço do reconhecimento da dignidade da pessoa humana, disciplina Marcelo Novelino:

O reconhecimento e a proteção da dignidade da pessoa humana pelas constituições em diversos países ocidentais tiveram um vertiginoso aumento após a Segunda Guerra Mundial, como forma de reação às práticas ocorridas durante o nazismo e o fascismo e contra o aviltamento desta dignidade praticado pelas ditaduras ao redor do mundo. A escravidão, a tortura e, derradeiramente, as terríveis experiências feitas pelos nazistas com os seres humanos, fizeram despertar a consciência sobre a necessidade de proteção da pessoa, com o intuito de evitar sua redução à condição de mero objeto. A partir do início da década de 1990, com a queda do comunismo, a dignidade foi consagrada também em diversos textos constitucionais de países do leste europeu.⁵⁵

⁵² NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 262.

⁵³ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. Disponível em: <http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 19 out. 2018.

⁵⁴ AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p.155.

⁵⁵ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 261-262.

Desta feita, a reação à barbárie imposta pelo nazismo e pelo fascismo, em geral, levou, no pós-guerra, à consagração da dignidade da pessoa humana tanto no plano interno como internacional, como valor máximo dos ordenamentos jurídicos e como princípio orientador da atuação do Estado e dos organismos internacionais.⁵⁶

Seguindo essa perspectiva, a dignidade da pessoa humana tornou-se, ao final da Segunda Guerra Mundial, um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental, ao passo que passou a ser mencionada em diversos documentos internacionais, em constituições, leis e decisões judiciais.⁵⁷

No cenário nacional, a Constituição da República Federativa do Brasil estabelece que um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito é a dignidade da pessoa humana. Além disso, o texto constitucional afirma que toda ação econômica tem o fim de assegurar a todos uma existência digna.⁵⁸

Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana, consagrada no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, desempenha um papel de proeminência entre os fundamentos do Estado brasileiro. Ela é considerada o valor constitucional supremo e, enquanto tal, deve servir como diretriz para a elaboração, aplicação e interpretação das normas que compõem a ordem jurídica em geral, e, em particular, o sistema dos direitos fundamentais.⁵⁹

A dignidade humana é um valor fundamental. Desta feita, em virtude de os valores ingressarem no mundo do direito assumindo, usualmente, a forma de princípios, a dignidade, portanto, é considerada um princípio de *status* constitucional. Como valor e princípio, a dignidade humana funciona tanto como uma justificação moral quanto como um fundamento normativo para os direitos fundamentais.⁶⁰

A partir dessas considerações, torna-se possível afirmar que a dignidade humana, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, possui uma tripla

⁵⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 131.

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/a_morte_como_ela_e_dignidade_e_autonomia_no_final_da_vida.pdf>. Acesso em: 19 out. 2018.

⁵⁸ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 77.

⁵⁹ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 261.

⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 289.

dimensão normativa, ou seja, por meio da interpretação do dispositivo constitucional que a consagra, é possível extrair três espécies de normas distintas: a) metanorma: que atua como diretriz a ser observada na criação e interpretação de outras normas, ou seja, é elemento informador do desenvolvimento do conteúdo constitucional; b) princípio: que impõe aos poderes públicos o dever de proteção da dignidade da pessoa humana, além da promoção de valores, utilidades e bens indispensáveis a uma vida digna; c) regra: que determina o dever de respeito à dignidade, pelo Estado e por terceiros, no sentido de impedir tratamento degradante para com o ser humano.⁶¹

Assim, de acordo com André de Carvalho Ramos:

[...] a dignidade humana consiste na qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o protege contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa, bem como assegura condições materiais mínimas de sobrevivência. Consiste em atributo que todo indivíduo possui, inerente à sua condição humana, não importando qualquer outra condição referente à nacionalidade, opção política, orientação sexual, credo etc.⁶²

Seguindo essa perspectiva, a sua consagração como fundamento do Estado não significa a atribuição de dignidade às pessoas, mas sim, a imposição aos poderes públicos dos deveres de respeito, proteção e promoção dos meios necessários a uma vida digna. O dever de respeito impede a realização de condutas atentatórias à dignidade humana, sendo, portanto, uma obrigação de abstenção por parte do Estado e, conseqüentemente, dos demais indivíduos. O dever de proteção, de outro lado, exige uma ação positiva do ente público, notadamente na defesa da dignidade contra qualquer espécie de violação, inclusive por parte de terceiros. Já o dever de promoção, impõe a adoção de medidas que viabilizem o acesso às utilidades e bens indispensáveis a uma vida digna.⁶³

O princípio da dignidade da pessoa humana é voltado a todos, indistintamente, ao passo que a dignidade é um atributo de toda e qualquer pessoa, uma prerrogativa do ser humano de ser respeitado, de poder fruir de um âmbito

⁶¹ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 264.

⁶² RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 78.

⁶³ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 263-264.

existencial próprio. Sendo atributo de todo ser humano, não existe uma classe de indivíduos que não pode ser destinatária de tal princípio.⁶⁴

Ademais, a dignidade humana representa um complexo de direitos inerentes ao homem, sem os quais a espécie humana se transformaria em coisa. Eles envolvem o direito à vida, ao lazer, à educação, à cultura e ao trabalho, os quais devem ser propiciados pelo Estado.⁶⁵Inclusive, a dignidade da pessoa humana, assim como o direito à vida, são os principais limitadores da autonomia e da autodeterminação do indivíduo.⁶⁶

Diante das informações aqui exaradas, tem-se que os direitos fundamentais, e suas dimensões, buscam conferir ao ser humano um mínimo existencial, sendo, portanto, imprescindíveis para garantir ao indivíduo, uma vida com dignidade.

Nesse sentido, passa-se, no capítulo seguinte, à análise dos aspectos da hermenêutica constitucional e da autonomia da vontade do indivíduo.

⁶⁴ EMERIM, Chesman. Dignidade da pessoa humana: uma resposta pendente do Estado ao criminoso . **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 22, n. 5219, 15 out. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/61144>>. Acesso em: 15 out. 2018.

⁶⁵ AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p.156.

⁶⁶ LIMA, Andrei Ferreira de Araújo. **Dignidade da pessoa humana e autonomia da vontade: um estudo interdisciplinar sobre os limites éticos e jurídicos nos casos de eutanásia**, 2018, 146 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018. Disponível em: <http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/8116/2/Andrei_Ferreira_de_Arau%CC%81jo_Lima_DIS.pdf>. Acesso em: 19 out. 2018.

3 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E AUTONOMIA DA VONTADE DO INDIVÍDUO

Iniciar-se-á este capítulo abordando acerca dos aspectos gerais da hermenêutica constitucional, ramo esse que possui a função precípua de investigar o real significado da norma e lhe aplicar ao caso concreto. Em seguida, serão abordados os métodos clássicos de interpretação constitucional, notadamente os métodos gramatical ou literal, histórico, lógico e teleológico.

Por fim, neste capítulo, apresentar-se-á acerca da autonomia da vontade humana, dando-se enfoque ao princípio da liberdade do indivíduo e aos direitos da personalidade.

3.1 DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Dentre as ciências, como a matemática, a sociologia, a economia, o direito, uma que apresenta destaque, em virtude do seu conteúdo diferenciado, é a hermenêutica, ao passo que é a ciência responsável pelo estudo da interpretação. A palavra hermenêutica vem de *Hermes*, que na mitologia grega era quem intermediava a comunicação entre os homens e os deuses.⁶⁷

Hermenêutica é a ciência que concede ao jurista, ao pesquisador, ao administrador ou ao estudante parâmetros suficientes que permitem interpretar a norma e retirar do texto positivado tudo o que ele contém.⁶⁸

Uma série de fatores contribuiu para o surgimento da hermenêutica constitucional, quais sejam: a) a supremacia da Constituição – quando se realiza a interpretação de qualquer lei ou ato normativo sempre se considera a existência de um ato normativo superior, que lhe dá validade. Contudo, quando se realiza a interpretação da própria Constituição, não há atos que lhe sejam superiores; b) diferentemente de outras leis, a Constituição possui um elevado número de normas com alto grau de abstração, ao passo que possui mais princípios que regras; c) diversamente das leis infraconstitucionais, as normas constitucionais têm

⁶⁷ MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 433.

⁶⁸ PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p.113.

dispositivos de carácter político e ideológico, demandando, portanto, métodos de interpretação diversos.⁶⁹

Nesse sentido, a interpretação constitucional é um dos principais objetos de preocupação dos estudiosos de direito. Nos últimos anos, a partir do surgimento de novos instrumentos metodológicos, criados com o fim específico de atender às peculiaridades envolvendo a interpretação constitucional e aplicação dos enunciados normativos da constituição, tem se cogitado a existência, portanto, de uma verdadeira hermenêutica constitucional.⁷⁰

De acordo com Luís Roberto Barroso:

Até pouco tempo atrás, a interpretação era compreendida pela doutrina como uma atividade que lidava com os significados possíveis das normas em abstrato; e a aplicação, como a função de concretização daqueles significados. Na dogmática contemporânea, todavia, já não se enfatiza a dualidade interpretação/aplicação. A compreensão atual é de que a atribuição de sentidos aos enunciados normativos – ou outras fontes reconhecidas pelo sistema jurídico – faz-se em conexão com os fatos relevantes e a realidade subjacente. Daí a crescente utilização, pela doutrina, da terminologia *enunciado normativo* (texto em abstrato), *norma jurídica* (tese a ser aplicada no caso concreto, fruto da interação texto/realidade) e *norma de decisão* (regra concreta que decide a questão). A singularidade de tal questão é considerar a norma jurídica como o *produto* da interpretação, e não como seu *objeto*, este sendo o relato abstrato contido no texto normativo.⁷¹

A partir dessa perspectiva, tem-se que a interpretação constitucional consiste no trabalho intelectual, que possui a finalidade de tornar possível a aplicação de enunciados normativos, gerais e abstratos, a situações particulares e concretas da vida.⁷²

Contudo, há limites claros para o procedimento interpretativo. O operador jurídico, no momento da hermenêutica constitucional, não pode criar leis, intrometendo-se na função do Poder Legislativo.⁷³

Tudo isso porque a postura exigida do intérprete é diferenciada, já que a Constituição ocupa o grau último da ordem jurídica. Sendo assim, a supremacia da

⁶⁹ MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 434.

⁷⁰ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 137.

⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 310.

⁷² VASCONCELOS, Clever. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 73.

⁷³ AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 107.

Constituição quanto às demais normas do Direito é uma especificidade própria da qual decorre uma série de limitações ao intérprete, podendo-se citar a denominada interpretação conforme a Constituição.⁷⁴

Com efeito, a hermenêutica constitucional tem a precípua função de entender e sistematizar os princípios de interpretação da Constituição, colaborando para a sua perfeita aplicação e extraindo tudo o que nela se contém. Desta forma, o hermeneuta, ao observar as histórias, as ideologias, as realidades políticas, sociais e econômicas do Estado e da sociedade, conseguirá discernir o real alcance do texto constitucional.⁷⁵

Nesse sentido, cumpre apontar, brevemente, acerca dos princípios norteadores da hermenêutica constitucional.

O princípio da unicidade da constituição, também conhecido como princípio da unidade hierárquico normativa da constituição, busca harmonizar os espaços de tensão havidos entre as normas constitucionais, dirimindo as contradições existentes.⁷⁶ Segundo este princípio, caso haja uma aparente colisão entre duas normas constitucionais originárias, elas deverão ser compatibilizadas, interpretadas conjuntamente de modo a manter a unidade constitucional.⁷⁷

Já o princípio da harmonização, também conhecido como princípio da concordância prática, impõe ao intérprete, nos casos de colisão entre dois ou mais direitos constitucionalmente consagrados, o dever de combinar e coordenar os bens jurídicos em conflito, reduzindo, de forma proporcional, o âmbito de alcance de cada um deles. Tudo isso porque a afirmação de bens constitucionalmente protegidos não deve implicar o sacrifício total de outros também consagrados na Constituição.⁷⁸

Sobre o princípio da eficácia integradora, entende Guilherme Peña de Moraes:

⁷⁴ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: < <https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/1448-Curso-de-Direito-Constitucional-2017-Andr-Ramos-Tavares.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2018.

⁷⁵ VASCONCELOS, Clever. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 74.

⁷⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 459.

⁷⁷ MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 460.

⁷⁸ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 142-143.

O princípio da eficácia integradora exterioriza que a Constituição deve ser um instrumento de agregação, e não de desagregação política. Por dedução, o produto da interpretação constitucional somente pode ser considerado como válido na medida em que contribua para integrar, pacificar e ordenar as relações dos poderes públicos entre si e destes com a sociedade.⁷⁹

Outrossim, o princípio da máxima efetividade, conhecido também como princípio da eficiência ou da interpretação efetiva, impõe que na interpretação das normas constitucionais se atribua o sentido que lhes empreste a maior efetividade possível, alcançando a realização do direito, o desempenho concreto de sua função social.⁸⁰

Por fim, o princípio da conformidade funcional, também conhecido como princípio da justeza, orienta os órgãos encarregados de interpretar a Constituição a agirem dentro de seus respectivos limites funcionais, evitando decisões capazes de subverter ou perturbar o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido.⁸¹

Verificadas as características básicas da hermenêutica constitucional, em seguida, apresentar-se-ão os métodos clássicos de interpretação, inerentes a esta ciência.

