



UFAM

UNIVERSIDADE FEDERAL DO AMAZONAS
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO EM CONSTITUCIONALISMO E DIREITOS NA AMAZÔNIA

THIAGO DA PENHA LIMA

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO MECANISMO DE
EFETIVAÇÃO DO DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA ENQUANTO DIREITO DA
PERSONALIDADE**

MANAUS/AM

2022

THIAGO DA PENHA LIMA

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO MECANISMO DE
EFETIVAÇÃO DO DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA ENQUANTO DIREITO DA
PERSONALIDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em
Constitucionalismo e Direito na Amazônia na
Universidade Federal do Estado do Amazonas, como
requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

ORIENTADOR: PROF. DR. JULIANO RALO MONTEIRO.

MANAUS/AM

2022

Ficha Catalográfica

Ficha catalográfica elaborada automaticamente de acordo com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

L732c Lima, Thiago da Pena
O controle de constitucionalidade como mecanismo de efetivação do direito à integridade física enquanto direito da personalidade / Thiago da Pena Lima . 2022
122 f.: 31 cm.

Orientador: Juliano Ralo Monteiro
Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Amazonas.

1. Controle de constitucionalidade. 2. Dignidade da pessoa humana. 3. Direitos da personalidade. 4. Direito à vida. 5. Direito ao corpo. I. Monteiro, Juliano Ralo. II. Universidade Federal do Amazonas III. Título

RESUMO

O presente trabalho prestou-se a examinar o mecanismo de controle de constitucionalidade como método de efetivação dos direitos da personalidade. Destarte, ao perquirir acerca do tema em análise, foi realizado estudo sobre a formação do princípio da dignidade da pessoa humana, da constitucionalização do direito civil e das consequências da ordem jurídica brasileira renovada pelo poder constituinte originário de 1988. Todo aparato histórico se fez necessário para compreender a estruturação e a fundamentação dos direitos da personalidade, previstos de maneira expressa pela primeira vez no Código Civil brasileiro de 2002. Nesta senda, o ordenamento jurídico pátrio, evoluindo toda teoria acerca do controle de constitucionalidade e dos direitos fundamentais, passou a irradiar os princípios e proteções outorgadas ao direito público para as relações privadas, resultando no fato de que o controle de constitucionalidade das normas se fixou como método de efetivação dos direitos da personalidade. Nesse ínterim, várias decisões da Suprema Corte abordam temas como o direito à vida, direito ao próprio corpo, envolvendo o aborto e à disposição pela crença religiosa, a fim de conceder a guarita necessária para proteção dos direitos privados da personalidade, decisões estas que terão seus elementos jurídicos e filosóficos abordados para elucidar o tema. Assim, o presente trabalho detém como objetivo examinar os aspectos da jurisdição constitucional no sistema normativo brasileiro, mais precisamente no que diz respeito à efetivação dos direitos da personalidade, descrevendo detidamente os conceitos básicos do controle de constitucionalidade das normas, assim como os ditames basilares dos direitos da personalidade. Desta forma, optou-se por um recorte metodológico com foco no direito à integridade física como espécie dos direitos da personalidade. Ainda, busca-se avaliar como as decisões judiciais, precipuamente as da Suprema Corte, tem influenciado na efetivação de determinados direitos fundamentais da personalidade. Este trabalho baseou-se em uma pesquisa bibliográfica, com abordagem qualitativa, em que foram utilizados livros, artigos, doutrinas jurídicas, legislações, pareceres e jurisprudência. Por fim, constata-se que a jurisdição constitucional, considerada de modo amplo, precisa ser utilizada com parcimônia em face a delicadeza que envolve os temas em estudo, posto que há diversas ramificações e entendimentos propostos sobre a natureza dos direitos da personalidade e como estes devem ser tratados pelos órgãos pertencentes ao Poder Judiciário.

Palavras-chave: controle de constitucionalidade; dignidade da pessoa humana; direitos da personalidade; direito à vida; direito ao corpo.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the mechanism of judicial review as a method for the enforcement of personality rights. Thus, when inquiring about the subject under analysis, a study was carried out on the formation of the principle of human dignity, the constitutionalization of civil law and the consequences of the Brazilian legal order renewed by the constituent power originating in 1988. All historical apparatus was necessary to understand the structuring and foundation of personality rights, expressly provided for the first time in the Brazilian Civil Code of 2002. In this path, the national legal system, evolving all theory about the judicial review and fundamental rights, began to radiate the foundations and protections granted to public law for private relationships, resulting in the fact that the judicial review of norms was established as a method of implementing the rights of the personality. In the meantime, several decisions of the Supreme Court address issues such as the right to life, the right to one's own body, involving abortion and availability for religious beliefs, in order to grant the necessary guardhouse to protect the private rights of personalities, decisions that will have its legal and philosophical foundations addressed to elucidate the theme. Thus, the present work aims to examine the aspects of constitutional jurisdiction in the Brazilian normative system, more precisely about the realization of personality rights, describing in detail the basic concepts of the judicial review of norms, as well as the basic dictates of the personality rights. In this way, a methodological approach was chosen, focusing on the right to physical integrity as a species of personality rights. Still, it seeks to evaluate how judicial decisions, mainly those of the Supreme Court, have influenced the realization of certain fundamental rights of the personality. This work was based on bibliographical research, with a qualitative approach, in which books, articles, legal doctrines, legislation, feedback and jurisprudence were used. Finally, it appears that constitutional jurisdiction, considered broadly, needs to be used sparingly in view of the delicacy that involves the themes under study, since there are several ramifications and proposed understandings about the nature of personality rights and how these must be dealt with by the parts belonging to the Judiciary.

Keywords: *judicial review; human dignity; personality rights; right to life; right to bodily integrity.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO NORTEADOR DA ORDEM JURÍDICA	9
2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL.....	13
2.1 Fases e espécies da Constitucionalização.....	15
2.2 Modificações nos institutos do Direito Civil Brasileiro	16
2.3 Irradiação dos Direitos Fundamentais nas relações privadas	17
2.4 Críticas ao Fenômeno da Constitucionalização.....	19
3 PODER CONSTITUINTE, CONSTITUCIONALISMO E O PAPEL DA CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA DE 1988 NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	22
3.1 Noções sobre o constitucionalismo	23
3.2 A Constituição de 1988 e os direitos fundamentais	25
4 A CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	28
4.1 Os direitos da personalidade no Brasil	30
4.2 Conceito de direitos da personalidade e seu objeto.....	33
4.3 Divisão e características dos direitos da personalidade.....	34
5 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	37
5.1 Julgamento e decisão de Marbury V. Madison	38
5.2 Críticas ao julgamento Marbury Vs Madison.....	39
5.3 Histórico do Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro	40
5.4 Conceito e espécies de inconstitucionalidade.....	43
5.5 Modalidades do Controle de Constitucionalidade.....	45
5.6 Conceito e características do controle difuso de constitucionalidade	46
5.7 Controle difuso de constitucionalidade no recurso extraordinário.....	49
5.8 Objetivação do controle difuso e suas consequências.....	50

5.9 Controle concentrado de constitucionalidade.....	54
5.9.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica (ADI)	54
5.9.2 Legitimidade para propositura da ADI.....	55
5.9.3 Objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade	56
5.9.4 Características da Ação Direta de Inconstitucionalidade	57
5.9.5 Efeitos da decisão final na Ação Direta de Inconstitucionalidade	59
5.9.6 Limites objetivos e subjetivos da decisão final na ADI	60
5.9.7 Ação Declaratória de Constitucionalidade	61
5.9.8 Utilidade e objeto da Ação Declaratória de Constitucionalidade.....	62
5.9.9 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão	62
5.9.10 Arguição de Descumprimento por Preceito Fundamental.....	64
5.9.11 Controle de Constitucionalidade e a proteção dos Direitos Fundamentais da Personalidade.....	65
6 DIREITOS DA PERSONALIDADE: RECORTE METODOLÓGICO	66
6.1 Do direito à vida	67
6.1.1 Alcance do direito à vida.	68
6.1.2 Existência de um direito à morte?	69
6.1.3 Eutanásia, distanásia, ortotanásia	70
6.1.4 Eutanásia.....	70
6.1.5 Ortotanásia.....	72
6.1.6 Distanásia	73
6.1.7 Análise do Direito Estrangeiro	74
6.1.8 ADI 3.510 – Lei de Biossegurança.....	75
6.1.10 Implicações na disponibilidade da vida.....	79
6.1.11 Considerações sobre o infanticídio indígena na Amazônia.....	83
6.2 Direito sobre o próprio corpo	89
6.2.1 Considerações sobre o aborto	91

6.2.2 Habeas Corpus Nº 124.306: novo entendimento sobre o aborto?	95
6.2.3. Ponderações sobre o aspecto religioso e sua influência sobre a disposição do corpo humano	101
6.2.4 Questões sobre as Testemunhas de Jeová	103
6.2.5 Estudo de caso e o aparato doutrinário	106
CONSIDERAÇÕES FINAIS	109
REFERÊNCIAS	111

INTRODUÇÃO

A jurisdição constitucional mostra-se como efetivo método de aplicação e proteção dos direitos da personalidade no ordenamento jurídico contemporâneo. Em regra, a declaração de constitucionalidade/inconstitucionalidade de determinada norma demonstra a correta aplicação dos preceitos que decorrem da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que devem estar em conformidade com a supremacia da Constituição. Todavia, também não se pode olvidar dos limites impostos pela ordem constitucional ao âmbito de incidência do controle de constitucionalidade. Qual a real eficácia das decisões judiciais no que tange aos direitos da personalidade? Até que ponto pode ir atuação do poder judiciário para assegurar as garantias que resguardam o cidadão? Que reação pode ser constatada no âmbito dos outros Poderes Constituídos na República perante o suposto ativismo judicial?

Além dessas premissas, há de se questionar também o âmbito de abrangência que cobre as normas que dispõe sobre os direitos da personalidade, os quais, coincidentemente, também fazem parte da ramificação do princípio da dignidade da pessoa humana. Esses direitos personalíssimos, como o direito à vida e ao corpo, são de disposição total por parte de seus titulares? Os órgãos jurisdicionais possuem poder de ingerência na seara privada dos particulares?

Na medida em que diversas leis que emanam do Congresso Nacional têm se mostrado contrárias ao atendimento das necessidades sociais, roga-se intervenção estatal para proteger os indivíduos, assegurando assim direitos como a honra, liberdade e imagem. Porém, não pode o Poder Judiciário tomar todos os anseios sociais para si e atuar em desconformidade com o ordenamento jurídico. É necessário que tal função seja pautada nos limites trazidos pela Constituição e demais normas que compõe o sistema infraconstitucional.

A análise contemporânea da função jurisdicional resulta na conclusão de que a atuação das cortes superiores vem, de fato, evidenciando-se como garantia da equidade em muitos casos, decidindo com justiça e coibindo a operação deficiente dos outros Poderes da República.

Diante de um Congresso Nacional que se mostra, em parte, contrário aos interesses comunitários, levando à legislação em causa própria, e de um Poder Executivo que atualmente ainda busca orientação, o Judiciário tem se exibido como um lastro de esperança para a resolução de tais questões.

No entanto, questão tortuosa que surge é a de analisar até que ponto a diligência dos órgãos julgadores tem se mostrado compatível com a ordem constitucional vigente. Não obstante uma postura proativa dos magistrados mostre-se desejável perante o interminável

aglomerado de processos, questiona-se no que a atuação, inclusive da Suprema Corte, tem atendido aos ditames da Constituição.

Nesse ínterim, o fenômeno da Constitucionalização do Direito Civil lançou um novo olhar sobre a forma com que são interpretadas as normas de direito privado e sua aplicação entre os particulares, e entre os particulares e o Estado. Entre essas propostas, pode-se denotar o interminável debate entre a disposição da vida por parte dos enfermos terminais (GREY, 1999). Considerando a santidade atribuída à existência do ser humano, a discussão era totalmente impensada há décadas. Inobstante, vários juristas têm se debruçado sobre a celeuma, sugerindo uma nova visão nos casos examinados (BARROSO; MARTEL, 2010).

Vale lembrar ainda que os protestos pelo direito sobre o corpo das mulheres estão em ponto de ebulição, com vários grupos feministas buscando propostas legislativas e jurisprudenciais para concretizar a garantia ao aborto (DWORKIN, 2009).

Todos esses casos andam pela linha tênue da (in)constitucionalidade, merecendo total acuidade por parte dos julgadores encarregados. Investigar os fundamentos jurídicos das referidas decisões, os direitos que daí advém, assim como a articulação dos outros Poderes com vistas em frear o suposto ativismo judicial, mostra-se imprescindível para entender o atual ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse diapasão, o presente estudo busca avaliar como o controle de constitucionalidade das normas tem funcionado como método de proteção dos direitos à integridade física (direito à vida e ao próprio corpo), ramificação dos direitos da personalidade, seja retirando determinada lei do ordenamento jurídico, ou inovando ao se dar uma interpretação ampliativa às peculiaridades dos casos em concreto.