3.1.1 Métodos clássicos de interpretação constitucional

A Constituição deve ser interpretada como uma lei. Sendo assim, se faz necessária a utilização dos métodos tradicionais de interpretação constitucional.⁸²

Nesse sentido, a seguir, serão analisados os métodos clássicos de interpretação da Constituição, quais sejam: gramatical ou literal, histórico, lógico e teleológico.

⁷⁹ MORAES, Guilherme Peña. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018. Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597015805/cfi/6/32!/4/24/2@0:100>>. Acesso em: 27 set. 2018. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

⁸⁰ VASCONCELOS, Clever. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 80-81.

⁸¹ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 145.

⁸² PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 117.

3.1.1.1 Interpretação gramatical ou literal

O método de interpretação gramatical, também conhecido pelas designações de interpretação filosófica, literal ou léxica, supõe uma análise ou averiguação do teor da legislação. Está relacionado, sobretudo, ao significado literal das palavras, que se examinam de forma isolada ou no contexto da frase, mediante o emprego de meios etimológicos ou gramaticais.⁸³

De acordo com Luís Roberto Barroso, a “interpretação gramatical fundamenta-se nos conceitos contidos na norma e nas possibilidades semânticas das palavras que integram o seu relato”.⁸⁴

Outrossim, tal método de interpretação leva em cômputo os enunciados linguísticos do texto constitucional, por meio da análise da pontuação, etimologia e colocação das palavras, a fim de revelar o sentido possível das mesmas.⁸⁵

Sobre o tema, entende Flávio Martins:

[...] consiste na análise da “letra da lei”, da etimologia da palavra, da gramática utilizada pelo legislador, a pontuação etc. É, normalmente, a primeira interpretação a ser feita pelo intérprete, embora, na maioria das vezes não seja suficiente para extrair o real significado da norma. Não obstante, muitas vezes pode ser decisiva para encontrar o verdadeiro significado da norma.⁸⁶

Dessa forma, restando demonstrado que nem sempre a interpretação gramatical, de forma isolada, é suficiente para exprimir o real significado da norma, necessária se faz a análise do método de interpretação histórica.

3.1.1.2 Interpretação histórica

A interpretação histórica busca entender o *animus* do legislador, ou seja, a sua intenção ao confeccionar a norma.⁸⁷

⁸³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 450.

⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 331.

⁸⁵ MORAES, Guilherme Peña. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018. Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597015805/cfi/6/32!/4/24/2@0:100>>. Acesso em: 27 set. 2018. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

⁸⁶ MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 451-452.

⁸⁷ VASCONCELOS, Clever. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 75.

Tal método de interpretação leva em consideração os antecedentes históricos da norma constitucional, por meio da investigação dos precedentes legislativos, dos trabalhos preparatórios e das condições culturais e psicológicas que resultaram na elaboração ou reforma normativa.⁸⁸

Sylvio Motta entende que a interpretação histórica é aquela que busca identificar o momento social e político em que foi produzida a norma, por exemplo: tal lei foi produzida quando o país passava por grande revolta em virtude de determinado fato, sendo assim, a norma deve ser interpretada considerando o ocorrido.⁸⁹

Ademais, sobre o tema, entende Flávio Martins:

[...] segundo o método histórico, o intérprete deve buscar a *vontade do legislador*, por meio da análise da sucessão legislativa. Verificando-se as alterações operadas no ordenamento jurídico, tenta-se extrair quais os reais objetivos do legislador (no caso da Constituição, do constituinte reformador). Em outras palavras (como a expressão “vontade do legislador” é extremamente criticada, por ser uma ficção doutrinária), interpretação histórica é a busca do estado do direito existente à época da elaboração da lei.⁹⁰

Verificadas as particularidades do método de interpretação histórica, passa-se, portanto, ao estudo da interpretação lógica.

3.1.1.3 Interpretação lógica

A interpretação lógica é aquela que, ao examinar a lei em conexão com as demais leis, investiga-lhe também as condições e os fundamentos de sua origem e elaboração. Ou seja, busca reconstruir o pensamento ou intenção de quem legislou, de modo a alcançar a verdadeira vontade da legislação.⁹¹

⁸⁸ MORAES, Guilherme Peña. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597015805/cfi/6/32!/4/2/4@0:100>>. Acesso em: 27 set. 2018. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

⁸⁹ MOTTA, Sylvio. **Direito Constitucional**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530978761/cfi/6/10!/4/2/4@0:0>>. Acesso em: 27 set. 2018. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

⁹⁰ MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 454.

⁹¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 451.

Ela possui o fito de encadear as ideias da norma, à luz do seu alcance. Ademais, tal espécie de interpretação é norteadas pelas normas anteriores e posteriores, assim como pelo sistema em que ela está inserida. Pelo fato de buscar a exata intenção da lei, o método lógico cuida-se da técnica mais profunda de interpretação.⁹²

Tal método de interpretação leva em conta a compatibilidade ou concordância entre as normas constitucionais, por meio de raciocínios lógicos.⁹³

Sobre o tema, entende Flavia Bahia:

O método lógico foi muito criticado pelo realismo americano, porque pretende transformar a Constituição em silogismos matemáticos. Seria como se todo eventual conflito entre direitos fundamentais tivesse uma única resposta dos juízes. Hoje em dia é possível se observar que para cada problema existe uma solução, sem que nenhuma delas esvazie (ou possa esvaziar) o comando constitucional restringido no caso concreto. Invariavelmente, por exemplo, os litígios que envolvem liberdade de imprensa x intimidade produzem decisões diferentes, em razão das provas que instruíram o processo e das situações concretas.⁹⁴

Analisadas as características do método lógico, passa-se à análise do último, e não menos importante, método clássico de interpretação constitucional, qual seja, o teleológico.

3.1.1.4 Interpretação teleológica

A interpretação teleológica leva em consideração a finalidade da norma constitucional, por meio da apuração dos valores por ela tutelados.⁹⁵

Tal método hermenêutico cuida da conhecida interpretação evolutiva, que é tão somente a adaptação da norma ao contexto social existente ao tempo de sua aplicação.⁹⁶

⁹² VASCONCELOS, Clever. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 75.

⁹³ MORAES, Guilherme Peña. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018. Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597015805/cfi/6/32!/4/24/2@0:100>>. Acesso em: 27 set. 2018. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

⁹⁴ BAHIA, Flavia. **Direito Constitucional**. 3. ed. Recife: Armador, 2017. p. 75.

⁹⁵ MORAES, Guilherme Peña. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018. Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597015805/cfi/6/32!/4/24/2@0:100>>. Acesso em: 27 set. 2018. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

⁹⁶ VASCONCELOS, Clever. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 75.

Ela busca identificar qual a vontade do legislador ao elaborar a norma. Tal análise das discussões e dos pareceres do Congresso ajuda tanto a identificar a situação do momento em que a norma foi elaborada (interpretação histórica) quanto o que realmente queriam os legisladores (interpretação teleológica).⁹⁷

Ao entendimento de Flavia Bahia, o método teleológico reconhece que o Direito não é um fim em si mesmo e que, portanto, os meios são indispensáveis para a busca da justiça. Com isso, determina o intérprete que analise mais a fundo as normas legais, sempre buscando a sua essência e o verdadeiro ideal.⁹⁸

Por todo o exposto, restando amplamente demonstrado o objetivo primordial da hermenêutica constitucional, assim como seus princípios e métodos de interpretação, passa-se à análise da autonomia da vontade do indivíduo.

3.2 DA AUTONOMIA DA VONTADE DO INDIVÍDUO

O conceito de autonomia é amplo, ao passo que está interligado a termos como: liberdade, autodeterminação, integridade, dignidade, autorregras, independência, autoconhecimento e individualidade. A autonomia encoraja a autogovernança e a liberdade de escolha.⁹⁹

Para Mayana Sales Moreira:

A palavra autonomia não possui significado único, podendo variar de acordo com a acepção que é adotada. Em linhas iniciais, a palavra autonomia, que deriva do grego *autos* (próprio) e *nomos* (regra, governo ou lei), era empregada como sinônimo de autogoverno e autogestão. Após esta fase inicial, o termo autonomia recebeu novos sentidos, estendendo-se aos indivíduos, podendo caracterizar liberdade, privacidade, escolha individual etc.¹⁰⁰

⁹⁷ MOTTA, Sylvio. **Direito Constitucional**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530978761/cfi/6/10!/4/2/4@0:0>>. Acesso em: 27 set. 2018. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

⁹⁸ BAHIA, Flavia. **Direito Constitucional**. 3. ed. Recife: Armador, 2017. p. 75-76.

⁹⁹ GRUMANN, Andréa Regina Schuch. **A influência da lesão medular na autonomia dos indivíduos e formas de mensuração**: uma revisão interativa, 2015, 127 f. Dissertação (Mestrado em Enfermagem) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015. Disponível em: <<http://twixar.me/yNh3>>. Acesso em: 18 out. 2018.

¹⁰⁰ MOREIRA, Mayana Sales. **Testamento vital**: uma análise da extensão de sua eficácia às situações diversas da terminalidade de vida, 2015, 130 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/17712/1/Dissertacao%20com%20elementos%20pre-textuais.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2018.

A autonomia da vontade é um dos princípios fundamentais do direito privado, em que o poder é atribuído aos sujeitos pelo ordenamento jurídico, visando garantir os interesses sociais e assegurar a dignidade da pessoa humana. Sendo assim, o princípio da autonomia da vontade se apresenta como um verdadeiro instrumento de promoção da personalidade.¹⁰¹

Nesse sentido, a autonomia da vontade é entendida como a faculdade que o indivíduo possui de tomar decisões em sua esfera particular, de acordo com seus próprios interesses e preferências. Sendo assim, o indivíduo pode fazer, basicamente, tudo aquilo que tem vontade, desde que não prejudique os interesses de outras pessoas. Ou seja, cada um deve ser senhor de si, agindo com responsabilidade pelas suas escolhas pessoais, especialmente por aquelas que não interfiram na liberdade alheia.¹⁰²

Ao entendimento de Fernanda Cadavid Ratti: “O princípio da autonomia da vontade é, historicamente, um dos pilares do direito privado. A palavra autonomia deriva do grego e significa competência para determinar-se por si mesmo”.¹⁰³

A partir dessa perspectiva, a proteção da autonomia da vontade visa conferir ao indivíduo o direito de autodeterminação, ou seja, de determinar, por si só, o seu próprio destino, fazendo escolhas relacionadas à sua vida e ao seu desenvolvimento como pessoa.¹⁰⁴ Ela pode ser conceituada, portanto, como o poder que as pessoas têm de disciplinar livremente seus interesses. Em outras palavras, equivale a um poder de autorregulamentação das vontades particulares.¹⁰⁵

Contudo, para se falar em ação verdadeiramente autônoma, o agente precisa saber, de fato, o que significa a sua conduta, bem como suas

¹⁰¹ SOUZA, Andréa Santana Leone de. **Os direitos da personalidade e a autonomia privada: a questão das crianças em situação de intersexo**, 2015, 141 f. Dissertação (Mestrado em Relações Sociais e Novos Direitos) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015. Disponível em: <<http://twixar.me/wNh3>>. Acesso em: 19 out. 2018.

¹⁰² MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 103.

¹⁰³ RATTI, Fernanda Cadavid. Autonomia da vontade e/ou autonomia privada? . **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4311, 21 abr. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38318>>. Acesso em: 15 out. 2018.

¹⁰⁴ MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p.103.

¹⁰⁵ ALMEIDA, Jesus Cláudio Pereira de. **A autonomia da vontade e seus efeitos jurídicos nos contratos de consumo**, 2018, 218 fl. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/21086/2/Jesus%20Cl%C3%A1udio%20Pereira%20de%20Almeida.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2018.

consequências. Ademais, é necessário que o indivíduo determine sua ação por vontade própria, sem ser influenciado por terceiros.¹⁰⁶

Sobre o tema, entende Vinícius de Souza Assumpção:

A vontade do indivíduo opera aqui como o interesse privado, que não pode ser encarado como elemento suficiente à produção de efeitos jurídicos, porque necessária a observância das regras do ordenamento vigente. Por isto, ao falar em autonomia, vincula-se sua força à coerência com as normas que regem a vida em sociedade.¹⁰⁷

De mais a mais, a autonomia apresenta quatro dimensões, quais sejam:

a) autonomia de decisão ou autodeterminação, no qual o indivíduo faz suas escolhas e decide sobre sua vida; b) autonomia execucional, que consiste na independência e na habilidade para fazer suas atividades sem o auxílio do próximo; c) participação, que é a responsabilidade sobre sua própria vida a partir de planejamentos e organizações e; d) identificação, na qual os indivíduos sentem-se satisfeitos com sua forma de viver.¹⁰⁸

Para Luis Roberto Barroso e Leticia de Campos Velho Martel, a capacidade de autodeterminação envolve o direito do indivíduo de decidir os rumos de sua vida e de desenvolver livremente a própria personalidade. Significa, portanto, o poder de realizar as escolhas morais relevantes, assumindo a responsabilidade pelas decisões tomadas. Nesse sentido tem-se que, por trás da ideia de autonomia, está um sujeito moral capaz de se autodeterminar, traçar os planos de sua vida e realizá-los.¹⁰⁹

¹⁰⁶ MOREIRA, Mayana Sales. **Testamento vital**: uma análise da extensão de sua eficácia às situações diversas da terminalidade de vida, 2015, 130 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/17712/1/Dissertacao%20com%20elementos%20pre-textuais.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2018.