Para chegar aos objetivos propostos, este trabalho baseou-se em uma pesquisa bibliográfica, com abordagem qualitativa, em que foram utilizados livros, artigos, doutrinas jurídicas, legislações, pareceres e jurisprudência.

Dentre os principais autores utilizados para fundamentar e enriquecer a pesquisa estão: Barroso (2005; 2010; 2016), o qual trata sobre a teoria do controle de constitucionalidade como também as reflexões sobre a disponibilidade da vida e o direito ao aborto. No mesmo sentido, outro ministro da Suprema Corte, Mendes (2012), trazendo à baila todas as questões pertinentes sobre o controle de constitucionalidade. Foram também utilizadas as lições propostas por Dworkin (2009; 2010; 2011; 2019), que sugere diferentes pontos de vistas acerca da delicadeza dos temas expostos.

A primeira etapa da pesquisa constitui-se em uma pesquisa descritiva, em que são esmiuçados os conceitos gerais imprescindíveis para entendimento da arquitetura do projeto.

Posteriormente, é feita uma pesquisa explicativa, ao passo que se tenta aclarar os fenômenos e as variantes que rodeiam a matéria.

Nos primeiros capítulos do trabalho é tratada a evolução do conceito de dignidade da pessoa humana, como igualmente é exposta a evolução da constitucionalização do Direito Civil e a síntese do Poder Constituinte nacional. Posteriormente, são dissecadas as nuances que circundam o controle de constitucionalidade das normas no cenário brasileiro e os métodos de decisão da jurisdição constitucional. Por fim, são analisados os direitos da personalidade em espécie e os casos em concreto com aplicação do controle de constitucionalidade como mecanismo de efetivação dos postulados personalíssimos.

1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO NORTEADOR DA ORDEM JURÍDICA

A noção que se tem de que o conceito de dignidade acarreta às concepções medulares do mundo jurídico caminha por inúmeras gradações que precisam ser corretamente abordadas para se obter a exata correlação que tão importante termo mantém com o surgimento dos direitos civis da personalidade. Para tanto, a exposição do contexto histórico e das diversas correntes que tratam o tema se mostram imprescindíveis.

Inicialmente, há de se ressaltar que o conceito de dignidade não goza de sentido unívoco. Assim, o surgimento desta perspectiva jurídica é envolto de imprecisões sobre qual teria sido o momento em que tal conceito jurídico nasceu. Não obstante, é possível traçar perspectivas gerais que ajudem a elucidar os pontos que interessam para este trabalho.

Caso se averigüe o tema perante um olhar estritamente científico, o ser humano pode ser considerado um amontoado de células, em que 70% (setenta por cento) do seu corpo é constituído por água e determinados componentes químicos. Para os que enxergam dessa maneira, não haveria sentido em uma pessoa (existência feita pelos compostos químicos) atribuir a outra o status de dignidade (MACKELLAR, 2007). Todavia, a vivência em sociedade faz transcender os sentimentos e a capacidade de empatia que se tem com o próximo, o que eleva o conceito de dignidade da pessoa humana como uma crença de alcance mundial que está pautada em quase todos os Estados Democráticos de Direito hoje existentes.

Na Roma antiga, o termo dignidade (*dignitas*) era utilizado para designar um conceito político, o qual se referia a pessoas em posições levadas quando considerado o poder no meio da sociedade (SENSEN, 2009). Já nas culturas islâmicas e cristãs modernas, além de muitas outras espalhadas ao redor do mundo, o princípio da dignidade inerente ao ser humano apresenta origem na excelência da vontade de uma entidade religiosa (Alá e Jesus Cristo) que moldaram o homem à sua forma e semelhança. Destarte, a imagem de Deus estaria espelhada em cada pessoa que vive na Terra, ostentando valores como respeito, a honra e o amor (MACKELLAR, 2007).

Malgrado a ideia de dignidade da pessoa humana não advenha estritamente dos conceitos e ensinamentos do Cristianismo, é inegável que a religião tem influência em muitos dos aspectos presentes no princípio ora estudado. A referência ao entendimento de Kant¹ como

¹ Há que argumente que é errônea a ideia de se atribuir a Kant as noções primordiais da dignidade da pessoa humana. Perante este ponto de vista, ao contrário do que se imagina, ao ler a obra de Kant com cuidado, o autor não teria em momento algum concebido a dignidade como um valor a ser atribuído a todos os homens. A ligação

o homem não ser um meio para realização do interesse de outrem encontra correspondência no teor bíblico de que os seres humanos foram criados à imagem de Deus (KÖRTNER, 2011).

Embora seja extremamente difícil precisar em que momento o princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se o epicentro da ordem jurídica mundial, alguns pontos de destaque merecem ser mencionados. Primeiramente, duas correntes de pensamento que se originaram antes de 1900 já estavam ligadas às ideias fundamentais dos direitos humanos. Uma delas se encontra nas já citadas lições Kantianas sobre o homem e outra na Revolução Francesa, ambas somadas à nova forma de pensar e reorientação dos ensinamentos Católicos durante o papado de Leo XIII (1878-1903). Essas duas correntes de pensamento fundaram o que mais tarde seria idealizado como o princípio da pessoa humana, que aparente foi esquecido nos eventos que antecederam e sucederam à Primeira Guerra Mundial. Após este momento, credita-se às organizações religiosas e pacifistas espalhadas pelo mundo o tratamento atualmente dispensado à dignidade da pessoa humana, como método de repressão e prevenção aos Estados Fascistas que banalizavam a existência humana e as condições mínimas de sobrevivência do indivíduo (BEITZ, 2013).

A incorporação definitiva dos postulados da dignidade da pessoa humana influenciada pela releitura dos direitos humanos aconteceu após as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial. De maneira curiosa, a notícia que se tem é que a primeira Constituição pós-guerra a dispor em seu texto sobre o princípio da dignidade da pessoa humana foi a Norma Fundamental Alemã datada de 1949² (ESTEFAM, 2016).

No contexto apresentado, denota-se que cada ser humano possui sua própria existência, em que constitui sonhos, crenças e esperanças particulares. Ora, cabe ao homem decidir, dentro dos limites da ordem constitucional vigente, o meio pelo qual irá conduzir a sua vida e moldar o seu destino, devendo estar livre das ingerências indevidas por parte do Poder Público (DI PIETRO, 2014). Nisso também se envolve o conceito de dignidade, em que todo ser humano necessitado ser reconhecido como uma pessoa de direito e ser enxergada por intermédio do princípio da igualdade material. Por todas as características aqui expostas, adota-se a concepção acerca da dignidade da pessoa humana como:

de Kant ao tratar com a dignidade se referia à moralidade, esta sim, que deveria ser elevada acima de todas as outras coisas e ser adotada como valor incondicional. Destarte, embora Kant não discordasse da ideia de dignidade, os aspectos centrais de sua obra apontavam para um eixo específico da filosofia, qual seja, a moralidade (SENSEN, 2009).

² Artigo 1º da Constituição Alemã: A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público. O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2002, p. 62).

Realizando uma comparação sobre os diferentes momentos acerca da nova noção que se tinha sobre a dignidade da pessoa humana, Arendt (1973, p. 291) pondera que:

(...) em outras palavras, o homem mal apareceu como um ser completamente emancipado, completamente isolado que carregava dentro de si sua própria dignidade sem referência a uma ordem mais abrangente, quando desapareceu novamente como membro sem destaque de um povo.

Há de se fazer a distinção entre dois conceitos existentes de dignidade: o status de dignidade e a dignidade inerente. A dignidade de status é aquela outorgada a uma entidade determinada, o que compreende as exigências normativas de caráter estrito. Já a dignidade inerente se refere à justificativa de determinadas características atribuídas a uma pessoa. Neste ponto, cumpre salientar que mesmo que haja essa ramificação na conceituação, entende-se que o ser humano detém as duas espécies de dignidade (VALENTINI, 2017).

Destrinchando os preceitos que cercam o fundamento da dignidade da pessoa humana, seguiremos as lições dispostas por Luís Roberto Barroso (2014): segundo o Ministro da Suprema Corte, a dignidade da pessoa humana, para alcançar o status de princípio central norteador do sistema jurídico, deve atender a algumas premissas especificamente dispostas. Dentre essas ideias, encontra-se a universalidade, ao passo em que se deve ser aceita a dignidade como um postulado aberto e plural. Em uma análise detalhada, a dignidade da pessoa humana denota: 1) o valor intrínseco de cada ser humano; 2) a autonomia de cada indivíduo; 3) o valor comunitário.

No que concerne ao valor intrínseco, este pode ser entendido como o elemento ontológico da dignidade, intimamente ligado à natureza do homem. Destarte, consiste na consolidação da posição singular de cada indivíduo no mundo, distinguindo este dos demais seres vivos. Nesse contexto, a sensibilidade, a capacidade intelectual e a forma de comunicação são caracteres imprescindíveis para se especificar tal condição peculiar. Na ordem jurídica, o valor intrínseco referido está na origem dos direitos fundamentais, fazendo referência ao direito à vida, à integridade física e moral, e à igualdade.

Na visão da humanidade em tempos atuais, não se pode olvidar que um componente chave para o conceito da dignidade da pessoa humana é a autonomia. O idealismo sobre o ser humano desenvolveu uma figura em que o homem, ao atingir o pico de suas faculdades mentais

e espirituais, teria autonomia para moldar o seu próprio destino e ter suas decisões respeitadas (EIBACH, 2008). Neste íterim, o conceito de autonomia se liga ao da dignidade da pessoa humana pelo elo formado na noção de que a vida com dignidade é a existência que ostenta autonomia e que merece ser vivida, tanto aos olhos da própria pessoa, quanto aos olhos do meio social em que o indivíduo está inserido.

Por último, o valor comunitário condiz com o elemento social da dignidade da pessoa humana, buscando demonstrar a posição do agente em relação ao grupo social em que está inserido. Neste ponto, a dignidade é constituída pelos valores compartilhados pela comunidade, sendo caracterizada pelos padrões de civilidade tidos como o seio moral de cada nação, não tomando como foco as escolhas individualmente consideradas, mas sim a responsabilidade e os deveres para atender os direitos difusos, coletivos e transindividuais (BARROSO, 2014)³.

No que concerne ao ordenamento jurídico brasileiro, na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), o reconhecimento de diversas camadas da sociedade foi possível graças à elevação do princípio da dignidade da pessoa humana como epicentro sistema normativo nacional. Como exemplo, cita-se o art. 1º da Norma Fundamental, que enumera os fundamentos da República Federativa do Brasil, dentre os quais consta a dignidade da pessoa humana. Neste mesmo teor, o art. 170, que versa sobre a ordem econômica, tratando sobre a livre iniciativa fundada na valorização do trabalho do homem, tem como finalidade precípua a de assegurar a todos os cidadãos a existência digna, espelhando-se nos moldes fornecidos pelos padrões morais advindos da justiça social. Ainda, o art. 227 atribui o dever da família, do Estado e da sociedade de garantir que às crianças e aos adolescentes o direito à vida, à saúde, à alimentação, ao lazer, à cultura e à educação, tudo em razão da dignidade como fundamento primordial dos direitos inerentes a cada indivíduo (DI PIETRO, 2014)⁴.

Ora, por todas as perspectivas enfatizadas a partir do surgimento do fundamento da dignidade da pessoa humana, a expectativa não poderia ser outra se não a de que tal princípio regedor do ordenamento jurídico transbordaria do direito público e dos direitos humano e acabaria influenciando as margens do direito privado. Nesse diapasão, cumpre tecer comentários pertinentes à Constitucionalização do Direito Civil e a relação que se perfaz com o objeto de estudo ora proposto.

³ Tal quesito necessita ser lembrado quando da análise do infanticídio indígena, presente no tópico 6.1.11.

⁴ Na realidade, é o que decorre do artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”. E no Preâmbulo da Declaração consta a expressão “dignidade inerente a todos os membros da família humana”.

2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Ao que se depreende dos relatos históricos, a formação da teoria constitucional moderna se deu no final do século XVIII, na medida em que a classe burguesa fez valer a adoção dos valores por ela defendidos a partir da Revolução Francesa, momento em que o Estado liberal parece ter ganhado força. Nesse ponto, os defensores do liberalismo conseguiram outorgar ao princípio da separação dos Poderes e aos direitos individuais o aspecto de elementos imprescindíveis que deveriam constar no Texto Constitucional. Após as crises sociais que emergiram no século XX, essa visão liberal e individualista restou superada em face dos reclamos emergentes da sociedade, que requisitava a positivação de valores como a igualdade e a solidariedade (CEDRO, 2018).