¹⁰⁷ ASSUMPÇÃO, Vinícius de Souza. **Diretivas antecipadas de vontade**: uma análise dos limites à autonomia em função das normas penais de tutela do direito à vida, 2014, 162 fl. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/16604/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20INTEGRAL.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2018.

¹⁰⁸ GRUMANN, Andréa Regina Schuch. **A influência da lesão medular na autonomia dos indivíduos e formas de mensuração**: uma revisão interativa, 2015, 127 f. Dissertação (Mestrado em Enfermagem) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/169639/338835.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 18 out. 2018.

¹⁰⁹ BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. **A morte como ela é**: dignidade e autonomia individual no final da vida. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/a_morte_como_ela_e_dignidade_e_autonomia_no_final_da_vida.pdf>. Acesso em: 22 out. 2018.

Sem dúvidas, a autonomia da vontade e a dignidade da pessoa humana são os pilares de um Estado Democrático de Direito, estando estritamente relacionados e em constante embate, ao passo que a dignidade humana pode ser considerada como um limite para o exercício da autonomia da vontade.¹¹⁰

Analisados os aspectos da autonomia da vontade do indivíduo, passa-se ao estudo do Princípio da liberdade do indivíduo.

3.2.1 Princípio da Liberdade do Indivíduo

A definição de liberdade humana é expressa no sentido de um poder de atuação do homem em busca de sua felicidade, ou seja, de sua realização pessoal. É a partir dessa noção que se torna possível verificar os elementos inerentes à ideia de liberdade: é poder de atuação sem, contudo, deixar de ser resistência à opressão; ela não se dirige contra, e sim em busca de alguma coisa, qual seja, a felicidade do indivíduo; ademais, ela está em harmonia com a consciência de cada um, dependendo do interesse do agente.¹¹¹

Nesse sentido, as liberdades são proclamadas partindo-se da ideia de que a pessoa humana é um ser em busca de sua autorrealização, responsável pela escolha dos meios aptos a realizar suas potencialidades.¹¹²

A partir dessa perspectiva, entendem Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho que:

Vários têm sido os enfoques com que se encara a liberdade (civil, política, religiosa, sexual etc), com a enunciação de componentes próprios e distintos como a liberdade de locomoção, de trabalho, de exercício de atividade, de estipulação contratual, de comércio, de culto, de organização sindical, de imprensa, dentre outras.¹¹³

De mais a mais, sobre o tema, entende Walber de Moura Agra:

¹¹⁰ BRITO, Misael Pinheiro. A autonomia da vontade no direito de morrer. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 21, n. 4609, 13 fev. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46381>>. Acesso em: 15 out. 2018.

¹¹¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 235.

¹¹² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 267.

¹¹³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 229-230.

A liberdade foi o princípio que assumiu maior relevância nos primeiros textos constitucionais por ser um *standard* burguês. Com base em postulados jusnaturalistas, não foi considerada um direito ofertado pelos entes estatais, mas um direito que era anterior ao Estado e por isso devia ser por ele respeitado.¹¹⁴

A partir dessa perspectiva, o Estado democrático se justifica como o meio para as liberdades serem guarnecidas e estimuladas, inclusive através de medidas que assegurem maior igualdade entre os indivíduos, prevenindo que as liberdades se tornem meramente formais. Ademais, o ente público se mostra, também, como instância de solução de conflitos entre pretensões controvertidas resultantes da liberdade humana.¹¹⁵

O direito à liberdade, partindo-se de uma concepção religiosa, provém do livre arbítrio de que são dotados os homens, que podem escolher suas ações, submetendo-se, posteriormente, ao julgamento de Deus. Nesse sentido, o direito à liberdade estaria fundado na vontade divina. Contudo, em uma concepção normativista, a liberdade é definida pelas normas jurídicas, sendo sua medida a prática de atos que não possuem vedação legal. Sendo assim, se não existem normas que vedem determinada conduta, o homem tem plena liberdade de realizá-la. Nesse sentido, há uma limitação ao princípio da liberdade, que fica condicionado à inexistência de normas jurídicas impeditivas para que o indivíduo possa ter ampla liberdade para fazer o que for de seu interesse.¹¹⁶

Ao entendimento de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, “o artigo 5º da Constituição Federal de 1988 é um verdadeiro monumento à liberdade, em todas as suas formas, seja na concepção mais individualizada até a consagração de liberdades coletivas”.¹¹⁷

Ainda, de acordo com José Afonso da Silva, a liberdade pode ser dividida em interna e externa:

Liberdade interna (chamada também de *liberdade subjetiva*, *liberdade psicológica* ou *moral* e especialmente *liberdade de indiferença*) é o livre-

¹¹⁴ AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 209.

¹¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 267.

¹¹⁶ AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 208.

¹¹⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 229.

arbitrio, como simples manifestação da vontade no mundo interior do homem. Por isso é chamada igualmente *liberdade do querer*. Significa que a decisão entre duas possibilidades opostas pertence, exclusivamente, à vontade do indivíduo; vale dizer, *é poder de escolha, de opção*, entre fins contrários. [...] A questão fundamental, contudo, é saber se, feita a escolha, é possível determinar-se em função dela. Isto é, se se têm condições objetivas para atuar no sentido da escolha feita, e, aí, se põe a questão da *liberdade externa*. Esta, que é também denominada *liberdade objetiva*, consiste na expressão externa do querer individual, e implica o afastamento de obstáculo ou de coações, de modo que o homem possa agir livremente. Por isso é que também se fala em *liberdade de fazer*.¹¹⁸ (grifo do autor).

Contudo, a liberdade atribuída ao indivíduo não é absoluta, notadamente, pois o ser humano vive em sociedade, e sua liberdade não pode afetar os direitos de outra pessoa. Sendo assim, a autonomia do indivíduo esbarra no direito alheio e, mais ainda, no princípio da dignidade da pessoa humana.¹¹⁹

Desta forma, analisada a importância do princípio da liberdade do indivíduo, que dispõe acerca da possibilidade do homem autorregular sua vida, desde que respeite os direitos inerentes ao próximo, notadamente pela vivência em sociedade, passa-se à análise dos direitos da personalidade.

3.2.2 Dos Direitos da Personalidade

As primeiras construções em torno dos direitos da personalidade surgiram na segunda metade do século XIX, quando jusnaturalistas alemães e franceses conceberam a referida expressão para se referir a certos direitos inerentes ao homem, tidos como preexistentes ao seu reconhecimento por parte do Estado. Ou seja, os direitos da personalidade já eram considerados essenciais à condição humana.¹²⁰

Nesse sentido, dispõem Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal: “os direitos da personalidade constituem construção jurídica relativamente recente, fruto do cuidado da doutrina germânica e francesa, especialmente após a Segunda Guerra Mundial”.¹²¹

¹¹⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 233.

¹¹⁹ BRITO, Misael Pinheiro. A autonomia da vontade no direito de morrer. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 21, n. 4609, 13 fev. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46381>>. Acesso em: 15 out. 2018.

¹²⁰ SCHREIDER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 5.

¹²¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 15. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 181.

A personalidade se resume no conjunto de caracteres inerentes ao próprio indivíduo, consistindo na parte intrínseca da pessoa humana. Ademais, tal bem, no sentido jurídico, foi o primeiro pertencente à pessoa, sua primeira utilidade. É através da personalidade que o indivíduo pode adquirir e defender os seus demais bens.¹²²

Os direitos da personalidade estão, portanto, enraizados na esfera mais íntima da pessoa, não são mensuráveis economicamente e atuam voltados à afirmação dos valores existenciais do homem. Sendo assim, considerando que a personalidade é um conjunto de características pessoais, os direitos da personalidade são verdadeiros direitos subjetivos, atinentes à própria condição humana.¹²³

Sobre o tema, entende Roxana Cardoso Brasileiro Borges:

Considera-se, atualmente, que o objeto dos direitos da personalidade são projeções físicas ou psíquicas da pessoa, ou as suas características mais importantes. As projeções da personalidade, suas expressões, qualidades ou atributos são bens jurídicos que se apoiam no direito positivo. Os direitos da personalidade são uma categoria especial de direito, diferente dos direitos obrigacionais e dos direitos reais. Por meio dos direitos da personalidade se protegem a essência da pessoa e suas principais características. Os objetos dos direitos da personalidade são os bens e valores considerados essenciais para o ser humano.¹²⁴

Ademais, os direitos da personalidade decorrem do nascimento. Esse fato inaugura uma relação jurídica, na qual a pessoa física figura como portadora de um direito subjetivo, ocupando o polo ativo, e a coletividade assume a titularidade do dever jurídico, figurando no polo passivo. Assim, toda a coletividade é portadora de deveres jurídicos, devendo respeito ao nome, à honra e à individualidade do próximo.¹²⁵

Tudo isso porque os direitos da personalidade são estudados sob a ótica do direito privado, sendo considerados como a garantia mínima da pessoa humana para as suas atividades internas e para suas exteriorizações à sociedade. É em

¹²² SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 70.

¹²³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 15. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 183.

¹²⁴ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da Personalidade e Autonomia Privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 20.

¹²⁵ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: parte geral – vol. 1**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: <<http://twixar.me/wyh3>>. Acesso em: 10 out. 2018.

virtude dessa noção, portanto, que se impõe à coletividade uma conduta negativa, evitando embaraço ao exercício dos direitos personalíssimos.¹²⁶

Nesse sentido, entende Sílvio de Salvo Venosa:

Os direitos denominados personalíssimos incidem sobre bens imateriais ou incorpóreos. As Escolas do Direito Natural proclamam a existência desses direitos, por serem inerentes à personalidade. São, fundamentalmente, os direitos à própria vida, à liberdade, à manifestação do pensamento. A Constituição brasileira enumera longa série desses direitos e garantias individuais (art. 5º). São direitos privados fundamentais, que devem ser respeitados como conteúdo mínimo para permitir a existência e a convivência dos seres humanos. Muitos veem nesse aspecto direitos inatos, que são ínsitos à pessoa, cabendo ao Estado reconhecê-los. É fato que nem sempre, no curso da História e dos regimes políticos, esses direitos são reconhecidos, pois isto apenas se torna possível nos Estados liberais e democráticos.¹²⁷

No Brasil, os direitos da personalidade foram admitidos após importantes contribuições doutrinárias, alçados à altitude legislativa por normas esparsas, a exemplo do Projeto de Código Civil elaborado em 1960, que, em dezesseis artigos, cuidava amplamente dos direitos personalíssimos, emprestando, inclusive, disciplina mais aprofundada do que a legislação vigente. Contudo, foi apenas na Constituição Federal de 1988 que os direitos da personalidade foram efetivamente consagrados. Depois deste marco, o Código Civil de 2002 reconheceu tais direitos, expressamente, em seus artigos 11 a 21.¹²⁸

O fato de o Código Civil de 2002, pela primeira vez, ter introduzido um capítulo dedicado aos direitos da personalidade, denota a nova feição que assume o direito privado na pós-modernidade, notadamente após o segundo conflito mundial.¹²⁹

Além do mais, esses direitos da personalidade possuem características particulares, sendo considerados absolutos, gerais, extrapatrimoniais, indisponíveis, imprescritíveis e impenhoráveis.¹³⁰

¹²⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 15. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 192.

¹²⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 175.

¹²⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 15. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 182-183.

¹²⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 175-176.

¹³⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, volume 1: parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em <<http://twixar.me/byh3>>. Acesso em: 10 out. 2018.

São considerados absolutos pelo fato de possuírem oponibilidade *erga omnes*, ou seja, tais direitos geram para toda a coletividade o dever geral de abstenção, de não intromissão nos direitos de personalidade do próximo.¹³¹

Outrossim, “a noção de generalidade significa que os direitos da personalidade são outorgados a todas as pessoas, simplesmente pelo fato de existirem”.¹³²

Já a extrapatrimonialidade, de acordo com Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald, “consiste na insuscetibilidade de apreciação econômica dos direitos da personalidade, ainda que eventual lesão possa produzir consequências monetárias”.¹³³ Nesse sentido, tem-se que tais direitos inadmitem avaliação pecuniária, estando fora, portanto, do patrimônio econômico.¹³⁴

Sobre as demais características dos direitos da personalidade, dispõem Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

A **indisponibilidade** significa que nem por vontade própria do indivíduo o direito pode mudar de titular, o que faz com que os direitos da personalidade sejam alçados a um patamar diferenciado dentro dos direitos privados. O CC/2002, de forma expressa, consagrou tal característica, em seu art. 11: “Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”. A **irrenunciabilidade** traduz a ideia de que os direitos personalíssimos não podem ser abdicados. Ninguém deve dispor de sua vida, da sua intimidade, da sua imagem. Razões de ordem pública impõem o reconhecimento dessa característica. A **intransmissibilidade**, por sua vez, deve ser entendida como limitação excepcional da regra de possibilidade de alteração do sujeito nas relações genéricas de direito privado. Vale dizer, é intransmissível, na medida em que não se admite a cessão do direito de um sujeito para outro.¹³⁵ (grifo nosso).