Após a Segunda Guerra Mundial, a reconstrução da Europa rendeu uma nova perspectiva quanto ao lugar da Constituição e a influência da teoria constitucional no que concerne às instituições do Estado Moderno. A ideia do Estado Democrático de Direito construiu um conceito ímpar que seria seguido por boa parte nas nações civilizadas no contexto atual. Se diz que é Estado de Direito porque todos, incluindo o próprio Poder Público, estão submetidos às leis em geral. E Democrático porque os membros do parlamento e os chefes do Poder Executivo são eleitos pelo voto popular e devem atuar em nome da sociedade e em busca do bem-estar coletivo. Essa evolução é vista principalmente com o advento da Lei Fundamental de Bonn, a Constituição Alemã de 1949, o que se identifica com a criação do Tribunal Constitucional Alemão, em 1951 (CEDRO, 2018). Esses fatores históricos levaram ao questionamento sobre o real significado entre a dicotomia do Direito Público e o Direito Privado, e se tal classificação teria utilidade perante a visualização das ciências jurídicas hodiernas. Destarte, aqueles que sustentaram a união propagada entre as duas facetas do Direito se basearam nas seguintes premissas: a) Eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares; b) A forma humanitária renovada de enxergar os casos concretos regidos pelo Direito Civil; c) A reinterpretção dos princípios que regem o Direito Público e o Direito Privado; d) A constitucionalização do Direito Privado (RODRIGUES JR., 2019). Todos esses elementos serão esmiuçados nos tópicos seguintes.

Da contextualização até então exposta, foi criada a teoria da junção do Direito Constitucional aos diversos ramos do Direito, restando uma reinterpretção das normas de diversas searas constantes no texto da Constituição. Disso, se fala em normas do Direito Constitucional-Penal, Direito Constitucional-Administrativo, Direito Constitucional-Tributário etc. No que interessa aos fins almejados neste trabalho, irá aqui se limitar ao Direito

Constitucional-Cível, ou Direito Civil Constitucional. Para conceituar o tema de análise ora proposto, será adotada a definição fornecida por Valdés (1991, p. 178-179):

(...) um sistema de normas e princípios institucionais integrados na Constituição, relativos à proteção da pessoa em si mesma e suas dimensões fundamentais familiar e patrimonial, na ordem de suas relações jurídico-privadas gerais, e concernentes àquelas outras matérias residuais consideradas civis, que tem por finalidade firmar as bases mais comuns e abstratas da regulamentação de tais relações e matérias, nas que são suscetíveis de aplicação imediata, ou que podem servir de ponto de referência da vigência, da validade e da interpretação da norma aplicável ou da pauta para o seu desenvolvimento.

Conforme mencionado nos parágrafos anteriores, essa releitura das outras matérias perante a ordem constitucional democrática se deu em razão do chamado fenômeno da Constitucionalização. Embora de uso relativamente recente, o termo “Constitucionalização” não é unívoco, a ele podendo ser endereçados inúmeros sentidos sobre os quais poderia se debruçar. Não obstante, tratar-se-á do sentido de constitucionalização, ao qual se pode atribuir o significado do efeito expansivo das normas constitucionais, em que os princípios e regras da Constituição percorrem todo o ordenamento jurídico com força normativa, passando assim a constituir o fundamento de validade das normas infraconstitucionais, repercutindo, inclusive, na relação entre os particulares (BINENBOJM, 2014)⁵.

Nesse movimento de constitucionalização, o direito público deixou de cuidar apenas dos temas que se relacionavam com os da ciência política, passando a ter um olhar cuidadoso perante as relações entre os particulares, tentando atender as necessidades humanas existentes. Nessa reinterpretção do Direito Privado, aos olhos da recém advinda Supremacia Constitucional, foram constatadas três grandes atitudes imprescindíveis para se fazer uma conjuntura hígida na ordem jurídica: 1) primeiramente, os institutos basilares do direito privado, como os contratos e o direito à propriedade privada, precisam de uma reformulação quanto aos seus conceitos e ao método de aplicação do direito material ao caso disposto; 2) em segundo plano, era preciso que se elaborasse novas categorias jurídicas que atendessem às necessidades do caso concreto, almejando a possibilidade de se resolver os problemas constantes na vida social; 3) por fim, era necessário se afastar ou pelo menos diminuir os efeitos causados pela dicotomia entre o direito privado e o direito público (AINA, 2009).

⁵ Os autores Gunnar Folke Schuppert e Christian Bumke realizaram a análise dos elementos que perfazem a constitucionalização do ordenamento jurídico. Os cinco principais elementos que regem o processo de constitucionalização podem ser ordenados da seguinte forma: a) reforma legislativa; b) desenvolvimento jurídico por meio da criação de direitos individuais e proteção às minorias; c) mudança da perspectiva quanto os demais ramos do direito; d) irradiação da ordem constitucional frente ao direito privado e; e) constitucionalização do direito por meio da jurisdição ordinária (SILVA, V., 2005).

2.1 Fases e espécies da Constitucionalização

A elaboração das ciências jurídicas busca atender aos diversos problemas sociais que surgem com o passar dos séculos. Destarte, os diversos fenômenos do Direito passam por inúmeras fases tentando se adaptar a diferentes reclamos sociais presentes em variados contextos históricos de determinada nação. Com a teoria da Constitucionalização do Direito não se deu de forma distinta, podendo se identificar três grandes fases que o fenômeno em análise percorreu para obter os contornos atuais.

A primeira fase da constitucionalização aparenta corresponder ao início da teoria do constitucionalismo moderno surgido no continente europeu. Neste cenário, a Constituição funcionava como simples carta de teor político, regendo as relações jurídicas instituídas entre o Estado e o cidadão. Nesse diapasão, o Código Civil cuidava de tratar as relações constituídas entre os particulares, funcionando como verdadeira Constituição do Direito Privado. O papel atribuído ao texto constitucional era estritamente limitado, e muitas vezes a aplicação das normas fundamentais ao caso concreto dependia da atividade do legislador ordinário. Com o mudar da sociedade e a necessidade do reconhecimento da supremacia dos textos constitucionais, essa primeira fase da Constitucionalização foi gradualmente superada (BARROSO, 2005).

Nos primórdios da segunda fase da Constitucionalização, as relações privadas eram fundamentadas na mera igualdade formal e no conceito de liberdade individual, com olhar pouco receptivo às concepções da função social da propriedade e dos direitos difusos e coletivos. Não obstante, com passar do século XX, foram sendo formados diversos contextos políticos baseados no *Welfare State*, o que iniciou um questionamento social sobre a aceitabilidade da mitigação da igualdade material. Nesse cenário, começou a ser superada a aceção de que o Direito Civil devia ser baseado especificamente na autonomia da vontade e no caráter patrimonialista exacerbado. Princípios como a função social do contrato e a solidariedade fraternal começaram a ganhar corpo, introduzindo normas de ordem pública aos conceitos do Direito Privado. Segundo Barroso (2005), esta fase corresponde ao chamado dirigismo contratual, que denotou a publicização das normas de direito privado.

Por fim, a última fase condiz com a própria Constitucionalização do Direito Civil. Em síntese, tal estágio concerne à elevação da Constituição ao ápice da pirâmide jurídica, em que o Direito Civil deve ser lido conforme as normas de teor constitucional, e não mais o contrário, em que o Códice Cível funcionava como verdadeira Carta do Direito Privado. Neste cenário, o princípio da dignidade da pessoa humana e a aplicabilidade dos direitos fundamentais às

relações privadas ganham colorido especial, refazendo o olhar lançado sobre a relação construída entre a doutrina civilista e a constitucional:

O processo de constitucionalização do direito civil, no Brasil, avançou de maneira progressiva, tendo sido amplamente absorvido pela jurisprudência e pela doutrina, inclusive civilista. Aliás, coube a esta, em grande medida, o próprio momento da aproximação inevitável. Ainda se levantam, aqui e ali, objeções de naturezas diversas, mas o fato é que as resistências, fundadas em uma visão mais tradicionalista do direito civil, dissiparam-se em sua maior parte. Já não há quem negue abertamente o impacto da Constituição sobre o direito privado. A sinergia com o direito constitucional potencializa e eleva os dois ramos do Direito, em nada diminuindo a tradição secular da doutrina civilista (BARROSO, 2005, p. 28-29).

Vale ainda mencionar o entendimento que separa o processo de constitucionalização em três espécies: a) Constitucionalização-juridicização; b) Constitucionalização-elevação e c) Constitucionalização-transformação. O primeiro tipo, Constitucionalização-juridicização, como o nome já aponta, resume-se a ideia de que a Constituição está a sofrer um processo de juridicização, entendido como um mecanismo onde os fatos passam a ser submetidos ao alcance da proteção jurídica. Nesse ponto, o Texto Constitucional passou a produzir seus efeitos perante os outros ramos do Direito. Já a segunda espécie, a Constitucionalização-elevação é caracterizada pela repartição de competência entre a Norma Fundamental e as demais espécies legislativas (leis, resoluções, decretos legislativos etc.). Insta salientar que neste ponto a discricionariedade do legislador ordinário fica restringida, ao passo que deverá se ater aos comandos constitucionais quanto às matérias legislativas. Por fim, a Constitucionalização-transformação aduz o pensamento de que os direitos e liberdades fundamentais, além de incidirem e servirem como norte de aplicação dos outros ramos do direito, também perfazem a transformação das instituições e do ordenamento jurídico como um todo (SILVA, 2005).

2.2 Modificações nos institutos do Direito Civil Brasileiro

Inicialmente, a estrutura do Direito Civil, em termos gerais, sempre foi direcionada à proteção do patrimônio da pessoa, considerada de maneira independente. Seguindo essa premissa, o código brasileiro de 1916 (BRASIL, 1916) foi elaborado sob um viés individualista e de ordem patrimonial preponderante, recebendo as influências do BGB alemão e do Código Napoleônico Francês. Nesse período, o Direito Constitucional se limitava a ditar as normas políticas e administrativas do Estado, outorgando ao Direito Civil quase que inteiramente a tarefa de cuidar das relações de caráter privado (LÔBO, 1999), de maneira semelhante à primeira fase da constitucionalização, conforme explicitado em momento antecedente.

O quadro individualista mencionado anteriormente começou a ser modificado de maneira pormenorizada em território europeu, partindo do início do século XX, tendo como base a superação do modelo estritamente liberal, onde a autonomia privada passava por uma restrição em benefício da coletividade, ao mesmo passo em que o Estado começava a intervir na economia e regular o comércio (segunda fase da Constitucionalização).

No ordenamento jurídico pátrio, o cenário apenas veio a se reestruturar com o advento da Constituição da República de 1988. Com a elevação do Texto Magno ao ápice da ordem jurídica, não podendo ser contrariado por normas de ordem inferior, prevaleceu o entendimento de que o Direito Privado perdeu certa parte de sua autonomia frente os comandos de ordem pública (segunda e terceira fase da Constitucionalização).

Nesse diapasão, os institutos do direito privado são redefinidos e interpretados a partir dos fundamentos principiológicos que constam no Texto Constitucional, que tem como base a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a igualdade substancial (BARCELLOS, 2011). Destarte, cumpre ressaltar que essa nova visão das normas do Direito Civil não significa que a autonomia privada deixou de existir ou foi demasiadamente cerceada. Ainda existe um Estado Democrático de Direito, em que os valores de cada pessoa devem ser respeitados, assim como também as relações obrigacionais e contratuais ordenam que seja cumprido o que for acordado entre as partes.

2.3 Irradiação dos Direitos Fundamentais nas relações privadas

Do conjuntura apresentada até este ponto, depreende-se que uma das consequências naturais do reconhecimento da Constitucionalização do Direito Civil seria a incidência dos Direitos Fundamentais nas relações de caráter privado. Vez que os Direitos Fundamentais funcionam como verdadeiras cláusulas pétreas, seria difícil imaginar motivo lícito para limitar a sua aplicação apenas nas relações regidas pelo Direito Público (SARMENTO, 2004).

Ao que consta nos documentos históricos, a eficácia direta/imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas teve origem nos estudos do autor alemão Harns Carl Nipperdey. Em sua experiência como professor e juiz do Tribunal Superior do Direito do Trabalho alemão (*BAG*), Nipperdey fez a tese em análise adquirir corpo para aplicação nos casos concretos (RODRIGUES JR., 2019). Em suma, pode-se citar os seguintes fundamentos como aplicação da eficácia direta dos direitos fundamentais segundo a tese de Nipperdey: a) primeiramente, o já citado princípio da dignidade da pessoa humana é considerado como centro da ordem jurídica em geral, inclusive no que diz respeito ao Direito Privado; b) o advento do

Welfare State, ou Estado Social, condicionou às liberdades individuais aos objetivos postulados pelo bem-comum, não havendo mais espaço para que os interesses individuais se sobrepujassem aos interesses gerais; c) A Lei Fundamental Alemã criou um catálogo muito extenso e variado de Direitos Fundamentais, em que muitos continham mandado de otimização e concretização por parte do legislador; d) os particulares podem requerer a aplicação e o resguardo de seus direitos fundamentais em face de outros particulares, assim como também o fazem em face do Estado (RODRIGUES JR., 2019).