Pelo exposto, tem-se que os direitos da personalidade estão estritamente ligados ao desenvolvimento da pessoa humana, caracterizando-se como uma

¹³¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da Personalidade e Autonomia Privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 33.

¹³² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, volume 1: parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<http://twixar.me/byh3>>. Acesso em: 10 out. 2018.

¹³³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB. 15. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 190.

¹³⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 177.

¹³⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, volume 1: parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<http://twixar.me/byh3>>. Acesso em: 10 out. 2018.

garantia para a preservação de sua dignidade.¹³⁶ A atribuição de personalidade ao homem, tornando-o pessoa e, conseqüentemente, sujeito de direitos e obrigações, é corolário da liberdade que lhe é ínsita. Negar personalidade ao indivíduo, contrariando o fato natural de que é livre, corresponderia ao amesquinçamento da natureza humana.¹³⁷

De mais a mais, o que se observa, a partir do supraexposto, é que as características dos direitos da personalidade em muito se assemelham aos aspectos dos direitos fundamentais, principalmente no que diz respeito à indisponibilidade, à universalidade e à imprescritibilidade.

Ademais, tanto os direitos da personalidade quanto os direitos fundamentais mostram-se voltados à proteção da dignidade da pessoa humana e à garantia da liberdade do indivíduo, sendo, portanto, extremamente relevantes para verificar acerca da possibilidade, ou não, de relativização de características dos direitos fundamentais frente à autonomia humana, tema esse que será objeto de estudo do próximo capítulo.

¹³⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 15. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 184.

¹³⁷ WEISZFLOG, Heloisa Cardillo. **Pessoa, personalidade e intransmissibilidade dos direitos de personalidade**: proposta para fundamentação da tutela post mortem, 2016, 172 fl. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/19285/2/Heloisa%20Cardillo%20Weiszflog.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2018.

4 DA (IM)POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DE CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS FRENTE À AUTONOMIA DA VONTADE DO INDIVÍDUO

Após a análise realizada nos capítulos anteriores, acerca dos direitos fundamentais, da dignidade da pessoa humana, da hermenêutica constitucional e da liberdade e autonomia da vontade do indivíduo, passa-se ao estudo do tema principal proposto para o presente trabalho.

Para tanto, tratar-se-ão das características dos direitos fundamentais passíveis de relativização. Por fim, serão analisados casos envolvendo a relativização desses caracteres, em especial, o testamento vital e o aborto de fetos anencéfalos.

4.1 DA RELATIVIZAÇÃO DE CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais não são considerados absolutos, uma vez que podem ser relativizados. Na verdade, eles possuem natureza notadamente relativa, encontrando limites nos demais direitos igualmente resguardados ou reconhecidos pela Constituição Federal de 1988. Existindo tensão entre direitos, caberá o exercício da ponderação e do sopesamento de um sobre o outro, a fim de que se encontre o direito mais adequado. Nesse sentido, tem-se que os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações a fim de solucionar conflitos no caso concreto.¹³⁸

Ademais, independente da solução a ser adotada no caso de colisão entre direitos fundamentais e outras garantias, cumpre salientar que sempre existirá restrição, por vezes total, de um ou mais valores. Isso porque, todas as circunstâncias envolvendo tal embate são de complexa solução e dependem das informações inerentes ao caso concreto para se determinar o melhor rumo a ser seguido.¹³⁹

¹³⁸ PESTANA, Barbara Mota. Direitos fundamentais: origem, dimensões e características. **Conteúdo Jurídico**, Brasília: 17 out. 2017. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.589755&seo=1>>. Acesso em: 24 out. 2018.

¹³⁹ MAIA, Lorena Duarte Lopes. Colisão de direitos fundamentais: visão do Supremo Tribunal Federal. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 98, mar. 2012. Disponível em: <<http://www.ambito->

Seguindo essa perspectiva, não pairam dúvidas de que os direitos fundamentais são considerados relativos, notadamente, pois, a característica da relatividade é pacífica entre os estudiosos do Direito, não mais sendo objeto de discussões e divergências nos dias atuais. Entretanto, quando se aborda acerca da possibilidade de relativização das características inerentes aos direitos fundamentais, a situação se mostra completamente diversa, vez que, atualmente, ainda existem muitos embates envolvendo tal problemática, principalmente no que concerne à possibilidade de renúncia e disponibilidade de tais direitos.

Ao entendimento de Marcelo Novelino, entre as principais características dos direitos fundamentais, estão a: imprescritibilidade, inalienabilidade ou indisponibilidade, inviolabilidade, universalidade, concorrência, complementaridade, historicidade, relatividade ou limitabilidade e irrenunciabilidade, qualidades essas já estudadas anteriormente neste trabalho¹⁴⁰.

Contudo, George Marmelstein não pactua de tal percepção. Para o autor: “Costuma-se dizer que os direitos fundamentais não podem ser alienados, transferidos, negociados ou renunciados, pois seriam indisponíveis. Mas a realidade demonstra que não é bem assim”.¹⁴¹

Nesse sentido, de acordo com Lucas Costa da Rosa, as características da indisponibilidade e da irrenunciabilidade dos direitos fundamentais são passíveis de relativização. Ao entendimento do autor, os “direitos fundamentais são disponíveis por parte de seus titulares, e a cláusula constitucional de inviolabilidade não é contrária a isso”.¹⁴²

Seguindo esse viés, Guilherme Vieira de Mello Lopes e Luís Guilherme Soares Maziero dispõe que a disponibilidade ou autolimitação dos direitos fundamentais “*significa renunciar, alienar, transmitir, ceder, abdicar, enfraquecer, ou*

juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11242>. Acesso em: 29 out. 2018.

¹⁴⁰ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 281.

¹⁴¹ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 437.

¹⁴² ROSA, Lucas Costa da. Renúncia a direitos fundamentais. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2795, 25 fev. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18569>>. Acesso em: 24 out. 2018.

*de outra forma limitar, total ou parcialmente, uma posição jurídica intersubjetiva de direito fundamental não restrito, por meio do consentimento”.*¹⁴³ (grifo dos autores).

De mais a mais, acerca da relativização da característica da irrenunciabilidade dos direitos fundamentais, assim dispõe Lucas Costa da Rosa:

A autonomia, autodeterminação individual, decorrente do Estado de Direito, deve garantir ao indivíduo a prossecução dos fins e objetivos que entende ser os melhores para sua vida, fazendo o uso dos direitos fundamentais que lhe são atribuídos pela Constituição, bem como, quando for o caso, dispondo de tais, **renunciando-os, se assim entender conveniente** no caminho da construção de seu projeto de vida, para a preservação de sua dignidade, de suas crenças, seus valores morais.¹⁴⁴ (grifo nosso).

A propósito, essa discussão em torno da possibilidade de renúncia de direitos fundamentais desemboca no sopesamento de valores, onde, de um lado, está a autonomia da vontade do indivíduo e, de outro, o direito a ser renunciado. Em alguns casos, prevalece a autonomia individual, em outros, o direito fundamental em jogo, a depender da importância de cada um desses valores no caso concreto. Geralmente, a renúncia a direitos fundamentais de cunho patrimonial, é aceita com mais facilidade. Já os direitos mais voltados à dignidade da pessoa humana, como os direitos à vida e à integridade física, são muito menos flexíveis, mas, ainda assim, podem ceder em determinadas ocasiões.¹⁴⁵

A partir dessa perspectiva, tem-se que um caso onde é nítida a restrição à autonomia da vontade do indivíduo e, conseqüentemente, a prevalência do direito analisado, é na esfera das relações de emprego. Tudo isso em virtude da natureza essencial dos direitos envolvidos, bem como em decorrência da subordinação inerente ao contrato de trabalho.¹⁴⁶ Sendo assim, não pode um trabalhador, no desespero de manter seu emprego, se submeter a trabalhar vinte horas por dia, sem

¹⁴³ LOPES, Guilherme Vieira de Mello; MAZIERO, Luís Guilherme Soares. A disponibilidade de direitos fundamentais sob a ótica da teoria de Robert Alexy. **Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales**, jul./set. 2016. Disponível em:

<<http://www.eumed.net/rev/cccscs/2016/03/neoconstitucionalismo.html>>. Acesso em: 25 out. 2018.

¹⁴⁴ ROSA, Lucas Costa da. Renúncia a direitos fundamentais. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2795, 25 fev. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18569>>. Acesso em: 24 out. 2018.

¹⁴⁵ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 439.

¹⁴⁶ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. A **indisponibilidade dos direitos trabalhistas no ordenamento jurídico**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/03/31/a-indisponibilidade-dos-direitos-trabalhistas-no-ordenamento-juridico/>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

direito a férias ou descanso, renunciando a seus direitos sociais trabalhistas mínimos.¹⁴⁷

De outro lado, existem situações em que a autonomia da vontade do indivíduo prevalece. Nesse sentido, dispõem Roberto Dias da Silva e Thamires Pandolfi Cappello:

[...] ao analisar a própria realidade, é possível sustentar algumas hipóteses expressas de admissão da renúncia em caso de consentimento do detentor do direito. Como exemplo podemos citar o conhecido caso das Testemunhas de Jeová que se recusam, mesmo diante de uma situação gravíssima de saúde, a receber transfusão sanguínea baseada em suas convicções religiosas, mesmo que essa recusa implique o fim de sua vida. [...] Pois bem, parece-nos inadmissível sustentar que o titular de um direito fundamental específico não tenha opção de renunciar a esse direito em dadas circunstâncias. Parece-nos arbitrário mitigar as convicções e aspirações pessoais e ceifar a liberdade individual sob o argumento de que os direitos fundamentais seriam indisponíveis.¹⁴⁸

De mais a mais, ainda exemplificando casos em que a característica de irrenunciabilidade do direito fundamental é relativizada, prevalecendo a autonomia da vontade do indivíduo, dispõe George Marmelstein: “Basta ligar a televisão e assistir a um *reality show* para perceber que a renúncia ao direito à privacidade e à intimidade é mais comum do que se pode imaginar”.¹⁴⁹

Nesse viés, a autonomia da vontade humana configura instrumento justificador de uma eventual renúncia aos direitos fundamentais envolvidos no caso concreto.¹⁵⁰

Inclusive, nesse sentido, a possibilidade de renúncia a direitos fundamentais está voltada à ideia de que, impedir uma pessoa, com plena capacidade de discernimento, de negociar ou renunciar a direitos fundamentais, é

¹⁴⁷ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 438.

¹⁴⁸ SILVA, Roberto Dias da; CAPPELLO, Thamires Pandolfi. Renúncia a direitos fundamentais na submissão de seres humanos a estudos clínicos. **Revista de Bioética y Derecho**, jun. 2016. Disponível em: <<http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/16152/19159>>. Acesso em: 01 nov. 2018.

¹⁴⁹ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 437.

¹⁵⁰ SILVA, Roberto Dias da; CAPPELLO, Thamires Pandolfi. Renúncia a direitos fundamentais na submissão de seres humanos a estudos clínicos. **Revista de Bioética y Derecho**, jun. 2016. Disponível em: <<http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/16152/19159>>. Acesso em: 01 nov. 2018.

violar um dos mais básicos atributos da dignidade humana, que é a autonomia da vontade do indivíduo.¹⁵¹

Dito isso, de acordo com George Marmelstein, os direitos fundamentais podem, dentro dos limites da proporcionalidade, ser renunciados. Ademais, o importante, para verificar acerca da proporcionalidade do ato, é saber se o exercício da liberdade de escolha foi autêntico. Se a tomada de decisão for sincera, a única medida que o Estado pode tomar é desenvolver mecanismos para que o indivíduo tenha ciência das consequências de seu ato, mas, jamais, interferir na sua escolha, sobretudo quando a opção do indivíduo não afete a dignidade de outras pessoas.¹⁵²

Ademais, para que haja possibilidade de relativização da característica da irrenunciabilidade dos direitos fundamentais, se faz necessário que o ato de disposição praticado pelo titular do direito seja uma renúncia voluntária, livre de vícios e constrangimentos. Do contrário, não será considerada manifestação da autonomia e do livre desenvolvimento da personalidade.¹⁵³

Dessa feita, verificado acerca da possibilidade, em determinadas situações e cumprindo certos requisitos, de relativização de características dos direitos fundamentais, assim como, averiguado que não são todos os casos que admitem tal relativização, passa-se à análise de situações específicas envolvendo a mitigação de tais características.

4.2 ANÁLISE DE CASOS ENVOLVENDO A MITIGAÇÃO DE CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A partir da análise, no tópico anterior, acerca da possibilidade de relativização de determinadas características dos direitos fundamentais ante o respeito à autonomia da vontade do indivíduo, passa-se ao estudo da (im)possibilidade de realização do testamento vital e do aborto de fetos anencéfalos no Brasil, notadamente por se tratarem de institutos que evidenciam um embate entre os direitos fundamentais e a autodeterminação humana.

¹⁵¹ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 438.

¹⁵² MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 439.

¹⁵³ ROSA, Lucas Costa da. Renúncia a direitos fundamentais. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2795, 25 fev. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18569>>. Acesso em: 24 out. 2018.

4.2.1 Testamento Vital

Ao longo dos anos, a medicina evoluiu de forma substancial, sobretudo no que diz respeito ao tratamento e cura das diversas enfermidades que acometem os indivíduos. A tecnologia atual não apenas elevou as possibilidades de cura dos pacientes, como também amplificou a busca médica pela cura a qualquer custo, mesmo que a ineficácia do tratamento seja comprovada cientificamente. Nessa perspectiva, a vida humana tem sido prolongada para além do que é considerado adequado, contudo, a morte permanece irremediável e por muitas vezes mais dolorosa do que deveria ser.¹⁵⁴

A partir dessa perspectiva, principalmente com o desenvolvimento de tratamentos que visam prolongar o evento morte, passou-se a discutir acerca do direito do paciente em manifestar sua vontade em relação a estes, quando estiver em situação de incapacidade. A partir daí, surgiu em 1991, nos Estados Unidos, a lei das Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV), intitulada *The Patient Self-Determination Act* (Ato de Auto-Determinação do Paciente), cujo objetivo era reafirmar a autonomia do enfermo frente aos tratamentos médicos a que gostaria, ou não, de ser submetido.¹⁵⁵

Ao entendimento de Luciana Dadalto:

Os princípios constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III) e da Autonomia (princípio implícito no art. 5º), bem como a proibição de tratamento desumano (art. 5º, III) alicerçam as DAV. Isto porque, as DAV são uma forma de expressão de autonomia do indivíduo, além de serem instrumento garantidor da dignidade.¹⁵⁶

Necessário salientar, contudo, que as Diretivas Antecipadas de Vontade não são consideradas um documento propriamente dito, mas sim, um gênero de

¹⁵⁴ CLAUDINO, Alessandra Helen Alves. Diretivas Antecipadas de vontade no ordenamento jurídico Brasileiro. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVIII, n. 133, fev. 2015. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15785>. Acesso em: 29 out. 2018.

¹⁵⁵ BOMTEMPO, Tiago Vieira. Diretivas antecipadas: instrumento que assegura a vontade de morrer dignamente. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 98, mar. 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11206>. Acesso em: 29 out. 2018.

¹⁵⁶ DADALTO, Luciana. **Aspectos registrai das diretivas antecipadas de vontade**. Disponível em: <<https://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2018/05/Aspectos-registrai-das-diretivas-antecipadas-de-vontade.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2018.

documentos capazes de expressar a vontade do indivíduo. Nesse sentido, elas são subdivididas em mandato duradouro e testamento vital.¹⁵⁷

Para Luciana Dadalto, “o mandato duradouro [...] é utilizado em caso de incapacidade permanente ou temporária, e refere-se à nomeação de um procurador de saúde, que decidirá em nome do paciente, no caso de incapacidade deste”.¹⁵⁸

Em contrapartida, o termo *living will*, cuja tradução literal para a língua portuguesa corresponde a testamento vital, surgiu nos Estados Unidos no ano de 1967, prevendo os procedimentos médicos aos quais o paciente não gostaria de se submeter, se algum dia ficasse impossibilitado de manifestar sua vontade, seja por estar inconsciente, seja por encontrar-se em estado terminal.¹⁵⁹

Junto com o termo testamento vital, contudo, surgiu a problemática envolvendo a ocorrência, ou não, de afronta à característica de irrenunciabilidade do direito à vida, quando da opção por realizar tal documento. Inclusive, nesse sentido, dispõem Bruna Cardoso e Beatris Francisca Chemin:

Esse testamento tem como principal fundamento garantir que, em respeito à dignidade da pessoa humana, o paciente em estado terminal possa se recusar a se submeter a tratamentos intermináveis e prolongados que acabem por resultar somente em sofrimento a ele mesmo e à sua família. Contudo, se a pessoa ainda tem chances de se curar ou de pelo menos continuar viva, mesmo que com algumas limitações e dificuldades, o fato de dispor sobre os tratamentos a que quer vir a se submeter ou não, não estaria por conceder – inconstitucionalmente – a liberdade de dispor da própria vida? Sabe-se que a vida é um bem indisponível. Nesse caso, o testamento vital vem a ser uma ferramenta inconstitucional de dispor de sua própria vida?¹⁶⁰

¹⁵⁷ SAIORON, Isabela. **Diretivas antecipadas de vontade: perspectivas de enfermeiros**, 2016, 106 f. Dissertação (Mestrado em Enfermagem) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016. Disponível em:

<<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/174428/344631.pdf?sequence=1&isAllo wed=y>>. Acesso em: 29 out. 2018.

¹⁵⁸ DADALTO, Luciana. **Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal)**. Disponível em: <<https://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2018/05/Distor%C3%A7%C3%B5es-acerca-do-testamento-vital-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2018.

¹⁵⁹ BOMTEMPO, Tiago Vieira. Diretivas antecipadas: instrumento que assegura a vontade de morrer dignamente. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 98, mar. 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11206>. Acesso em: 29 out. 2018.

¹⁶⁰ CARDOSO, Bruna; CHEMIN, Beatris Francisca. O testamento vital diante do direito à vida. **Revista Destaques Acadêmicos**, Lajeado, v. 10, n. 2, 2018. Disponível em: <<http://www.univates.br/revistas/index.php/destaques/article/view/1709/1367>>. Acesso em: 01 nov. 2018.

Para alcançar uma conclusão acerca da referida problemática, se faz necessário o estudo do instituto do testamento vital no Brasil.

O testamento propriamente dito refere-se a um ato personalíssimo e revogável, pelo qual alguém, em conformidade com a lei, dispõe do seu patrimônio, no todo ou em parte, para depois da sua morte. Ademais, também há possibilidade de o testador fazer estipulações extrapatrimoniais, tais como: reconhecimento de filhos, disposição do próprio corpo para fins científicos, determinação sobre seu funeral, entre outros.¹⁶¹

Nessa perspectiva, tem-se que são admitidas disposições de caráter pessoal e familiar, que podem vir juntamente com as patrimoniais, ou esgotar inteiramente a declaração do testador, situação em que o testamento terá apenas essa finalidade. Ou seja, são válidas as cláusulas extrapatrimoniais, mesmo que o testamento a elas tenha se limitado.¹⁶²

Por esse ângulo, disciplina Arnaldo Rizzardo:

Há um entendimento aceitando que a pessoa disponha sobre seus derradeiros momentos de vida, caso se encontre em estado terminal, e não disponha de condições mentais de ela decidir. Mantém-se a disposição pela qual a pessoa decide sobre o tipo de tratamento ou de não tratamento para a eventualidade de se encontrar em estado terminal, e sem aptidão de manifestar sua vontade. Reconhece-se a validade do ato de vontade na hipótese de dispensar o tratamento médico, ou na prática da eutanásia, com vistas a evitar o sofrimento, se não existem perspectivas mínimas que são baluartes do estado de direito brasileiro, garantidos pelos arts. 1º, III, e 5º, da Carta Constitucional, e que têm o significado de garantir à pessoa o direito de decidir e realizar, sem interferências de estranhos, as próprias escolhas individuais. O testamento, considerado um negócio jurídico personalíssimo e ato de última vontade de uma pessoa, é instituído não restrito a valores ou bens patrimoniais, mas extensivo a situações existenciais. E justamente na eventualidade de inexistência do exercício da manifestação de vontade é que se revela eficaz o ato que decidiu sobre esse momento, o qual se conhece como testamento vital, ou *living will*, servindo, sobretudo, para oficializar a escolha do médico que apressou os últimos momentos da existência unicamente vegetativa.¹⁶³

Inclusive, ao entendimento de Cristian Fetter Mold, imputar a um indivíduo a obrigação de ser submetido a tratamentos médicos destinados apenas a prolongar

¹⁶¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das sucessões**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 209.

¹⁶² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das sucessões**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 209.

¹⁶³ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 243.

sua vida, sem, contudo, existirem perspectivas de melhora ou de cura da sua enfermidade, constitui um verdadeiro fardo.¹⁶⁴

Seguindo esse viés, entendem Roberto Dias da Silva e Thamires Pandolfi Cappello que: “Se existe o direito à saúde e à integridade física, existe, por outro lado, a possibilidade de o indivíduo renunciar a eles levando em conta o que entende certo ou errado, segundo suas próprias convicções”.¹⁶⁵

Entretanto, tal entendimento não é pacífico, ao passo que muitos estudiosos defendem veementemente a inviolabilidade do direito à vida. Ao entendimento de Cecília Lôbo Marreiro, a inviolabilidade do direito à vida, disposto no artigo 5º da Constituição Federal, não se revela em um dever de viver imposto pelo Estado, e sim, em uma proteção à vida humana, contra atos atentatórios do poder público e dos demais indivíduos. Contudo, para a autora, isso não significa que tal direito permita ao indivíduo escolher seus caminhos, no que diz respeito à própria vida e, conseqüentemente, à própria morte.¹⁶⁶

No mesmo sentido, dispõe Mayana Sales Moreira:

A vida é, sem dúvidas, o bem mais importante para a sociedade, merecendo proteção de todo o ordenamento jurídico. Por esta razão, o direito a vida possuiria como uma de suas características, a indisponibilidade. Sendo indisponível, não seria possibilitado ao indivíduo dela abdicar. Desta afirmação é possível depreender que, por se tratar de direito absoluto, é dever do Estado protegê-la, mesmo que contra a vontade de seu titular.¹⁶⁷

Contudo, defendendo a possibilidade de relativização da característica da irrenunciabilidade desse direito fundamental, Thiago do Amaral Santos disciplina que a vida sempre foi consagrada como um direito supremo da pessoa, vista como um bem sagrado e que deve se sobrepor a todos os outros direitos fundamentais,

¹⁶⁴ MOLD, Cristian Fetter. Morte digna e testamento vital: breves considerações. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 22, n. 5079, 28 maio 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/45394>>. Acesso em: 31 out. 2018.

¹⁶⁵ SILVA, Roberto Dias da; CAPPELLO, Thamires Pandolfi. Renúncia a direitos fundamentais na submissão de seres humanos a estudos clínicos. **Revista de Bioética y Derecho**, jun. 2016. Disponível em: <<http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/16152/19159>>. Acesso em: 01 nov. 2018.

¹⁶⁶ MARREIRO, Cecília Lôbo. **A inviolabilidade do direito à vida pela prática da ortotanásia**: uma visão humanista pelo direito à morte digna. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=bc6dc48b743dc5d0>>. Acesso em: 06 nov. 2018.

¹⁶⁷ MOREIRA, Mayana Sales. **Testamento vital**: uma análise da extensão de sua eficácia às situações diversas da terminalidade de vida, 2015, 130 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/17712/1/Dissertacao%20com%20elementos%20pre-textuais.pdf>>. Acesso em: 06 nov. 2018.

entretanto, a morte é uma consequência natural, e refere-se à única certeza que o ser humano tem quando está vivo. Nessa ótica, a supervalorização da vida se choca com outros direitos fundamentais que também devem ser prestigiados. Diante disso, para o autor, o direito à liberdade do indivíduo, aliado a outros direitos fundamentais dele decorrentes, também devem prevalecer, em prestígio à autodeterminação humana de dispor do seu corpo de acordo com sua convicção, inclusive quanto à forma e ao momento da morte.¹⁶⁸

Nesse sentido, o testamento vital, também chamado de testamento biológico ou testamento em vida, é um documento pelo qual a pessoa determina, de forma escrita, que tipo de tratamento ou não tratamento deseja para a ocasião em que estiver doente, em estado terminal e incurável, quando incapaz de manifestar sua vontade.¹⁶⁹

Para Mayana Sales Moreira:

O testamento vital, conforme já conceituado, possibilita que uma pessoa registre a quais procedimentos diagnósticos e prognósticos gostaria ou não de ser submetida em caso de incapacidade permanente. Visa-se, com este registro prévio, que os desejos do paciente sejam respeitados, mesmo quando este estiver impossibilitado de se manifestar. **Trata-se, portanto, de uma clara expressão do princípio da autonomia**, na medida em que possibilita que a decisão sobre a realização ou não de determinados tratamentos seja do próprio paciente, com base em seus próprios valores, e não da equipe médica responsável pelo caso.¹⁷⁰ (grifo nosso)

Tal documento objetiva garantir ao paciente que seus desejos sejam atendidos em situações de fim da vida, assim como, proporciona ao médico um respaldo para a tomada de decisões em situações conflitantes. Ademais, o testamento vital produz efeitos *erga omnes*, vinculando médicos, parentes do enfermo, e eventual procurador de saúde vinculado às suas disposições. Nessa

¹⁶⁸ SANTOS, Thiago do Amaral. Testamento vital como instrumento assecuratório do direito à morte digna. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 120, jan. 2014. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14219&revista_caderno=6>. Acesso em: 06 nov. 2018.