Nesse diapasão, houve a previsão de novos direitos, tanto em relação aos direitos de caráter liberal (direitos do cidadão que cobravam abstenção do Estado) quanto em relação aos direitos sociais (cobrança de positivação dos direitos pelo Estado) (SARMENTO, 2004). Desse modo, diz-se que a ordem subjetiva dos Direitos Fundamentais visava estritamente constatar as perspectivas dos direitos que o indivíduo poderia exigir do Estado. Com a evolução ora citada do Direito Constitucional, vislumbrou-se o nascimento de uma nova vertente desses direitos, referindo-se à dimensão objetiva dos Direitos Fundamentais. Esta última dimensão liga-se ao ideal que os direitos positivados e efetivados pelo Estado são concepções imprescindíveis que constam no seio de cada comunidade política. Dessarte, os valores orquestrados pela teoria dos Direitos Fundamentais acabam se irradiando para todas as searas da ciência jurídica, além de vincular as ações típicas e atípicas do Poder Judiciário, do Executivo e do Legislativo:

Atualmente a ideia de que normas de direitos fundamentais produzem efeitos na relação cidadão/cidadão e, nesse sentido, têm efeito perante terceiros, ou efeito horizontal, é amplamente aceita. O que é polêmico é como e em que extensão elas o fazem. A questão sobre como as normas de direitos fundamentais produzem efeitos na relação cidadão/cidadão é algo que diz respeito a um *problema de construção*. A questão sobre *em* que extensão elas o fazem é uma questão que expressa um problema substancial, a saber, um *problema de colisão*. A relação Estado/cidadão é uma relação entre um titular de direitos fundamentais e um não-titular. A relação cidadão/cidadão é, ao contrário, uma relação entre titulares de direitos fundamentais (ALEXY, 2011, p. 528 – grifos do autor).

Há de ressaltar igualmente o papel que os tribunais em geral têm quanto à irradiação dos Direitos Fundamentais na seara privada:

A constitucionalização por irradiação dá-se também por intermédio da ação dos tribunais constitucionais. (...). O controle de constitucionalidade, em suas diferentes formas, é o meio por excelência dessa atuação (...). É possível, por meio de julgamento de recursos extraordinários ou de reclamações, encontrar *efeitos de irradiação* (RODRIGUES JR., 2019, p. 221 – grifos do autor).

Baseando-se nas premissas expostas anteriormente, o Supremo Tribunal Federal tem admitido de maneira ampla a incidência dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, como

no caso de exclusão de sócio de associação particular discutido no Recurso Extraordinário nº 158.215:

DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. **A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum.** Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. **COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL.** Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. **Simple desafio do associado à assembleia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa.** (STF - RE: 158215 RS, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 30/04/1996, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 07-06-1996 PP-19830 EMENT VOL-01831-02 PP-00307 RTJ VOL-00164-02 PP-00757 – grifo nosso.)

Conforme decidido pela Suprema Corte, as relações privadas não escapam da aplicação dos princípios constitucionais presentes no ordenamento jurídico, inclusive no que diz respeito aos princípios fundamentais do Direito Processual, vez que a aplicação direta dos Direitos Fundamentais aduz que a ampla defesa também deve incidir sobre as normas estatutárias de pessoas jurídicas de Direito Privado.

2.4 Críticas ao Fenômeno da Constitucionalização

Resta mencionar que o fenômeno da Constitucionalização ou Publicização do Direito Civil não ficou imune a críticas por parte da doutrina. A aparente perda de autonomia do Direito Privado, assim como também o fim da dicotomização dos ramos do direito parecem ser questões interpretativas que não deveriam denotar maiores preocupações dos estudiosos do tema, dispensando assim maiores aprofundamentos:

A adjetivação atribuída ao Direito Civil, que se diz **constitucionalizado, socializado, despatrimonializado**, se por um lado quer demonstrar, apenas e tão somente, a necessidade de sua inserção no tecido normativo constitucional e na ordem pública sistemicamente considerada, preservando, evidentemente, a sua autonomia dogmática e conceitual, por outro lado poderia parecer desnecessária e até errônea (TEPEDINO, 1999, p. 21 – grifos do autor).

De fato, cumpre notar que o Código Civil perdeu, de certo modo, sua posição central de destaque perante as relações perpetradas entre os particulares. A função de unificar o ordenamento jurídico, considerando tanto os elementos do Direito Privado, quanto os de maior relevância para o Direito Público, tem sido atribuída cada vez mais à Constituição Federal:

Em um ordenamento que se caracteriza pela socialidade e que legitima a superação individualista do indiferente jurídico, o próprio regime jurídico – ainda que representado por princípios e não por normas regulamentares – deve concernir às utilidades individuais e sociais. Isso permite considerar juridicamente relevantes não somente os bens patrimoniais, mas também aqueles não-patrimoniais; isto é, aqueles que são protegidos prescindindo da própria relevância econômica. A relevância pode-se configurar também no regime de circulação do bem, das modalidades de acesso, ou seja no regime das vicissitudes que lhe interessam (PERLINGIERI, 2002, p. 236).

No que tange ao regime de indenizações pela responsabilidade, se anteriormente o regime da responsabilidade civil tradicional era quase que exclusivamente baseado nos direitos de propriedade e outros direitos subjetivos de ordem patrimonial, hodiernamente os princípios da dignidade da pessoa humana, da justiça distributiva e solidariedade social possuem grande influência nas tomadas de decisões judiciais quanto ao dever de indenizar (MORAES, 2006). Isto leva a tomada de sentenças e acórdãos muitas vezes baseados em conceitos abstratos que dificultam a fixação do dano em relação à responsabilidade do agente e causam insegurança jurídica ao particular.

Em sentido diverso do que foi apontado nos tópicos antecedentes, Rodrigues Jr. (2019) anota que a reinterpretção dos princípios privados à luz dos ditames constitucionais não seria propriamente uma Constitucionalização das normas de Direito Civil. A premissa de interpretar o direito conforme o disposto na Norma Fundamental seria conteúdo lógico da Supremacia da Constituição, seguida em território brasileiro há várias décadas, não havendo nenhuma inovação quanto a esse ponto, ao passo que esta técnica era utilizada muito antes do surgimento do termo “Constitucionalização” do direito.

Em momento anterior deste trabalho, o princípio da dignidade da pessoa humana foi devidamente explanado como fonte para o nascimento dos direitos da personalidade em consequência do fenômeno da Constitucionalização. Não obstante, Rodrigues Jr. (2019) aduz severas críticas a essa vertente, argumentando que o princípio da dignidade humana possui antecedentes históricos anteriores até mesmo ao próprio Direito Constitucional. Destarte, o teor precedente da dignidade humana em relação ao surgimento dos textos constitucionais, somados ao fato que a (in)aplicabilidade do postulado não depende de norma positivada, demonstram que seria impróprio atribuir ao princípio em análise o condão de ser um dos fundamentos da constitucionalização do Direito Civil.

Não obstante as diversas críticas salientadas por abalizada doutrina que se ocupa dos estudos aprofundados sobre o assunto, é inegável que a teoria da Constitucionalização do Direito Civil vem ganhando cada vez mais corpo na ordem jurídica hodierna. Tanto as leis recentemente elaboradas⁶, quanto a jurisprudência dominante dos tribunais superiores⁷, têm cada vez mais se apropriado das premissas que perfizeram a Constitucionalização do Direito para tentar aplicar a jurisdição e a resolução de conflitos aos casos concretos. Nesse ínterim, os direitos fundamentais e a sua efetivação propagada pela atual Constituição de 1988 merecem um olhar especial por ostentar valor de grande revelo ao surgimento dos direitos da personalidade.

⁶ Como exemplo, cita-se a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, a qual instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

⁷ EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados (Recurso Extraordinário nº 201819-8/RJ, Rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes, segunda turma, j. em 11/10/2005).

3 PODER CONSTITUINTE, CONSTITUCIONALISMO E O PAPEL DA CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA DE 1988 NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

As grandes revoluções que marcaram a história constitucional moderna tiveram como característica imaneente tanto a revitalização de direitos perdidos e cerceados, quanto o resgate de uma nova visão da relação entre o Poder Público e o particular. Neste ínterim, objetivando conceder segurança aos jurisdicionados cansados das tiranias perpetradas pelos Estados absolutistas, foram elaborados diversos documentos que funcionavam como verdadeiras garantias da realização dos anseios que habitavam o seio de cada nação. Neste ponto, não há de se compreender as revoluções como hordas da população baseadas estritamente na violência. Aqui, entende-se o caráter revolucionário e reformador como uma forma de quebra da ordem vigente pela presença de princípios e valores que eram suprimidos e afastados pelo Poder Público dominante (MIRANDA, 2011). Tais revoluções lograram êxito em desencadear o surgimento de novos atos normativos que tiveram a capacidade de modificar por completo os países em que ocorreram.

Como efeito, verificava-se que cada vez que um desses documentos revolucionários era promulgado, o Estado-nação que o publicava era renovado quanto ao seu aspecto jurídico e político. A relação que está aqui a se explicitar é a do Poder Constituinte Originário e o surgimento das Constituições no movimento constitucionalista moderno.

A noção que atualmente se propaga da teoria do Poder Constituinte Originário aparenta ter sido pioneiramente advinda dos pensamentos de Hauriou e Sieyès. Hauriou afirmava que a revisão e o surgimento das constituições possuíam sempre o viés revolucionário que foi exposto em parágrafo antecedente:

Qualquer ordenamento jurídico encontra sua unidade e sua base na Constituição. **Deduz-se daí que os mais imediatos reflexos do fenômeno revolucionário vão se dar no âmbito do direito constitucional.** Pode-se, até, afirmar que haverá verdadeira revolução (do ponto de vista jurídico) quando: (a) a Constituição for substituída por outra, com substanciais mudanças de conteúdo, tanto em sua parte dogmática como em sua parte orgânica; (b) esta substituição se operar em desacordo com o que determinava a parte orgânica da Constituição anterior (RUSCHEL, 1993, p. 112 – grifo nosso).

Nesse diapasão, esse direito revolucionário independente era compreendido como autonomia da liberdade primitiva (LOPES, 1996). Por sua vez, Sieyès, em sua obra clássica *Qu'est-ce que le tiers état* (O que é o Terceiro Estado?), fixou os primórdios da teoria do Poder Constituinte no âmago da Revolução Francesa de 1789. Nesse âmbito, Sieyès baseava a teoria

na noção da existência de um poder político anterior até mesmo à ordem jurídica, em que a titularidade era exercida pela nação (BONIFÁCIO, 2003). Sendo assim, tal poder político estaria destinado a ser utilizado pela nação, que teria o condão de convocar uma assembleia Nacional Constituinte com o intuito de inaugurar uma nova ordem jurídica.

Por todas as características até aqui expostas, pode-se compreender o Poder Constituinte Originário como o poder de fazer surgir uma nova Constituição, ao mesmo tempo em que ostenta a capacidade de fundar um novo Estado ou reestruturar de sobremaneira Estado já existente (SOUZA NETO; SARMENTO, 2017). É um poder que detém o status de ser inicial, ilimitado e incondicionado. É inicial pois sua origem pode ser vista antes mesmo da inauguração do ordenamento jurídico. Nisto, afirma-se que pelo fato de ser anterior à própria ordem jurídica, o Poder Constituinte Originário é incondicional, ao passo que nenhuma norma preexistente pode se sobrepujar à inauguração do novo sistema normativo. Por último, se diz que o Poder Constituinte Originário é ilimitado por não encontrar limites na instituição de novas normas perante o direito já positivado, vez que aquele é o qual inaugura o novo estado e a ordem jurídica (LOPES, 1996).

A história jurídica no Brasil também foi orquestrada a partir dos movimentos revolucionários surgidos com a ditadura militar. A emenda constitucional de 1969 (BRASIL, 1969) acabou por constitucionalizar os antidemocráticos Atos Institucionais, além de que manteve o fechamento do Congresso Nacional, aumentando o tempo de mandato do Presidente da República para 5 (cinco) anos e deu continuidade às eleições indiretas. Destarte, contra tremenda tirania que se instalava no cenário nacional, houve a necessidade de se adotar os princípios advindos do constitucionalismo moderno, tema mais bem explorado no tópico a seguir.

3.1 Noções sobre o constitucionalismo

A corrente do constitucionalismo possui fontes materiais muito próximas daquelas citadas quando da explanação sobre o Poder Constituinte Originário. Tais fontes formam até mesmo parte do conceito de constitucionalismo que, de maneira simplificada, pode ser compreendido como o movimento ideológico e político que busca lutar contra os atos de tirania perpetrados pelo Absolutismo⁸. Destarte, como características qualificadoras do movimento

⁸ No caso do Brasil, o constitucionalismo foi implementado para o enfrentamento da Ditadura Militar até então instalada.

constitucionalista podem ser citadas a necessidade da separação dos poderes constituídos do Estado, a Constituição como norma escrita e o reconhecimento de direitos individuais dos jurisdicionados em face o Poder Público (AUAD, 2011).

No contexto exposto, o constitucionalismo nasce como um movimento de caráter político e com viés de evolução histórica, em que o objetivo precípua é o de tentar limitar o poder do Estado através de regras normativas constitucionalmente impostas ao ente político. Dessa maneira, o constitucionalismo surge para impor limites ao poder soberano “mediante a divisão de poderes, estabelecendo como valores primordiais da sociedade a liberdade, a igualdade e a preservação dos direitos fundamentais” (ABBOUD, 2019, p. 94).