¹⁶⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da Personalidade e Autonomia Privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 240.

¹⁷⁰ MOREIRA, Mayana Sales. **Testamento vital: uma análise da extensão de sua eficácia às situações diversas da terminalidade de vida**, 2015, 130 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/17712/1/Dissertacao%20com%20elementos%20pre-textuais.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2018.

perspectiva, para garantir segurança jurídica ao testador, é imprescindível que ele seja lavrado por escritura pública, perante um notário.¹⁷¹

Contudo, apesar da importância de tal instituto, não há, no Brasil, legislação regulamentando o testamento vital. Ou seja, inexistente, atualmente, lei específica que delimite as formalidades e requisitos necessários à sua elaboração.¹⁷² Entretanto, apesar de inexistência de regulamentação, admite-se sua validade, diante da autonomia da pessoa e do princípio da dignidade humana.¹⁷³

Desta feita, em virtude da ausência de normatização do referido instituto, o Conselho Federal de Medicina (CFM), tentando regulamentar no âmbito médico a possibilidade de recusa do paciente a certos tratamentos, editou algumas resoluções norteadoras do tema, cujo destaque deve ser atribuído à resolução de nº 1.995/2012.¹⁷⁴

Referida Resolução foi aprovada pelo Conselho Federal de Medicina, no dia 31 de agosto de 2012, e traz disposições acerca das diretivas antecipadas de vontade. Ela foi a primeira regulamentação sobre a matéria no Brasil, com a qual o CFM mantém a tradição de se posicionar acerca de temas inerentes à bioética antes do Poder Legislativo.¹⁷⁵

Nessa perspectiva, tendo em vista a importância da Resolução nº 1.995/2012 para o estudo da presente temática, necessária se faz a verificação das suas disposições na íntegra:

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, e

¹⁷¹ DADALTO, Luciana. **Aspectos registrais das diretivas antecipadas de vontade**. Disponível em: <<https://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2018/05/Aspectos-registrais-das-diretivas-antecipadas-de-vontade.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2018.

¹⁷² MOREIRA, Mayana Sales. **Testamento vital: uma análise da extensão de sua eficácia às situações diversas da terminalidade de vida**, 2015, 130 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/17712/1/Dissertacao%20com%20elementos%20pre-textuais.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2018.

¹⁷³ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da Personalidade e Autonomia Privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 240.

¹⁷⁴ MOREIRA, Mayana Sales. **Testamento vital: uma análise da extensão de sua eficácia às situações diversas da terminalidade de vida**, 2015, 130 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/17712/1/Dissertacao%20com%20elementos%20pre-textuais.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2018.

¹⁷⁵ DADALTO, Luciana. **Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995/12**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n1/a12v21n1>>. Acesso em: 31 out. 2018.

CONSIDERANDO a necessidade, bem como a inexistência de regulamentação sobre diretivas antecipadas de vontade do paciente no contexto da ética médica brasileira;

CONSIDERANDO a necessidade de disciplinar a conduta do médico em face das mesmas;

CONSIDERANDO a atual relevância da questão da autonomia do paciente no contexto da relação médico-paciente, bem como sua interface com as diretivas antecipadas de vontade;

CONSIDERANDO que, na prática profissional, os médicos podem defrontar-se com esta situação de ordem ética ainda não prevista nos atuais dispositivos éticos nacionais;

CONSIDERANDO que os novos recursos tecnológicos permitem a adoção de medidas desproporcionais que prolongam o sofrimento do paciente em estado terminal, sem trazer benefícios, e que essas medidas podem ter sido antecipadamente rejeitadas pelo mesmo;

CONSIDERANDO o decidido em reunião plenária de 9 de agosto de 2012,

RESOLVE:

Art. 1º Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

Art. 2º Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade.

§ 1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico.

§ 2º O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica.

§ 3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares.

§ 4º O médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente.

§ 5º Não sendo conhecidas as diretivas antecipadas de vontade do paciente, nem havendo representante designado, familiares disponíveis ou falta de consenso entre estes, o médico recorrerá ao Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender esta medida necessária e conveniente.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.¹⁷⁶

Analisando as disposições supracitadas, Mayana Sales Moreira disciplina que a Resolução nº 1.995/2012 não restringiu as diretivas antecipadas de vontade aos pacientes terminais, motivo pelo qual, em uma primeira análise, tem-se que seria possível, sem qualquer tipo de restrição, que o enfermo determinasse os cuidados e tratamentos que gostaria ou não de receber em caso de incapacidade de se expressar. Nessa ótica, a referida resolução seria aplicável aos casos de doença

¹⁷⁶ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.995/2012**: Portal Médico. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 31 out. 2018.

terminal, estado vegetativo persistente, demência avançada, entre outras situações incapacitantes.¹⁷⁷

De mais a mais, o que a resolução efetivamente fez foi reconhecer o direito dos pacientes de recusarem tratamentos fúteis, extraordinários, que não oferecem benefício real ao enfermo, cuja única destinação é prolongar a vida biológica, sem garantir ao doente, contudo, qualidade efetiva de vida.¹⁷⁸

A Resolução nº 1.995/2012 foi um avanço no que se refere ao tratamento das diretivas antecipadas no Brasil, significando um grande passo para a elaboração de uma futura lei regulamentadora da matéria. Fala-se em avanço, pois, pela primeira vez se previu, expressamente, acerca da possibilidade de uma pessoa registrar, de forma antecipada, a sua vontade em relação à realização de tratamentos médicos, configurando uma clara manifestação do princípio da autonomia e da dignidade humana. Nesse ponto, inclusive, se faz necessário registrar que a própria exposição de motivos da referida resolução considera que as diretivas antecipadas de vontade situam-se no âmbito da autonomia do paciente.¹⁷⁹

É válido enfatizar, entretanto, que o Conselho Federal de Medicina não possui competência para legislar. Desta forma, a Resolução nº 1.995/2012 não possui força de lei, tampouco, uma positivação em lei adequada. Contudo, apesar dessa situação, não se deve impedir o reconhecimento da validade do testamento vital no Brasil, pois tal instituto representa um garantidor da autonomia da vontade dos pacientes. Sendo assim, o instituto do testamento vital mostra-se válido, ante a interpretação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da autonomia e da liberdade.¹⁸⁰

¹⁷⁷ MOREIRA, Mayana Sales. **Testamento vital: uma análise da extensão de sua eficácia às situações diversas da terminalidade de vida**, 2015, 130 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/17712/1/Dissertacao%20com%20elementos%20pre-textuais.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2018.

¹⁷⁸ DADALTO, Luciana. **Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995/12**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n1/a12v21n1>>. Acesso em: 31 out. 2018.

¹⁷⁹ MOREIRA, Mayana Sales. **Testamento vital: uma análise da extensão de sua eficácia às situações diversas da terminalidade de vida**, 2015, 130 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/17712/1/Dissertacao%20com%20elementos%20pre-textuais.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2018.

¹⁸⁰ ALBUQUERQUE, Ana Paula Souza de. Testamento vital: declaração prévia de vontade de pacientes terminais à luz da autonomia da vontade e sua aplicabilidade no sistema jurídico brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4464, 21 set. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/33396>>. Acesso em: 31 out. 2018.

Pelo exposto, verifica-se que o testamento vital é uma forma de o indivíduo fazer valer sua autonomia da vontade, em busca de uma vida digna, relativizando a característica de irrenunciabilidade do direito fundamental à vida. Contudo, tal instituto ainda enfrenta muitas dificuldades no Brasil, notadamente em virtude da ausência de regulamentação específica em nosso ordenamento jurídico, o que acarreta, conseqüentemente, insegurança aos profissionais da medicina, e desamparo aos enfermos que pretendem fazer valer sua vontade.

Dito isso, passa-se à análise da possibilidade de realização, no Brasil, do aborto de fetos anencéfalos.

4.2.2 Aborto de fetos anencéfalos

O direito à vida é considerado o mais fundamental de todos os direitos, ao passo que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos inerentes ao indivíduo.¹⁸¹

Contudo, a Constituição Federal (CF) de 1988 não dispõe sobre o início da vida humana ou o instante em que ela efetivamente começa. Porém, a mera menção ao direito à vida implica a proteção aos que ainda não nasceram, ao passo que, sem tal proteção, a vida sequer poderia existir.¹⁸²

Atualmente, um dos entendimentos mais aceitos sobre o início da vida, no âmbito jurídico, é de que ela se dá a partir do surgimento da capacidade neurológica de sentir dor ou prazer, o que ocorre aproximadamente no décimo quarto dia após a concepção. Nesse sentido, tem-se que a vida humana surge a partir da formação do sistema nervoso central.¹⁸³

De mais a mais, da mesma maneira que o início da vida, o término dessa garantia não possui previsão constitucional. Coube ao Código Civil, em seu artigo 6º, estabelecer sucintamente, que a existência da pessoa natural termina com a morte. Além disso, a Lei n. 9.434/97, conhecida como Lei dos Transplantes, optou pelo

¹⁸¹ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 87.

¹⁸² RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 594-595.

¹⁸³ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 329.

critério da morte encefálica para que seja atestado o término das funções vitais do organismo humano.¹⁸⁴

Tal direito, ao entendimento de Uadi Lammêgo Bulos, é o mais importante de todos os direitos fundamentais.¹⁸⁵ Ele está inserido na Constituição Federal de 1988, no *caput* do artigo 5º, que dispõe ser garantida a inviolabilidade do direito à vida, sendo este, o estado em que se encontra determinado ser animado. Seu oposto, a morte, consiste no fim das funções vitais de um organismo.¹⁸⁶

Seguindo essa ótica, a inviolabilidade do direito à vida traz a lume a discussão, se a legalização do aborto seria intervenção violadora ou uma intervenção legítima no direito à vida do feto.¹⁸⁷

Para Rogério Greco, o problema da relativização da inviolabilidade do direito à vida que está em formação, encontra-se no fato de que não é possível perceber a dor sofrida pelo óvulo, pelo embrião, ou mesmo pelo feto. Para o autor, como o sofrimento do ser em formação não é presenciado pelos seus defensores, a inviolabilidade de tal direito fundamental é aceita com tranquilidade. Nesse sentido, entende o doutrinador que a vida, independentemente do seu tempo, deve ser amplamente protegida.¹⁸⁸

Contudo, para Marcelo Novelino, a característica da inviolabilidade do direito à vida é passível de relativização. Ao entendimento do autor, apesar de o direito à vida ser pressuposto elementar para o exercício de todos os demais direitos, ele não possui caráter absoluto. Em casos de colisão com outros princípios de peso relativo maior, ou com o mesmo bem jurídico titularizado por terceiros, o direito à vida poderá sofrer restrições no seu âmbito de proteção.¹⁸⁹

Nesse sentido, verificados os embates acerca da possibilidade, ou não, de relativização de características do direito fundamental à vida, necessária se faz a análise do instituto do aborto.

¹⁸⁴ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 597.

¹⁸⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 543.

¹⁸⁶ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 594.

¹⁸⁷ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 328.

¹⁸⁸ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**. 15. ed. Niterói: Impetus, 2018. p. 131.

¹⁸⁹ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 326.

Aborto é a interrupção da gravidez antes do seu prazo final, com ou sem expulsão do feto, podendo ser espontâneo ou provocado.¹⁹⁰ Ele é a cessação da gravidez, antes do termo normal, causando a morte do embrião ou feto.¹⁹¹

Talvez, atualmente, o aborto seja uma das infrações penais mais controvertidas, ao passo que o Código Penal não define o que é aborto, ficando a cargo da doutrina e da jurisprudência o esclarecimento do significado da expressão *provocar aborto*. Ademais, a todo instante são travadas discussões acerca de sua revogação ou de sua manutenção do Código Penal.¹⁹²

Ao entendimento de Marcelo Novelino:

Um dos principais argumentos utilizados para fundamentar a criminalização do aborto é no sentido de que a vida começa a partir da concepção e que a inviolabilidade desse direito deve ser considerada absoluta ou, pelo menos, deve ser atribuído a ela peso suficientemente elevado a ponto de prevalecer sobre as razões fornecidas pelos direitos fundamentais da gestante. Sob esse prisma, qualquer medida estatal diversa da criminalização do aborto violaria a dignidade do feto e seria insuficiente para proteger a inviolabilidade do seu direito à vida de forma constitucionalmente adequada. [...] De outro lado, há quem defenda que o Estado não deve criminalizar o aborto e sim adotar medidas protetivas diferenciadas na medida em que o feto se desenvolve. O tratamento legislativo adequado sobre o tema não poderia deixar de considerar direitos fundamentais da gestante, os quais justificariam a adoção de outros meios mais apropriados para harmonizar os interesses em conflito, ao menos nos primeiros meses de gestação.¹⁹³

São argumentos contrários ao aborto: a) o limite à intimidade, pois esta é uma comodidade ao indivíduo, contudo, não serve como escudo protetor para cometimento de delitos; b) o entendimento de que o feto é visto como ente autônomo; c) a repulsa à eugenia, contornando-se o abusivo gesto de escolher filhos perfeitos; d) o fato de que salvar a vida da gestante, atualmente, é uma realidade para a medicina, não havendo mais necessidade da prática do aborto.¹⁹⁴

De outro lado, um dos argumentos principais daqueles que pretendem suprimir a incriminação do aborto, é justamente o fato de que, embora proibido pela

¹⁹⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 545.

¹⁹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: parte especial – Arts. 121 a 212 do Código Penal** - vol.2. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 105.

¹⁹² GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**. 15. ed. Niterói: Impetus, 2018. p. 130.

¹⁹³ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 330-331.

¹⁹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: parte especial – Arts. 121 a 212 do Código Penal** - vol.2. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 107-108.

lei penal, sua realização é constante e frequente e, o que é pior, em clínicas clandestinas que colocam em risco, inclusive, a vida da gestante.¹⁹⁵

Aliás, para Marcelo Novelino, vários direitos fundamentais da gestante são atingidos com a criminalização do aborto, quais sejam: a) autonomia reprodutiva da mulher, corolário da liberdade de escolha (art. 5º, caput, CF), e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), que confere ao indivíduo uma capacidade de autodeterminação, sem interferência estatal; b) direito à igualdade entre os gêneros (art. 5º, I, CF), ao passo que a criminalização do aborto causa um impacto desproporcional nas mulheres em relação aos homens; c) direito à privacidade (art. 5º, X, CF), pelo qual a mulher poderia decidir sobre interromper, ou não, sua gravidez.¹⁹⁶

Nesse sentido, inclusive, entendeu o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (1993, caso “Aborto II”) que o direito do feto à vida, embora possua elevado valor, não se estende a ponto de eliminar todos os direitos fundamentais da gestante, havendo situações em que a realização do aborto deve ser admitida.¹⁹⁷

Ademais, acerca de um dos casos em que o aborto deve ser permitido no Brasil, dispõe Alexandre de Moraes:

[...] na impossibilidade de o feto nascer com vida, por exemplo, em casos de acrania (ausência de cérebro) ou, ainda, comprovada a total inviabilidade de vida extrauterina, por rigorosa perícia médica, nada justificaria sua penalização, uma vez que o direito penal não estaria a serviço da finalidade constitucional de proteção à vida, mas sim, estaria ferindo direitos fundamentais da mulher.¹⁹⁸

A anencefalia, supracitada, refere-se à ausência parcial ou total dos centros nervosos ou cerebrais do feto.¹⁹⁹

Ela é uma espécie de má-formação congênita que atinge cerca de 1 a cada 1000 embriões. Ademais, a palavra anencefalia significa sem cérebro, contudo, o bebê anencéfalo possui o cérebro-tronco, todavia, não possui o córtex e os

¹⁹⁵ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**. 15. ed. Niterói: Impetus, 2018. p. 130.

¹⁹⁶ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 331.

¹⁹⁷ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 332.

¹⁹⁸ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 93.

¹⁹⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 545.

hemisférios cerebrais. Sendo assim, quando um bebê anencéfalo sobrevive após o parto, ele terá apenas poucas horas ou dias de vida.²⁰⁰

Nessa perspectiva, fala-se acerca do aborto eugênico, que, de acordo com André Ramos Tavares:

[...] ocorre quando da interrupção da gravidez nos casos de haver sérios riscos para a vida da prole, por predisposição hereditária, ou pela ocorrência de doenças maternas durante a gravidez que comprometam o feto, acarretando enfermidades psíquicas, corporais ou ainda deformidades e sequelas permanentes.²⁰¹

Seguindo essa ótica, decisões judiciais têm autorizado o aborto de fetos ou embriões que apresentam graves anomalias, que inviabilizam, segundo a medicina atual, a sua vida futura. Assim, baseando-se no fato de que algumas gestantes, ao descobrirem tal situação, não se conformam com a gestação de um ser completamente inviável, abrevia-se o sofrimento autorizando-se a prática do aborto.²⁰²

Em decorrência da situação degradante enfrentada pelas gestantes de fetos com graves anomalias, em 17 de junho de 2004, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde propôs a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, questionando a aplicação dos artigos 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal, no que concerne ao feto anencéfalo.²⁰³

No julgamento da ADPF nº 54/DF, utilizando-se como fundamento a laicidade do Estado brasileiro, bem como os direitos fundamentais da gestante, o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou inconstitucional qualquer interpretação que tipifique como aborto a interrupção da gravidez de feto anencéfalo.²⁰⁴

A esse respeito, dispõe Alexandre de Moraes:

O Supremo Tribunal Federal, em questão de ordem e por maioria de votos, reconheceu o cabimento de arguição de descumprimento de preceito fundamental para analisar a lei anterior à Constituição Federal [...]. Como

²⁰⁰ PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 249.

²⁰¹ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 435-436.

²⁰² NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: parte especial – Arts. 121 a 212 do Código Penal** - vol.2. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 126.

²⁰³ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**. 15. ed. Niterói: Impetus, 2018. p. 158.

²⁰⁴ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 327.

destacado pelo Supremo Tribunal Federal, foram apontados “como violados os preceitos dos arts. 1º, IV (dignidade da pessoa humana); 5º, II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade); 6º, *caput*, e 196 (direito à saúde), todos da CF e, como ato do Poder Público, causador da lesão, o conjunto normativo ensejado pelos arts. 124, 126, *caput*, e 128, I e II, do Código Penal, requerendo, em última análise, a interpretação conforme à Constituição dos referidos dispositivos do CP, a fim de explicitar que os mesmos não se aplicam aos casos de aborto de feto anencéfalo”.²⁰⁵

Inclusive, um dos entendimentos justificadores da admissibilidade do aborto de fetos anencéfalos, no julgamento da ADPF 54, encontra-se no fato de que, para os julgadores, o anencéfalo é considerado um natimorto, ou seja, não há vida em potencial. Ademais, entendem os prolatores da decisão, que a anencefalia mostra-se incompatível com a vida extrauterina.²⁰⁶

Outrossim, para Guilherme de Souza Nucci: “esta foi uma das mais importantes decisões tomadas pelo STF nos últimos tempos. É um autêntico marco histórico para as áreas do direito, em especial penal, da saúde, da sociologia, da psicologia e várias outras”.²⁰⁷

A partir de tal situação, o Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução nº 1.989, decidida em 10 de maio de 2012, criou regras, no âmbito médico, para o intrincado tema da interrupção da gravidez no caso de fetos anencéfalos.²⁰⁸

O artigo 1º, do referido dispositivo, foi claro em dispor: “Na ocorrência do diagnóstico inequívoco de anencefalia o médico pode, a pedido da gestante, independente de autorização do Estado, interromper a gravidez”.²⁰⁹

Além do mais, no centro da Resolução supramencionada, está a necessidade do diagnóstico inequívoco da anencefalia.²¹⁰ Sobre referido requisito, disciplina o artigo 2º da Resolução nº 1.989:

²⁰⁵ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 88-89.

²⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 54, Confederação Nacional dos trabalhadores na saúde – CNTS. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianticiastf/anexo/adpf54.pdf>>. Acesso em: 07 nov. 2018.

²⁰⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: parte especial – Arts. 121 a 212 do Código Penal** - vol.2. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 133.

²⁰⁸ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 438.

²⁰⁹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.989/2012**, de 10 de maio de 2012: Portal Médico. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1989_2012.pdf>. Acesso em: 30 out. 2018.

²¹⁰ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 438.

Art. 2º O diagnóstico de anencefalia é feito por exame ultrassonográfico realizado a partir da 12ª (décima segunda) semana de gestação e deve conter:

I – duas fotografias, identificadas e datadas: uma com a face do feto em posição sagital; a outra, com a visualização do polo cefálico no corte transversal, demonstrando a ausência da calota craniana e de parênquima cerebral identificável;

II – laudo assinado por dois médicos, capacitados para tal diagnóstico.²¹¹

Como se percebe, a Resolução toma as cautelas necessárias a fim de investigar a real situação do feto e, conseqüentemente, impossibilitar a prática do aborto que não seja permitido no Brasil. Contudo, essas cautelas são tomadas sem criar obstáculos ou inviabilizar a interrupção de gravidez na hipótese agora contemplada como viável juridicamente, por força da decisão proferida pelo STF, no julgamento da ADPF nº 54.²¹²

Desta feita, constata-se que, uma vez diagnosticada a anencefalia, a gestante está permitida, se for de sua vontade, a submeter-se ao aborto, sem que tal comportamento seja entendido como criminoso.²¹³

Em síntese, o aborto é um tema extremamente controvertido no Brasil, ao passo que, ainda nos dias atuais, muitos são os posicionamentos contrários à possibilidade de disposição do direito à vida do feto.

Contudo, apesar dos entendimentos confrontantes, passou-se a admitir a possibilidade de a gestante realizar o aborto de fetos anencéfalos, notadamente em virtude da ausência de viabilidade de vida futura do ser em formação. Nessa perspectiva, a gestante tem respeitados seus direitos à dignidade, à liberdade e à autonomia.

Nesse sentido, verifica-se que o aborto de fetos anencéfalos relativiza a característica de irrenunciabilidade do direito à vida do feto, frente à autonomia da vontade da gestante.

²¹¹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.989/2012**, de 10 de maio de 2012: Portal Médico. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1989_2012.pdf>. Acesso em: 30 out. 2018.

²¹² TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 438.

²¹³ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**. 15. ed. Niterói: Impetus, 2018. p. 158.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho monográfico tratou, em síntese, acerca dos direitos fundamentais do indivíduo, da dignidade da pessoa humana, da hermenêutica constitucional e da autonomia da vontade. Buscou-se, no decorrer do desenvolvimento da pesquisa, identificar se há possibilidade, com base nas premissas da hermenêutica constitucional, de relativização de características dos direitos fundamentais frente à autonomia da vontade do indivíduo.

Primeiramente, abordou-se sobre a evolução histórica dos direitos fundamentais, passando-se à análise das dimensões desses direitos e suas principais características. Conforme observado, os direitos fundamentais são um conjunto de garantias do ser humano, que objetivam o respeito à dignidade do indivíduo, por meio da proteção deste contra os abusos provocados pelo Estado. Tais direitos estabelecem condições mínimas de vida e de desenvolvimento da personalidade.

Ademais, verificou-se que as principais características dos direitos fundamentais, relevantes à resolução do problema proposto nesta pesquisa são: a imprescritibilidade, pela qual tais direitos não se perdem com o decurso do tempo; a inalienabilidade ou indisponibilidade, que dispõe não serem os direitos fundamentais passíveis de transferência a outrem; a inviolabilidade, ao passo que não podem ser desrespeitados por determinações infraconstitucionais ou por atos de autoridades públicas e; a irrenunciabilidade, que está ligada ao fato de que não se pode admitir a renúncia a tais direitos, inerentes ao indivíduo.

Após, passando-se ao estudo da dignidade da pessoa humana, verificou-se que ela é considerada o valor constitucional supremo e, enquanto tal, deve servir como diretriz para a elaboração, aplicação e interpretação das normas que compõem o ordenamento jurídico e, notadamente, o sistema dos direitos fundamentais. Outrossim, observou-se que a dignidade humana é uma condição intrínseca a cada ser humano, que o protege de tratamentos degradantes, assegurando condições mínimas de sobrevivência.

Seguindo essa perspectiva, e buscando identificar se há possibilidade de relativização dos direitos fundamentais do indivíduo, com base nas premissas da

hermenêutica constitucional, passou-se à análise dos métodos de interpretação da Constituição e dos princípios norteadores da hermenêutica.

Conforme verificado, a hermenêutica é a ciência que concede ao estudioso ou aplicador do Direito, os parâmetros suficientes e necessários para interpretar a norma e retirar do texto positivado tudo o que ela contém.

Outrossim, dentre os princípios que norteiam a atividade de interpretação constitucional, um merece destaque, qual seja, o Princípio da Harmonização. Ele dispõe que, no caso de colisão entre dois ou mais direitos constitucionalmente consagrados, há o dever de se combinar e coordenar os bens jurídicos em conflito, a fim de chegar-se a melhor solução para o caso concreto.

De mais a mais, analisando os métodos de interpretação constitucional, tem-se que, para se ponderar os direitos fundamentais e à autonomia da vontade do indivíduo, o jurista deve exprimir o verdadeiro significado da norma, buscando entender a intenção do legislador no momento que decidiu atribuir a algum direito o caráter da fundamentabilidade. Nessa perspectiva, tem-se que, ao verificar sobre a possibilidade de relativização de características de direitos considerados fundamentais, o aplicador do Direito precisa examinar a lei em conexão com as demais disposições do ordenamento jurídico, investigando, profundamente, a verdadeira intenção da legislação, a fim de analisar, no caso concreto, qual garantia deve prevalecer e qual decisão se mostra mais adequada.