Já no século XXI, o constitucionalismo possui como núcleo central as normas de limitação e distribuição de poder positivas no texto constitucional, funcionando essa característica como verdadeira garantia do resguardo dos direitos individuais reconhecidos pelo ordenamento jurídico. O que se compreende como o movimento democrático ou simplesmente democracia, ganharia corpo em momento posterior, quando se desse razão ao debate sobre a representação popular e quais seriam as reais fontes do poder (BARROSO, 2014).

Em um Estado que o constitucionalismo seja latente, é possível verificar que existem três ordens primárias de limitação do poder (SILVA, 2005). Primeiramente, pode-se falar nas limitações de ordem material, que se performam nos valores basilares dos direitos fundamentais que devem ser resguardados, como por exemplo, o já estudado princípio da dignidade da pessoa humana, a solidariedade e a justiça. O segundo ponto que merece ser mencionado é o de que deve haver uma estrutura clara e específica quanto à separação de poderes, devendo as funções típicas de executar, legislar e julgar estar distribuídas de forma clara no corpo do texto constitucional, existindo sempre respeito aos métodos de controle instituídos pelo constituinte. Ainda, denota-se também as limitações de caráter processual, em que os órgãos do poder público têm de obedecer não somente às disposições procedimentais presentes no teor da legislação, mas devem ao mesmo tempo obediência às normas de teor substantivo, como a proporcionalidade e a razoabilidade.

É essa abertura no ordenamento jurídico, ocasionada por uma nova Constituição, que permitiu que o processo democrático se instalasse no âmago do ordenamento jurídico nacional (GOMES, 2003). O novo constitucionalismo, a utilização do Poder Constituinte Originário e a reafirmação dos direitos fundamentais foram os fatores determinantes para o surgimento de uma nova Constituição com viés popular que possibilitou a efetivação dos direitos políticos e sociais no território nacional.

3.2 A Constituição de 1988 e os direitos fundamentais

Foi seguindo as bases estruturadas pelo Poder Constituinte Originário e o movimento constitucionalista moderno que a República Federativa do Brasil fez nascer a atual Constituição Democrática de 1988. A Norma Fundamental de 1988 é um dos maiores símbolos nacionais do combate à tirania e ao autoritarismo, uma vez que marcou o período de transição de um Estado violento e intolerante para o que já foi conceituado como Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, o cenário jurídico nacional conseguiu dispor das três principais características que perfazem o Estado Constitucional: a) detinha uma Constituição escrita; b) havia o reconhecimento dos direitos individuais em face a ingerência indevida do Poder Público e c) ostentava regras claras quanto à separação de Poderes e os métodos de controle (*checks and balance*) para manter harmonia entre as funções do Estado.

Ressalta-se que a atual Constituição Federal possui um viés de efetivação de direitos fundamentais, onde as normas não padecem de um caráter estritamente dirigente, vez que os direitos sociais ali previstos funcionam como verdadeiro mandado de otimização para o legislador e ao administrador público. Nisto, o princípio da dignidade da pessoa humana (já analisado de forma pormenorizada), o pluralismo político e populacional, a garantia da liberdade científica e de expressão, fora as garantias dos direitos basilares como o direito à vida e ao corpo, são os termos essenciais que identificam a nossa atual Constituição (ABBOUD, 2019). Esses direitos fundamentais do Estado, expressamente reconhecidos pela Carta Constitucional, merecem uma análise detida pela importância relacionada aos fins deste trabalho.

A despeito das incessantes críticas advindas pela terminologia aplicada ao tema, os estudiosos costumam classificar o caminho pelo qual transitaram os direitos fundamentais em “gerações” ou “dimensões”, embora as garantias constitucionais estabeleçam laços pelo trato de sua substância material, sendo interdependentes e inseparáveis umas das outras (PIOVESAN, 2018). Nessa senda, de acordo com Cançado Trindade (1997), o termo “gerações” dos direitos fundamentais é histórica e juridicamente incorreto, ao passo em que deu razão a uma visão ramificada dos direitos humanos constitucionais, a qual não deve prevalecer atualmente. De acordo com o autor, os direitos fundamentais não sucederam ou sobrepujaram uns aos outros, mas sim foram expandidos e conjecturados conforme o desenvolvimento das teorias jurídicas.

É árdua e tormentosa a tarefa de verificar o período em que os referidos direitos fundamentais adquiriram o status de importância que ostentam nos dias de hoje. A despeito

disso, aqui se pode mencionar que a primeira geração/dimensão dos direitos fundamentais é aquela que se refere pelo reconhecimento do teor formal (previsão expressa na Constituição) e material (referência aos direitos essenciais da sociedade) dos direitos da pessoa humana. Tais características ganham corpo com a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, de 1776, assim como também com a Declaração Francesa de 1789, enaltecendo as características da universalidade e supremacia dos direitos naturais, abandonando o antigo entendimento perpetrados pelas concepções dos direitos anglo-saxões, que buscavam atender precipuamente os interesses das castas privilegiadas (SARLET, 2015).

A primeira dimensão de direitos fundamentais teve como cerne a autonomia individual como parâmetro e limite para as ingerências indevidas exercidas pelo Poder Público. Destarte, esses direitos eram compreendidos como comandos de abstenção dirigidos ao Estado, mantendo assim incólumes os aspectos da vida pessoal de cada indivíduo. Tais premissas correlacionaram-se com a liberdade de reunião, o direito à propriedade, igualdade formal (perante a lei), liberdade individual de crença e de consciência, dentre muitos outros. Cuidam-se, portanto, dos direitos civis e políticos classificados pelo direito contemporâneo.

Em razão dos impactos mundiais ocasionados pela Revolução Industrial, somados à complexidade que cerca a vida social moderna, as doutrinas de orientação socialista trouxeram o entendimento de que a mera consideração da igualdade perante a lei (igualdade formal) não gerava nenhuma garantia acerca da efetivação dos direitos surgidos na primeira geração, o que resultou em variados movimentos reivindicatórios que objetivavam a concretização dos direitos sociais e políticos, exigindo, assim, prestações positivas do Estado para realização da Justiça Social. Diante desse cenário revolucionário, surgem os direitos fundamentais de segunda geração, que têm como característica distintiva a sua dimensão positiva, requisitando-se do Poder Público que efetive prestações sociais estatais, como a saúde, a educação, o trabalho etc., designando assim os direitos sociais, econômicos e culturais (SARLET, 2015).

Por fim, a chamada terceira geração de direitos fundamentais se refere às concepções modernas da fraternidade e da solidariedade, atendo às premissas dos direitos difusos e coletivos, além dos direitos transindividuais, traduzindo-se em ações afirmativas em busca de proteger o meio-ambiente, a paz social e o patrimônio comum da humanidade. Nessa dimensão, os dogmas constitucionais repercutem na titularidade dos direitos coletivos, não se vislumbrando mais a perspectiva do agente de maneira individualizada, mas sim a busca pelo resguardo de grupos humanos conjuntamente considerados, especialmente os seguimentos sociais que se encontram em situação de vulnerabilidade:

Seguindo a conjuntura formada pela teoria das três dimensões dos direitos fundamentais, a elaboração da Carta Constitucional de 1988 reconheceu, em seu art. 5º (BRASIL, 1988), vasto catálogo desses direitos, possuindo setenta e oito incisos, sendo que o rol é caracterizado por ser aberto, não excluindo outros direitos fundamentais que o ordenamento jurídico reconheça por tratados internacionais ou estejam espalhados em princípios no sistema normativo. Dentre esses direitos fundamentais, os direitos de primeira geração chamam atenção por terem concedido a base primordial ao surgimento dos direitos civis constitucionais.

Ao se realçar todos os elementos já explanados nos tópicos anteriores, é possível traçar um caminho elucidativo ao assunto que quer se tratar neste trabalho. Primeiramente, ao ser lançado como epicentro da ordem jurídica, o princípio da dignidade da pessoa humana acarretou um olhar diferente para as relações que o Estado mantinha com o particular. Desse olhar mais acurado no reconhecimento de uma nova via de interpretar os direitos dos jurisdicionados, acabou-se por revisar também as nuances que envolviam a relação entre os particulares. Não poderiam mais os códigos que regiam o Direito Privado exibir um caráter estritamente patrimonial, relegando o reconhecimento dos direitos da pessoa física para uma noção secundária de importância. Destarte, o Código Civil deixou de ser a norma primordial para se reger o Direito Privado, em um movimento em que se lia a Constituição em face do Código Civil, devendo agora o Códice ser lido sob à luz das normas constitucionais. Desse novo cenário, adveio a Constitucionalização do Direito Civil.

Neste mesmo contexto, as possibilidades trazidas pelo Poder Constituinte Originário, as bases do constitucionalismo moderno e o respeito aos direitos fundamentais orquestraram a fórmula ideal para o surgimento dos elementos perfeitos a constituírem os direitos civis constitucionais intrínsecos à existência da pessoa humana. Seriam, então, lançados no cenário nacional os chamados direitos da personalidade.

4 A CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Todo o contexto exposto sobre a Constitucionalização do ordenamento jurídico, em especial da nova fase do Direito Civil Constitucional, somado à elevação da dignidade da pessoa humana como epicentro da ordem normativa, além do papel assumido pela Constituição Federal de 1988 na efetivação dos Direitos Fundamentais, serviu para denotar a recente visão materializada da transição do Código Civil como norma regente das relações privadas para mais uma das espécies legislativas que devem obediência à supremacia da Constituição. Desse cenário, depreende-se que os termos da personalidade do homem necessitaram de uma reformulação diante do surgimento do Estado Democrático de Direito. Destarte, cumpre analisar as premissas que perfizeram o entendimento acerca da personalidade humana.

Inicialmente, aduz-se que o conceito jurídico de personalidade condiz com a aptidão para exercer direitos e contrair determinadas obrigações que estejam de acordo com a ordem jurídica vigente. Não obstante, a ideia de personalidade é dotada de uma capacidade imensurável de transcendência entre as ciências humanas e sociais, o que acaba tendo consequências para o estudo jurídico (SZANIAWSKI, 2010).

A despeito do entendimento coloquial acerca das garantias dos direitos concedidas aos particulares em tempos modernos, tem-se notícias de que desde a Grécia⁹ há relatos de guardidas outorgadas às pessoas que sofressem ofensas físicas e morais, havendo punição para os que perpetrassem essas lesões. Com o nascimento da era do Cristianismo, a concepção da fraternidade começou a dar forma aos resguardos da personalidade, incluindo a visão do próximo como seu semelhante, a moral e a tutela da pessoa física como cernes de proteção individual. Todavia, aquele que aparenta ser o acontecimento histórico de maior importância para o tema de tratamento deste tópico foi a Declaração dos Direitos de 1789, onde se teve uma nova visão da proteção lançada aos direitos individuais. A Declaração dos Direitos do homem

⁹ Na antiga Roma, dizia-se que o termo *persona* era utilizado para denotar o ser humano, o homem. Porém, cumpre notar que tal termo dizia respeito apenas aqueles que ostentassem direitos civis, ou seja, o cidadão livre. Neste ínterim, os escravos eram classificados como mera coisa (*res*). Conforme explanado em momento oportuno, o termo personalidade designa a aptidão do ser humano de adquirir direitos e obrigações. Não obstante, em Roma tinha-se a ideia da individualidade perante o todo, não havendo um olhar minucioso no que concerne à proteção da personalidade individualizada (SZANIAWSKI, 2010).

e do cidadão detém conteúdo que deu razão ao entendimento dos direitos inatos à pessoa. Sendo assim, perfez-se a concepção de direitos subjetivos que acompanhariam a existência do homem, advindos pela própria natureza da vida em sociedade e pela luta contra os Estados de Polícia autoritários (CUPIS, 2008). Nisto, como amplamente debatido anteriormente, a dignidade da pessoa humana toma as rédeas como princípio norteador da ordem jurídica, tornando-se imprescindível para a superação da visão essencialmente individualista e patrimonial que se aferia até então.

Em tempos modernos, a doutrina noticia que existem três grandes marcos responsáveis pela construção da teoria dos direitos fundamentais da personalidade humana, a saber: a) o cristianismo; b) a Escola do Direito Natural e; c) a doutrina iluminista (BITTAR, 2015). Ao que parece, a noção que hoje temos de direitos fundamentais da pessoa humana foi concebida pelos filósofos jusnaturalistas do século XIX, no intuito de indicar determinados direitos pertencentes à essência do ser humano, denotados como preexistentes à sua posituação e reconhecimento por parte do Poder Público (SCHREIBER, 2014).

Ao tratar do assunto nos aspectos doutrinários e legislativos, aponta-se que a doutrina alemã e posteriormente a doutrina suíça foram as pioneiras a conferenciar regras gerais acerca dos direitos da personalidade. No âmbito legal, o Código da Áustria de 1810 já continha disposições sobre o que seriam os direitos inatos do ser humano (§16). Por sua vez, o Código Civil português de 1867 compreendia revisão sobre direitos referentes à liberdade e à existência da pessoa, configurando assim os ensaios legais e teóricos valiosos sobre conjecturas que viriam a tratar sobre os direitos da personalidade (BITTAR, 2015). No direito italiano, a doutrina dos direitos da personalidade encontrou lugar na Constituição renovada, sendo expressos como “direitos invioláveis do homem” (art. 2º), e possuindo fundamento nas chamadas liberdades civis (art. 13) (CUPIS, 2008). Por sua vez, o Código Civil alemão de 1900 começou a prever alguns direitos da personalidade, como por exemplo a vida, o corpo e a liberdade, em que posteriormente foram acrescentados o direito ao nome e à honra (MATTIA, 2010).