Seguindo essa perspectiva, adentrou-se no estudo da autonomia da vontade do indivíduo e do princípio da liberdade humana. A autonomia da vontade visa conferir ao indivíduo o direito de autodeterminação. Ela configura-se na faculdade que o indivíduo possui de tomar decisões em sua esfera particular, de acordo com seus interesses e preferências. Ou seja, a partir da autonomia da vontade, a pessoa pode fazer tudo aquilo que desejar, desde que não infrinja as disposições legais, nem prejudique os interesses de outrem. Outrossim, no mesmo sentido, dispõe o princípio da liberdade do indivíduo, que se expressa no poder de o indivíduo buscar sua felicidade e sua realização pessoal, com base em seus preceitos e vontades.

Em seguida, antes de analisar a fundo o verdadeiro problema proposto no presente trabalho, adentrou-se no estudo dos direitos da personalidade, que se referem a um conjunto de caracteres inerentes ao próprio indivíduo, ou seja, que

estão enraizados na esfera mais íntima da pessoa. Tais direitos estão intimamente ligados ao desenvolvimento da pessoa humana, caracterizando-se como uma garantia para a preservação de sua dignidade.

Nesse caminhar, chegou-se, finalmente, ao estudo da possibilidade, ou não, de relativização de características dos direitos fundamentais frente à autonomia da vontade do indivíduo, analisando-se os institutos do testamento vital e do aborto de fetos anencéfalos.

A partir daí, mesmo verificando que existem diversos posicionamentos conflitantes e contraditórios sobre a temática, foi possível concluir que algumas características dos direitos fundamentais são passíveis de relativização, notadamente os aspectos da indisponibilidade e da irrenunciabilidade.

Conforme restou demonstrado, a discussão acerca da renúncia e da disponibilidade de direitos fundamentais desemboca no sopesamento de valores, onde de um lado está a autonomia da vontade humana e do outro, o direito a ser renunciado. Contudo, apesar do nome, nem sempre o direito fundamental prevalece, ao passo que em diversas situações, analisando-se o caso concreto, a melhor decisão a ser tomada é com base na autodeterminação e na liberdade do indivíduo.

Inclusive, a possibilidade de relativização de características de direitos fundamentais, por muitos, consideradas absolutas, está no fato de que, impedir uma pessoa, com plena capacidade de discernimento, de negociar ou renunciar a seus direitos fundamentais, é violar um dos mais básicos atributos da dignidade humana.

Seguindo essa perspectiva, analisou-se o instituto do testamento vital, que se refere a um documento pelo qual a pessoa determina que tipo de tratamento quer, ou não quer receber para a ocasião em que estiver doente, em estado terminal ou incurável, quando incapaz de manifestar sua vontade.

Cabe destacar que no Brasil não há regulamentação específica autorizando a confecção do testamento vital. Aliás, pelo contrário, o que há é uma Resolução do Conselho Federal de Medicina, sem força de lei, autorizando a prática das diretivas antecipadas de vontade.

Contudo, mesmo inexistindo legislação regulamentadora do tema, verificou-se que, com base nas premissas da dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade do indivíduo, o testamento vital se mostra um documento válido, de possível reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro.

Tudo isso porque, com o avanço da medicina, passou-se a buscar o prolongamento da vida humana, mesmo quando verificado que o enfermo não mais possuía condições de cura ou de melhora de seu quadro clínico. Ou seja, a vida passou a ser prolongada para além do que é considerado necessário. Por esse motivo, buscando garantir a observância da autonomia do indivíduo, de sua dignidade e de uma boa morte, possibilitou-se a relativização da característica da irrenunciabilidade do direito à vida.

Em situação semelhante, encontra-se o instituto do aborto de fetos anencéfalos no Brasil, em que se vislumbra a relativização do direito à vida do feto, frente à autonomia da vontade da gestante.

Tal situação, apesar de não estar expressa em lei, foi abordada no julgamento do ADPF/54, oportunidade em que se entendeu que a anencefalia é incompatível com a vida extrauterina. Ao entendimento dos julgadores, a criminalização do aborto de anencéfalos iria atentar contra a dignidade humana da gestante, assim como, afrontaria seu direito à liberdade e à autonomia, além do seu direito à saúde.

Portanto, resta evidente que existem situações em que a autonomia da vontade do indivíduo se sobrepõe às características de irrenunciabilidade, inviolabilidade e indisponibilidade dos direitos fundamentais, notadamente, pois, ao interpretar casos de colisão entre dois ou mais direitos constitucionalmente consagrados, o aplicador do Direito deve utilizar-se do princípio da harmonização, visando combinar e coordenar os bens jurídicos em conflito, sempre interpretando a Constituição com base na verdadeira vontade da norma e na real intenção do legislador.

Conclui-se, portanto, a partir de todo o exposto, que há possibilidade de relativização de características dos direitos fundamentais frente à autonomia da vontade do indivíduo, mesmo que essa conquista enfrente muitas dificuldades ainda nos dias atuais.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ALBUQUERQUE, Ana Paula Souza de. Testamento vital: declaração prévia de vontade de pacientes terminais à luz da autonomia da vontade e sua aplicabilidade no sistema jurídico brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4464, 21 set. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/33396>>. Acesso em: 31 out. 2018.

ALMEIDA, Jesus Cláudio Pereira de. **A autonomia da vontade e seus efeitos jurídicos nos contratos de consumo**, 2018, 218 fl. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/21086/2/Jesus%20Cl%C3%A1udio%20Pereira%20de%20Almeida.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2018.

ASSUMPÇÃO, Vinícius de Souza. **Diretivas antecipadas de vontade: uma análise dos limites à autonomia em função das normas penais de tutela do direito à vida**, 2014, 162 fl. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/16604/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20INTEGRAL.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2018.

BAHIA, Flavia. **Direito Constitucional**. 3. ed. Recife: Armador, 2017.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. Disponível em: <http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 19 out. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/a_morte_como_ela_e_dignidade_e_autonomia_no_final_da_vida.pdf>. Acesso em: 19 out. 2018.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. Diretivas antecipadas: instrumento que assegura a vontade de morrer dignamente. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 98, mar. 2012. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11206>. Acesso em: 29 out. 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da Personalidade e Autonomia Privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 54, Confederação Nacional dos trabalhadores na saúde – CNTS. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>>. Acesso em: 07 nov. 2018.

BRITO, Misael Pinheiro. A autonomia da vontade no direito de morrer. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 21, n. 4609, 13 fev. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46381>>. Acesso em: 15 out. 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CARDOSO, Bruna; CHEMIN, Beatris Francisca. O testamento vital diante do direito à vida. **Revista Destaques Acadêmicos**, Lajeado, v. 10, n. 2, 2018. Disponível em: <<http://www.univates.br/revistas/index.php/destaques/article/view/1709/1367>>. Acesso em: 01 nov. 2018.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CLAUDINO, Alessandra Helen Alves. Diretivas Antecipadas de vontade no ordenamento jurídico Brasileiro. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVIII, n. 133, fev. 2015. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15785>. Acesso em: 29 out. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.989/2012**, de 10 de maio de 2012: Portal Médico. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1989_2012.pdf>. Acesso em: 30 out. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.995/2012**: Portal Médico. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 31 out. 2018.

DADALTO, Luciana. **Aspectos registrais das diretivas antecipadas de vontade**. Disponível em: <<https://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2018/05/Aspectos-registrais-das-diretivas-antecipadas-de-vontade.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2018.

DADALTO, Luciana. **Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal)**. Disponível em: <<https://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2018/05/Distor%C3%A7%C3%B5es-acerca-do-testamento-vital-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2018.

DADALTO, Luciana. **Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995/12**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n1/a12v21n1>>. Acesso em: 31 out. 2018.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das sucessões**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

EMERIM, Chesman. Dignidade da pessoa humana: uma resposta pendente do Estado ao criminoso. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 22, n. 5219, 15 out. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/61144>>. Acesso em: 15 out. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 15. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, volume 1: parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em <<http://twixar.me/byh3>>. Acesso em: 10 out. 2018.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **A indisponibilidade dos direitos trabalhistas no ordenamento jurídico**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/03/31/a-indisponibilidade-dos-direitos-trabalhistas-no-ordenamento-juridico/>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**. 15. ed. Niterói: Impetus, 2018.

GRUMANN, Andréa Regina Schuch. **A influência da lesão medular na autonomia dos indivíduos e formas de mensuração: uma revisão interativa**, 2015, 127 f. Dissertação (Mestrado em Enfermagem) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015. Disponível em: <<http://twixar.me/yNh3>>. Acesso em: 18 out. 2018.

LIMA, Andrei Ferreira de Araújo. **Dignidade da pessoa humana e autonomia da vontade: um estudo interdisciplinar sobre os limites éticos e jurídicos nos casos de eutanásia**, 2018, 146 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018. Disponível em: <http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/8116/2/Andrei_Ferreira_de_Arau%CC%81jo_Lima_DIS.pdf>. Acesso em: 19 out. 2018.

- LOPES, Guilherme Vieira de Mello; MAZIERO, Luís Guilherme Soares. A disponibilidade de direitos fundamentais sob a ótica da teoria de Robert Alexy. **Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales**, jul./set. 2016. Disponível em: <<http://www.eumed.net/rev/cccss/2016/03/neoconstitucionalismo.html>>. Acesso em: 25 out. 2018.
- MAIA, Lorena Duarte Lopes. Colisão de direitos fundamentais: visão do Supremo Tribunal Federal. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 98, mar. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11242>. Acesso em: 29 out. 2018.
- MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597006193/cfi/6/26!/4/54@0:44.2>>. Acesso em: 27 set. 2018. Acesso restrito via Minha Biblioteca.
- MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- MARREIRO, Cecília Lôbo. **A inviolabilidade do direito à vida pela prática da ortotanásia**: uma visão humanista pelo direito à morte digna. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=bc6dc48b743dc5d0>>. Acesso em: 06 nov. 2018.
- MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- MOLD, Cristian Fetter. Morte digna e testamento vital: breves considerações. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 22, n. 5079, 28 maio 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/45394>>. Acesso em: 31 out. 2018.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018. Disponível em: <<https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/1722-Direito-Constitucional-Alexandre-de-Moraes-2018.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2018.
- MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- MORAES, Guilherme Peña. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597015805/cfi/6/32!/4/24/2@0:100>>. Acesso em: 27 set. 2018. Acesso restrito via Minha Biblioteca.
- MOREIRA, Mayana Sales. **Testamento vital**: uma análise da extensão de sua eficácia às situações diversas da terminalidade de vida, 2015, 130 f. Dissertação

(Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015. Disponível em:
<<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/17712/1/Dissertacao%20com%20elementos%20pre-textuais.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2018.

MOTTA, Sylvio. **Direito Constitucional**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. Disponível em:
<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530978761/cfi/6/10!/4/2/4@0:0>>. Acesso em: 27 set. 2018. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: parte geral – vol. 1**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: <<http://twixar.me/wyh3>>. Acesso em: 10 out. 2018.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: parte especial – Arts. 121 a 212 do Código Penal - vol.2**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PESTANA, Barbara Mota. Direitos fundamentais: origem, dimensões e características. **Conteúdo Jurídico**, Brasília: 17 out. 2017. Disponível em:
<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.589755&seo=1>>. Acesso em: 24 out. 2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RATTI, Fernanda Cadavid. Autonomia da vontade e/ou autonomia privada? . **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4311, 21 abr. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38318>>. Acesso em: 15 out. 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ROSA, Lucas Costa da. Renúncia a direitos fundamentais. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2795, 25 fev. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18569>>. Acesso em: 24 out. 2018.

SAIORON, Isabela. **Diretivas antecipadas de vontade: perspectivas de enfermeiros**, 2016, 106 f. Dissertação (Mestrado em Enfermagem) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016. Disponível em:
<<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/174428/344631.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 29 out. 2018.

SANTOS, Thiago do Amaral. Testamento vital como instrumento assecuratório do direito à morte digna. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 120, jan. 2014. Disponível em: <<http://www.ambito->

juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14219&revista_caderno=6>. Acesso em: 06 nov. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SCHREIDER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

SILVA, Roberto Dias da; CAPPELLO, Thamires Pandolfi. Renúncia a direitos fundamentais na submissão de seres humanos a estudos clínicos. **Revista de Bioética y Derecho**, jun. 2016. Disponível em: <<http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/16152/19159>>. Acesso em: 01 nov. 2018.

SOUZA, Andréa Santana Leone de. **Os direitos da personalidade e a autonomia privada: a questão das crianças em situação de intersexo**, 2015, 141 f. Dissertação (Mestrado em Relações Sociais e Novos Direitos) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015. Disponível em: <<http://twixar.me/wNh3>>. Acesso em: 19 out. 2018.

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

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/1448-Curso-de-Direito-Constitucional-2017-Andr-Ramos-Tavares.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2018.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

VASCONCELOS, Clever. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

WEISZFLOG, Heloísa Cardillo. **Pessoa, personalidade e intransmissibilidade dos direitos de personalidade: proposta para fundamentação da tutela post mortem**, 2016, 172 fl. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/19285/2/Heloisa%20Cardillo%20Weiszflog.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2018.