Na seara jurisprudencial, anota-se que a teoria ganhou grande notoriedade pelos debates tratados no âmbito dos tribunais da França, no ponto em que se reconheceu a natureza de ordem extrapatrimonial dos direitos do autor. Apesar de não constar no Código Civil francês da época grandes previsões sobre os direitos da personalidade, tratou o Poder de Judiciário local de se debruçar acerca do assunto, fixando determinadas premissas sobre características dos direitos da personalidade que serão melhor abordadas em momento oportuno. Não obstante, há de se notar que a doutrina francesa fazia clara distinção entre os direitos fundamentais, os direitos humanos e os direitos da personalidade, ao passo que a Constitucionalização do Direito Civil

mal havia sido concebida, o que dificultava maiores abordagens acerca da personalidade da pessoa humana (BITTAR, 2015).

Com a evolução que teve o papel do ser humano como novo centro da ordem jurídica, resultou-se que os direitos da personalidade, compreendidos como direitos subjetivos, são direitos essencialmente inatos à pessoa, cumprindo ao Poder Público apenas reconhecer tais direitos e instituir garantias a estes por intermédio da atividade legiferante, protegendo-os das ingerências indevidas do Estado ou mesmo do abuso nas relações perpetradas entre os particulares (BITTAR, 2015).

Embora haja grande aceitação doutrinária atual acerca da teoria dos direitos da personalidade, cumpre salientar que a tese não resta imune a críticas de diversos civilistas. As dificuldades que pairam sobre o assunto surgiram devido ao seu nascimento recente, o que acarretou várias divergências quanto os preceitos aplicados ao tema. Podem ser também apontados como óbices os desencontros filosóficos relativos ao cerne em questão, inclusive sobre a própria existência dos direitos da personalidade:

Os direitos da personalidade encontraram forte resistência em um ambiente jurídico ainda marcado pelo pensamento liberal, especialmente no campo do direito privado. Contribuiu também para isso a existência de divergências significativas entre os próprios defensores da categoria. Não havia, por exemplo, consenso sobre quais eram os direitos da personalidade. Falava-se com frequência no direito ao próprio corpo, no direito à honra e no direito à vida, mas alguns autores acrescentavam, ainda, o direito ao nome e outros direitos. Havia mesmo quem incluísse no rol o direito à propriedade, cuja natureza patrimonial representava, para outros, a própria antítese dos direitos da personalidade. Para parte da doutrina, não havia ainda “direitos da personalidade” no plural, mas um único “direito geral da personalidade”. Os desacordos, enfim, eram muitos (SCHREIBER, 2014, p. 5).

Primordialmente, autores como Jellinek e Von Thur chegaram a negar a existência de direitos da personalidade como direitos subjetivos, afirmando que não poderia haver direitos do ser humano sobre a própria pessoa, o que acarretaria uma forma de permissão ao suicídio (BITTAR, 2015). A resistência perante a concepção e adoção dos direitos da personalidade refletiu no desenvolvimento tardio de sua doutrina e em uma previsão tímida referente à positivação na legislação. Não obstante, hodiernamente a teoria dos direitos da personalidade é amplamente aceita, inclusive no ordenamento jurídico nacional, o que irá se denotar no tópico a seguir.

4.1 Os direitos da personalidade no Brasil

Conforme cediço, a concepção que se atribui ao termo personalidade está especialmente ligada a ideia de pessoa, constituindo-se na atribuição de caráter genérico de adquirir direitos e arregar deveres. No Direito Brasileiro, a ideia de personalidade iniciou ao tempo da escravidão, embora inimaginavelmente distante da concepção que hoje se possui (PEREIRA, 2017). No âmbito legal-constitucional, a Constituição Imperial (BRASIL, 1824) detinha disposições acerca dos direitos à liberdade e à igualdade, além de disposições acerca da inviolabilidade de correspondência alheia¹⁰. Dando prosseguimento à evolução da teoria, a Constituição da República de 1891, em seu art. 72 (BRASIL, 1891), cuidava dos direitos individuais de maneira geral¹¹, o que repetiu na Carta de 1934 e seguiu para ser ampliando no Texto Constitucional de 1946.

No âmbito infraconstitucional, o Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916) trouxe algumas disposições sobre pontos que poderiam ser considerados direitos da personalidade. Todavia, tais ideias foram concebidas de modo esparsado pelo Código, sem um capítulo ou seção que fosse expressamente dedicada aos direitos da personalidade (BITTAR, 2015).

Como se passa à obriedade de todos os tópicos que foram discutidos até o presente momento, aponta-se que a releitura dos Direitos Fundamentais teve especial influência nos olhares lançados em muitas matérias do Código Civil Brasileiro de 2002. Em destaque, foram finalmente elaborados os artigos concernentes aos direitos da personalidade no Códice de 2002, (arts. 11-21) (BRASIL, 2002), os quais funcionam como verdadeiros princípios normativos das relações privadas, concebidos como preceitos de ordem constitucional a incidir no trato jurídico perpetrado pelos particulares. Tal ponto de vista fica nítido nas lições de Lôbo (2017, p. 137):

A constitucionalização dos direitos fundamentais muito contribuiu para se alcançar essa relevância jurídica, pois os direitos da personalidade, ambientados nas relações privadas, são espécies do gênero direitos fundamentais. Contudo, nem todos os direitos fundamentais, corporificados ou não na Constituição, são direitos da personalidade, porque aqueles vão mais longe que estes, na medida em que atribuem direitos a organizações que não são pessoas e envolvem direitos sociais, econômicos e culturais, que não são direitos da personalidade.

Diante do advento da Carta Republicana de 1988 e ganho por parte do princípio da dignidade da pessoa humana como centro vital da ordem jurídica, não restou escolha ao legislador ordinário a não ser incorporar ao Código Civil de 2002 a doutrina referente aos

¹⁰ CF/1824: Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte (...) XXVII. O Segredo das Cartas é inviolável. A Administração do Correio fica rigorosamente responsável por qualquer infração deste Artigo.

¹¹ CF/1891: Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguinte (...).

direitos da personalidade. Era o abandono da concepção demasiadamente patrimonialista em benefício de uma releitura do direito privado, outorgando maior importância aos valores existenciais do ser humano (SCHREIBER, 2014). Nesta senda, fazendo o elo entre a dignidade da pessoa humana e os novos direitos personalíssimos, Azevedo (2002, p. 116) pondera que:

O princípio jurídico da dignidade fundamenta-se na pessoa humana e a pessoa humana pressupõe, antes de mais nada, um a condição objetiva, a vida. A dignidade impõe, portanto, um primeiro dever, um dever básico, o de reconhecer a intangibilidade da vida humana. Esse pressuposto, conforme veremos adiante, é um preceito jurídico absoluto; é um imperativo jurídico categórico. Em seguida, numa ordem lógica, e como consequência do respeito à vida, a dignidade dá base jurídica à exigência do respeito à integridade física e psíquica (condições naturais) e aos meios mínimos para o exercício da vida (condições materiais). Finalmente, a mesma dignidade prescreve, agora como consequência da especificidade do homem, isto é, de ser apto ao diálogo com o próximo e aberto ao amor, o respeito aos pressupostos mínimos de liberdade e convivência igualitária (condições culturais). Os três últimos preceitos (respeito à integridade física e psíquica, às condições mínimas de vida e aos pressupostos mínimos de liberdade e igualdade), como é próprio dos preceitos deduzidos dos princípios jurídicos, não são imperativos categóricos; embora fundamentais, na sua qualidade de requisitos mínimos para o desenvolvimento da personalidade e procura da felicidade, não são imperativos radicais, são imperativos jurídicos relativos.

Todavia, a timidez¹² demonstrada pelo Congresso Nacional refletiu na previsão de menor monta dos direitos da personalidade no Código de 2002:

Contaminado pelo espírito do seu tempo, o Código Civil acabou tratando dos direitos da personalidade de modo excessivamente rígido e puramente estrutural. Muitos dos dispositivos dedicados ao tema trazem soluções absolutas, definitivas, fechadas, que, como se verá adiante, não se ajustam bem à realidade contemporânea e à própria natureza dos direitos da personalidade, dificultando a solução de casos concretos (SCHREIBER, 2014, p. 12).

Cumprido destacar que quase todos os direitos da personalidade previstos no Código Civil brasileiro encontram guarida expressa no art. 5º da Constituição Federal, podendo ser constatadas menções aos direitos da liberdade, imagem, honra, vida privada, dentre outros, que serão melhor aprofundados em momento oportuno (SCHREIBER, 2014). No mesmo raciocínio, menciona-se o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.69/90) a Lei dos Direitos Autorais (Lei nº 9.610/98), o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) como documentos normativos que fazem menção à proteção dos direitos da personalidade como até aqui foram compreendidos, embora muitas dessas normas sejam anteriores à vigência do Código Civil de 2002, fruto da longa construção do Direito Constitucional em relação à pessoa humana.

¹² Uma vez que o anteprojeto do Código é datado do início da década de 1970, convém mencionar que sua atualização deixou por desejar em diversos parâmetros, não sendo a doutrina da personalidade humana exceção.

Uma vez estabelecido que se adotou a teoria dos direitos da personalidade no Brasil, cumpre enfrentar a seguir o tortuoso terreno que trata sobre a conceituação do instituto e suas características gerais.

4.2 Conceito de direitos da personalidade e seu objeto

Ao destrinchar o conceito de direitos da personalidade, em um primeiro momento faz-se mister notar que o termo personalidade é o próprio objeto do direito positivo, consistindo no primeiro “bem” da pessoa, por assim dizer. Como primeiro bem atribuído ao ser humano, no seu nascimento, cumpre a personalidade que lhe é atribuída cumprir a função de fornecer ao indivíduo as ferramentas necessárias para adquirir todos os demais direitos e para se adaptar ao ambiente de que faz parte.

Para se dar continuidade ao que se deseja explorar neste trabalho, será adotado como conceito¹³ de direitos da personalidade aquele fornecido por Bittar (2015, p. 29):

Consideram-se da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, o segredo, o respeito, a honra, a intelectualidade e outros tantos.

Cumpre registrar que os direitos da personalidade fazem parte da categoria jurídica daqueles direitos classificados como subjetivos. Destarte, são direitos que partem da essência do próprio ser humano e constituem prerrogativas inerentes à substância da personalidade, outorgando a cada pessoa a possibilidade de resguardar e desenvolver suas prerrogativas físicas e espirituais. Nesse sentido, são as lições de Adriano de Cupis (2008, p. 60):

Os direitos da personalidade são, assim, direitos que devem necessariamente permanecer na esfera do próprio titular, e o vínculo que a ele os liga atinge o máximo de intensidade. Na sua maior parte, respeitam ao sujeito pelo simples e único fato de sua qualidade de pessoa, adquirida com o nascimento, continuando todos a ser-lhe inerentes durante toda a vida, mesmo contra a sua vontade, que não tem eficácia jurídica.

Como mencionado, os direitos da personalidade são aqueles de ordem extrapatrimonial, inatos à pessoa e que constituem suas características fundamentais. O objeto dos direitos da

¹³ No direito estrangeiro, o termo direitos da personalidade muitas vezes é denominado como “Direitos Personalíssimos”, “Direitos da própria pessoa”, “Direitos essenciais ou fundamentais da pessoa (MATTIA, 2010).

personalidade é tudo aquilo que se referir à natureza do homem, como por exemplo a vida, liberdade (religiosa, política, sexual), integridade física e moral, honra, imagem, intimidade, igualdade, dentre muitos outros (NERY JR, NERY, 2013).

Neste ponto, as preleções dispostas por Franceschet (2019, p. 33) acerca da dupla dimensão que envolve os direitos da personalidade:

Logo, é possível afirmar que os direitos da personalidade apresentam dupla dimensão: uma negativa, de defesa, e outra positiva, sujeita aos influxos da autonomia privada e compatível, ademais, com o aproveitamento patrimonial. Os direitos da personalidade, preservado o seu fundamento ético, apresentam, assim, elementos morais e patrimoniais que são indissociáveis, permitindo, a um só tempo, o aproveitamento consentido e a tutela defensiva, nos casos em injusta violação.

Sendo assim, a dimensão objetiva dos direitos da personalidade impõe ao Estado uma obrigação de abstenção, devendo eventuais abusos serem evitados. Desta feita, inobstante o princípio da inércia da jurisdição, o Poder Judiciário, ao declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinadas leis e atos normativos, também atende à vertente objetiva dos direitos da personalidade. Isto porque a proteção aos direitos fundamentais não se dá apenas na atividade legiferante. Cabe também ao magistrado resguardar as prerrogativas individuais e coletivas que fundamentam o Estado Democrático de Direito. Por exemplo, ao declarar a inconstitucionalidade de determinada norma, retirando sua eficácia, o Poder Judiciário também protegerá o núcleo de determinados direitos, impedindo assim que leis violem os princípios que dão base ao ordenamento jurídico.

Do que já foi exposto, depreende-se que o rol previsto de direitos da personalidade que constam nos arts. 11-21 do Código Civil é meramente exemplificativo, razão pela qual, pode-se extrair outros postulados da mesma espécie em exercício interpretativo sistemático do ordenamento jurídico. Como exemplo, cita-se o direito à integridade psicológica, que se encaixa perfeitamente em todos os caracteres que compõe a categoria dos direitos da personalidade.

De acordo com o que foi previamente destacado, pode-se concluir que os direitos da personalidade são espécies dos direitos fundamentais. Como regra geral, os direitos fundamentais possuem ampla vertente, se impondo como diretrizes gerais em se ver livre dos abusos de um Estado autoritário, ao passo que os direitos da personalidade são os frutos da captação desses valores fundamentais regulados no interior do Direito Civil (SCHREIBER, 2014).

4.3 Divisão e características dos direitos da personalidade

Como qualquer instituto jurídico tratado amplamente pela doutrina, os direitos da personalidade gozam de determinadas características que lhe são inerentes. Não obstante a falta de uniformidade entre os autores da seara civilista, podem ser destacadas como principais características dos direitos da personalidade as seguintes: a) são intransmissíveis e irrenunciáveis, pois não podem seus titulares deles dispor, com a intenção de transmiti-los a terceiros e renunciando ao seu uso; b) são absolutos, sendo tal característica consequência de sua oponibilidade *erga omnes*, irradiando efeitos em todos os campos e impondo à coletividade o dever de respeitá-los; c) ilimitados, já que o rol previsto nos arts. 11-22 do Código Civil é apenas exemplificativo; d) gerais, o que significa que os direitos da personalidade são outorgados a todas as pessoas, e) extrapatrimoniais, pelo que se constata a ausência de conteúdo patrimonial direto, aferível objetivamente, ainda que a sua lesão gere efeitos econômicos; f) imprescritíveis e impenhoráveis, pois os direitos da personalidade não se extinguem pelo seu não uso, e sendo inerentes à pessoa humana, são dela inseparáveis, não podendo ser penhorados; g) vitalícios, sendo inatos e permanentes, acompanhando a pessoa desde a sua primeira manifestação de vida até o seu óbito (BITTAR, 2015).

De início, alguns desses caracteres estão previstos no art. 11 do Código Civil, conforme transcrito: “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” (BRASIL, 2002).

A característica da intransmissibilidade traduz-se na ideia de que os direitos da personalidade são postulados inerentes à condição da pessoa humana, razão pela qual, nascem com o seu detentor e com ele se encerram na sua morte, não se manifestando em outrem. Aqui não há de se confundir os direitos da personalidade em si com a sua manifestação econômica, como por exemplo, os créditos devidos pelos direitos de imagem do falecido que se transmite aos seus herdeiros. Dessarte, a intransmissibilidade reside na natureza do seu objeto, que seriam as características essencialmente orgânicas (física e intelectualmente sugeridas) do ser humano. Assim, seria difícil imaginar, em óbice constituído por estenexo orgânico, alguma pessoa separada de sua honra, de sua liberdade ou de sua integridade física, transmitindo-os a outros indivíduos pelos meios jurídicos existentes (CUPIS, 2008).

Ainda que os direitos da personalidade cessem com o fim da existência de seu titular, o Código Civil outorgou especial proteção à violação ou ameaça de lesão aos direitos de personalidade que fizeram parte da órbita jurídica de pessoa que agora está falecida:

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau (BRASIL, 2002).

Subsequentemente, o art. 11 do Estatuto Cível prevê ao que nos parece a mais polêmica das características dos direitos da personalidade: sua irrenunciabilidade. Não bastasse a previsão de tal característica, o legislador resolveu acrescentar a sentença de que o titular não poderá exercer a limitação voluntária aos direitos da personalidade. Cumpre salientar que não está a se criticar de todo a previsão positivada na lei. Deve-se entender também os anseios do Poder Público em tentar prever tipos de situações extremas pelas quais as pessoas passam, como, por exemplo, a venda de órgãos. Todavia, ao mesmo tempo em que se preocupa com as disposições perpetradas pelos particulares, o Código parece exagerar¹⁴ na proteção excessiva outorgada aos jurisdicionados (SCHREIBER, 2014).

Ainda quanto à irrenunciabilidade, se pode dizer que os direitos da personalidade não podem ser extinguidos pela simples vontade (CUPIS, 2008). Não se pode olvidar que a irrenunciabilidade está intimamente ligada à intransmissibilidade, ao passo que a faculdade de renunciar está alinhada à transmissão de seu direito a outrem. Todo esse contexto faz jus à essencialidade dos direitos da personalidade, praticamente inseparáveis do todo orgânico de seu titular.

Embora pareça uma discussão de caráter estritamente acadêmico, o problema das características outorgadas aos direitos da personalidade reflete muito quando da sua aplicação ao caso concreto. Neste ínterim, quando da avaliação dos direitos da personalidade à vida, o direito ao corpo e à liberdade religiosa, irá se demonstrar a real abrangência da problemática acarretada pela (suposta) indisponibilidade e intransmissibilidade citados.

Inobstante sua classificação aprofundada e o fato de que os estudos doutrinários dispensados aos direitos da personalidade resultem em uma roupagem especial aos olhos daqueles que se debruçam acerca do tema, a jurisdição exercida pelo Poder Judiciário na tentativa de apaziguar os conflitos sociais é a mesma aplicada para as demais matérias que constam no extenso rol do Direito Privado. Destarte, remédios jurídicos como o mandado de segurança (direito – em sentido amplo – líquido e certo), *habeas corpus* (direito à liberdade) e mandado de injunção são igualmente utilizados para buscar o pronunciamento do órgão julgante e realizar a justiça no caso concreto. Nesse diapasão, além das medidas já apontadas, construíram-se também métodos de realização da jurisdição que muito tem a ver com o Direito

¹⁴ Nesse diapasão, o enunciado da nº4 da I Jornada de Direito Civil prevê que: “O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral”.

Civil-Constitucional: mais especificamente, refere-se ao controle de constitucionalidade das normas, que será amplamente analisado no capítulo seguinte.

5 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A noção que hoje se tem de controle de constitucionalidade advém do pensamento de que todos, inclusive os legisladores infraconstitucionais e os chefes do Executivo, devem respeitar os comandos dispostos no Texto Magno. Todavia, o *judicial review* foi concebido com a ideia de que existem princípios fundamentais fundadores do próprio Estado Democrático, princípios esses que muitas vezes constam implicitamente no texto constitucional, cuja função precípua é impor limites à atuação do Estado (CORWIN, 1914).

O contexto em que foi construída essa perspectiva dos princípios implícitos limitadores da conduta do Poder Público se deu no ano de 1800, nos Estados Unidos da América. Naquele ano, pela primeira vez em muito tempo, sucedeu a troca de poder entre as influências políticas que disputavam a presidência do país e a maioria nas Casas Legislativas. Essa transição não continha um viés pacífico e tampouco apaziguador, de modo que não tardaria envolver outra esfera dos poderes constituídos no conflito, sendo o Poder Judiciário a grande válvula de escape que ambos os lados estavam visando.

No resultado das eleições, os Republicanos venceram de forma majoritária em ambas as casas do Congresso Nacional, o que acabou por deixar claro que o até então Presidente dos Estados Unidos, o Federalista John Adams, não conseguiria se manter por muito tempo no cargo. Isso se confirmou pela eleição do oponente de Adams, Thomas Jefferson, em fevereiro de 1801. Antes de ser deposto de cargo, já prevendo o resultado das urnas, John Adams e o restante dos Federalistas tentaram manter sua autoridade através do Poder Judiciário, o que levou Adams a nomear seu secretário de estado, John Marshall, como Presidente da Suprema Corte (*Chief of Justice*). Tentando expandir seu domínio político e resguardar sua influência, os Federalistas propuseram o *Judiciary Act* de 1801. Tratava-se de uma lei que criava dezesseis circuitos de Cortes Federais, além de permitir a nomeação de 42 juízes de paz (BARROSO, 2016).

Em vias de ter que entregar seu cargo, Adams rapidamente nomeou os juízes que iriam compor as Cortes Federais recentemente criadas, incluindo os juízes de paz, partindo da

premissa de que todos estes simpatizavam com os ideais Federalistas. Não bastasse, ainda com espeque no *Judiciary Act*, Adams também reduziria o número de juízes da Suprema Corte de 6 para 5 quando houvesse a próxima vacância (ROSE, 2003).

Ao assumir o posto, um furioso Thomas Jefferson articulou junto a seus pares no Congresso para que as normas instituídas pelo *Judiciary Act* fossem revogadas, levando à demissão de alguns juízes que haviam sido recentemente empossados com base na lei citada. Ainda, Jefferson ordenou que seu Secretário de Estado recém designado, James Madison, não entregasse os termos de nomeação que restavam, não dando posse aos juízes de paz que haviam sido indicados pelos Federalistas. Dentre esses juízes de paz que não receberam a nomeação, encontrava-se William Marbury, que, sentindo-se prejudicado ao acreditar que tinha o direito legítimo de ser investido no cargo, peticionou *mandamus* à Suprema Corte dos Estados Unidos na expectativa de que fosse ordenado a James Madison que entregasse sua carta de nomeação (ROSE, 2003).

5.1 Julgamento e decisão de Marbury V. Madison

Embora hodiernamente seja compreendida como uma das mais importantes decisões da história do Direito Constitucional, há de se relatar que, à época, nada sugeriu que o *case* não fosse outra demanda corriqueira a ser julgada pela Corte Suprema. Relatos históricos indicam que Jefferson e Madison não pareciam muito interessados no julgamento, ao passo que Madison nem mesmo teria nomeado um advogado para sua defesa. De sua parte, Marbury estava sendo representado por Charles Lee, que já tinha servido como Procurador Geral dos EUA na administração de John Adams, o que evidenciava a experiência que Lee possuía em casos a serem julgados perante a Corte (MOUNTJOY, 2007).

Em sua arguição, a história conta que Charles Lee sustentou o caso da seguinte forma: Marbury tinha sido indicado para juiz de paz atendendo a todos os requisitos legais, e uma vez que Madison o teria negado um direito legalmente concedido, deveria haver um remédio legal que assegurasse o direito do seu cliente. Para Lee, tal remédio processual seria o *writ of mandamus*, que certificaria que Marbury tinha o direito de receber a comissão que iria empossá-lo no cargo de juiz de paz. Por outro lado, Madison e Jefferson enxergavam o caso como uma simples questão de observância da ordem de separação entre os poderes, ao passo que somente o Executivo teria a competência para indicação dos cargos judiciais (MOUNTJOY, 2007).

Após ouvir os argumentos de ambos os lados, a Suprema Corte se viu em uma posição delicada, onde a autonomia do Judiciário encontrava-se em grande risco. As tensões políticas

estavam em ebulição, assim como também estava em jogo a separação dos poderes, pois uma decisão favorável a Marbury significaria desafiar a autoridade do presidente recém-empossado, correndo boatos de que se Marshall desse algum sinal de decidir contrário aos interesses dos Republicanos, sofreria processo de impeachment antes de fazer de qualquer ponderação aprofundada (MOUNTJOY, 2007).

Em suas deliberações, a Corte fixou três grandes premissas para a resolução do caso: 1) Marbury tinha direito de receber a sua nomeação? 2) Se os direitos do requerente tinham de fato sido violados, havia algum remédio legal para os resguardar? 3) O *writ of mandamus* ordenado pela Corte seria o meio adequado para resolver a demanda? (MOUNTJOY, 2007).

Acerca da primeira pergunta, a Corte emitiu um juízo de valor positivo: Marbury tinha o direito adquirido de ser nomeado, uma vez que a ordem de sua nomeação tinha sido assinada e seu nome tinha sido previamente aprovado pelo Senado. O único óbice existente para que Marbury não tomasse posse era a recusa de Madison de lhe entregar o termo legal de sua nomeação, o que denotava que Jefferson e Madison estariam a violar o direito adquirido de Marbury (MOUNTJOY, 2007).

Quanto ao segundo questionamento, a Corte respondeu igualmente de maneira afirmativa. Uma vez que já haviam sido constatadas as violações dos direitos de Marbury, os juízes entenderam que o sistema judiciário americano detinha a competência para apreciar o *writ of mandamus*. Como o direito de Marbury havia sido negado por um agente público, entendeu-se que a Suprema Corte teria a competência originária para emitir a ordem de empossar o requerente, colocando uma pá de cal sobre o terceiro questionamento levantado.

5.2 Críticas ao julgamento Marbury Vs Madison

Não obstante o prestígio histórico de que a citada decisão goza perante os estudos do Direito Constitucional moderno, o veredicto do julgamento de Marbury v. Madison não restou imune às críticas advindas de ambos os centros políticos. De um lado, alguns mais radicais apontam uma total usurpação do poder pela Suprema Corte, uma vez que a interpretação da Constituição norte-americana não daria razão ao que foi decidido. De outro, os mais conservadores asseguram que as cláusulas constitucionais concedem tal função ao Poder Judiciário. Ainda, constata-se também que as matérias de competência originária da Corte estão previstas no art. III, Seção 2, da Constituição Americana, sendo o tribunal classificado como de competência secundária para todos os outros casos. Destarte, o *mandamus* não poderia ter sido

impetrado diretamente na Corte Suprema, a qual carecia de competência originária para tanto (CORWIN, 1914).

Alguns autores (ROSE, 2003) destacam que Marshall teria deliberadamente se utilizado de uma interpretação errônea dos termos da Constituição para o seu próprio benefício. Ainda, há de ressaltar que, pelas circunstâncias do caso, Marshall deveria ter se declarado suspeito para participar do julgamento, posto que deteve papel importante no desenrolar que deu razão à demanda.

A decisão da Suprema Corte também fixou o perigoso precedente de que questões políticas não seriam apenas resolvidas pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Executivo, podendo ser apreciadas pelo Poder Judiciário, o qual contém membros que não são eleitos pela sociedade (NELSON, 2002).

Não obstante às inúmeras críticas e reanálises constantes acerca das premissas do caso, é inegável que as consequências advindas do julgamento de *Marbury v. Madison* mudaram a história e o valor atribuído ao Direito Constitucional moderno, sendo uma das fontes mais importantes no que tange à fixação da supremacia da Constituição e do papel do Judiciário na proteção dos direitos fundamentais. Tamanha foi a influência que o caso exerceu, que diversos outros países adotaram as bases do *judicial review*, adaptando os princípios do controle de constitucionalidade aos reclamos sociais de cada território.

Nesse diapasão, o Brasil não foi exceção quanto ao âmbito de influência dos precedentes fixados pelo controle difuso de constitucionalidade norte-americano, razão pela qual se passa a examinar a importância de tal instrumento na órbita do Direito Constitucional brasileiro.

5.3 Histórico do Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro

Atualmente, a Constituição Federal de 1988 outorga ao Poder Judiciário uma espécie de controle de constitucionalidade misto, ao passo que no direito pátrio é possível verificar tanto a incidência do controle difuso, quanto do controle concentrado de constitucionalidade. Todavia, para se compreender os fundamentos que deram razão a esta espécie de jurisdição constitucional é importante percorrer os primórdios do cenário constitucional nacional.

Nos termos que foram estabelecidos até agora acerca do controle de constitucionalidade, não é possível vislumbrar nenhum lastro do *judicial review* moderno na Constituição de 1824. Ao que consta, a Carta Imperial parecia outorgar ao Poder Legislativo e ao Poder Moderador do Imperador a tarefa de guardar a Constituição e de revogar e suspender leis que lhes fossem contrárias (STRECK, 2019). Posteriormente, o controle difuso de constitucionalidade foi

instituído pelo Decreto nº 848, datado de 11 de outubro 1890, que em seu artigo 3º¹⁵ autorizava o Poder Judiciário, desde que por provocação das partes, a executar o controle por via de exceção (MARTINS; MENDES, 2009) (BRASIL, 1890). Posteriormente, a Constituição de 1891 incorporou o teor do Decreto nº 848, especificando que caberia ao Supremo Tribunal Federal a competência para rever, em sede de última instância, as decisões advindas da Justiça Estadual que fossem contrárias às leis federais ou quando se contestasse ato de governo local em face da Constituição ou leis federais, conforme previsto no art. 59, § 1º, alíneas a e b¹⁶ (MARTINS; MENDES, 2009).

A Carta de 1934 trouxe alterações no que concerne aos requisitos para a decretação de inconstitucionalidade das normas. Conforme o teor do art. 76, III, alíneas b e c¹⁷, a declaração de inconstitucionalidade só poderia ser decretada pela maioria do total dos membros do órgão judiciário. Ulteriormente, a Norma Fundamental de 1934 propugnava que caberia ao Senado Federal conceder eficácia erga omnes à decisão do Supremo Tribunal Federal, que declarou a inconstitucionalidade ou invalidade de determinado ato em sede de controle difuso, muito semelhante à disposição que é trazida no art. 52, inciso X¹⁸, da Constituição atual (MARTINS; MENDES, 2009).

Ao que consta da análise do histórico dos textos constitucionais, a Constituição de 1937 foi uma das que mais sofreu críticas quanto às alterações trazidas para o controle de constitucionalidade. O art. 96, em seu parágrafo único¹⁹, trazia curiosa disposição que parecia

¹⁵ BRASIL. **Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890**. Art. 3º [*Na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação da parte*].

¹⁶ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**. Art. 59, §1º, ‘a’ e ‘b’. [*Art. 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete: (...) §1º Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas*].

¹⁷ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Art. 76, III, ‘b’ e ‘c’. [*Art.76 – A Corte Suprema Compre: (...) 2) julgar:III – em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância: (...) b)quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válido o ato ou a lei impugnada*].

¹⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 52, X. [*Compete privativamente ao Senado Federal: (...) X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*].

¹⁹ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Art. 97, parágrafo único. [*Art. 96 – Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo único – No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal*].

ampliar demasiadamente os poderes do Presidente da República, instituindo que o Chefe do Poder Executivo poderia submeter ao Parlamento a lei que houvesse sido declarada inconstitucional pelo Judiciário, onde as Casas do Legislativo poderiam por 2/3 dos votos retirar os efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Tal proposição acabava por trazer um retrocesso sem precedentes na história do controle de constitucionalidade brasileiro, uma vez que haveria nítido desnivelamento entre as funções atribuídas aos Poderes Constituídos (FERREIRA, 2016).

Por sua vez, o Texto Constitucional de 1946 manteve vários aspectos advindos das Cartas Políticas de 1934 e 1937, como a exigência de maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade (art. 200)²⁰, outorgando, ainda, a mesma competência ao Senado Federal no sentido de conceder eficácia *erga omnes*²¹ às decisões proferidas em sede de controle difuso (art. 64)²² (MARTINS; MENDES, 2009).

Como é do interesse do que se vai discutir neste trabalho, é válido mencionar que a CF de 1946 outorgou, em seu art. 101, III, alíneas a, b e c²³, ao Supremo Tribunal Federal a tarefa de apreciar os recursos extraordinários nas seguintes hipóteses:

- a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal;
- b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada;
- c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato. (BRASIL, 1946)

A Emenda Constitucional nº 16 de 1965, por sua vez, foi a responsável por introduzir no ordenamento jurídico brasileiro o controle abstrato de constitucionalidade das normas estaduais e federais, onde foi concebida a representação genérica de inconstitucionalidade (atualmente a ação direta de inconstitucionalidade por ação). Seguidamente, a Constituição de

²⁰ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Art. 200. [Art. 200 – Só pelo voto da maioria absoluta dos seus membros poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público].

²¹ Contra todos.

²² BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Art. 64. [Art. 64 – incumbe ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal].

²³ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Art. 101, III, ‘a’, ‘b’, ‘c’. [Art. 101 – Ao Supremo Tribunal Federal compete: (...) III- julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes: a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal; b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato]

1967 e a Emenda nº 1 de 1969 não trouxeram maiores alterações aos dispositivos já existentes. As novidades se perfizeram pela Emenda nº 7 de 1977, que além de manter a representação genérica de inconstitucionalidade, criou a ação de representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo de âmbito federal ou estadual, a qual seria julgada pelo Supremo Tribunal Federal (art. 119, I). Ainda, introduziu-se a possibilidade da concessão de medida cautelar a ser requerida nas ações de representação genérica de inconstitucionalidade (art. 119, I, p)²⁴ (CUNHA JÚNIOR, 2010).

5.4 Conceito e espécies de inconstitucionalidade

Em breve síntese, pode-se compreender o controle de constitucionalidade como verdadeira atividade de fiscalização e garantia do princípio da supremacia da Constituição, ao passo que se verifica a validade e conformidade das leis e atos normativos do Poder Público em face da Lei Maior (BARROSO, 2016). Ainda, nos parâmetros adotados pelo Direito Constitucional brasileiro, é possível afirmar que funcionam como verdadeiros pressupostos do controle de constitucionalidade: a) a existência de uma Constituição Rígida; b) A atribuição da competência da fiscalização e controle a um órgão ou número especificado de órgãos e; c) o respeito ao já citado princípio da supremacia da Constituição.

Não menos importante é ter em mente as espécies pelas quais se pode identificar o vício de inconstitucionalidade presente nas leis e atos normativos. Primeiramente, pode-se falar em inconstitucionalidade por ação ou por omissão. A primeira diz respeito a uma conduta comissiva por parte do legislador ou do Poder Executivo que emita espécie legislativa que afronte as normas constitucionais. Já a inconstitucionalidade por omissão advém de uma lacuna normativa tida como ilegítima, ou então tem como escopo o descumprimento da obrigação de legislar constatada em comando constitucional de eficácia limitada.

Ainda, é possível verificar como espécies de inconstitucionalidade a de vício material (namoestático) e a de vício formal (namodinâmico). Aquela diz respeito à própria substância do ato, referindo ao seu conteúdo que viola as regras e princípios adotados pelo Texto Constitucional, abarcando também os atos que excedem e abusam do poder legislativo. Neste último caso, a doutrina aponta como exemplo a violação aos princípios da proporcionalidade

²⁴BRASIL. **Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977**. Art. 119, I, p. [*Art. 119. ... I - ... (...) p) o pedido de medida cautelar nas representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República*].

ou proibição do excesso, revelando a inadequação entre meios e fins²⁵. Já os vícios formais não atingem o conteúdo da lei, mas sim os procedimentos e pressupostos imprescindíveis para a formação hígida do ato normativo (FERREIRA, 2016)

Por fim, é possível se comentar acerca da inconstitucionalidade originária e a inconstitucionalidade superveniente. Antes de adentrar no mérito da presente classificação, insta salientar que para se constatar o fenômeno da inconstitucionalidade a norma em análise precisa ser posterior ao advento da Constituição que está a funcionar como parâmetro. As normas que sejam anteriores a tal marco e tidas por incompatíveis com a Constituição não sofrem o fenômeno da inconstitucionalidade, devendo ser analisadas pelo fenômeno da Recepção, e uma vez incompatíveis, são classificadas como não recepcionadas pela Constituição atual (MENDES, 2012).

Curiosamente, também é preciso elucidar questões atinentes aos casos das Emendas Constitucionais: no cenário em quem uma lei é publicada e, posteriormente, uma Emenda à Constituição torna a norma sem fundamento (por vício de caráter material), ocorrerá também a não recepção da norma. Balizada doutrina (BARROSO, 2016) afirma que seria mais correto afirmar que a norma anterior perdeu o seu fundamento de validade, o que não muda o fato de que aquela carece de eficácia perante a ordem jurídica vigente. Outra questão de igual pertinência é saber se uma norma que nasceu inconstitucional se tornaria constitucional pelo advento de uma Emenda ao Texto Constitucional que alterasse tal fundamento de validade. Conforme já decidido pela Suprema Corte, a resposta é negativa, vez que no sistema normativo pátrio não se admite a figura da Constitucionalidade Superveniente:

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DOS INATIVOS LEI Nº 9.783, DE 1999 EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41, DE 2003 CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE IMPOSSIBILIDADE. Lei que instituiu contribuição de inativo, inconstitucional quando da edição, não se torna válida em razão de mudança do parâmetro normativo superior. **O Supremo já assentou inexistir, no ordenamento jurídico nacional, a constitucionalidade superveniente.** Precedente Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.158/PR, relator ministro Dias Toffoli, Diário da Justiça de 16 de dezembro de 2010. (STF - RE: 436.417 RN, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 06/05/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-096 DIVULG 20-05-2014 PUBLIC 21-05-2014 – grifo nosso).

²⁵ Não custa lembrar que à inconstitucionalidade por vício material aplica-se o princípio da divisibilidade da lei, onde somente será retirado da ordem normativa a parte da norma que possui seu conteúdo contrário à Constituição. A parte sem vícios da lei será mantida, a não ser que se faça presente a hipótese de inconstitucionalidade por arrastamento.

Nestes termos, depreende-se que o vício de inconstitucionalidade é inerente aos fundamentos de validade do ato, retroagindo ao nascedouro da norma e não é passível de convalidação.

5.5 Modalidades do Controle de Constitucionalidade

Ao tópico em comento, o marco de interesse para verificar a presente classificação é o da publicação da lei ou ato normativo em análise. Se o controle de constitucionalidade se der antes da publicação da norma, será tido como controle preventivo, ou prévio, de modo a incidir sobre o projeto de lei. Caso a fiscalização se dê em momento póstumo ao da publicação da espécie legislativa, o controle será tido por repressivo ou posterior e incidirá sobre a lei ou ato normativo propriamente dito, o qual já completou o seu ciclo de validade e formalismos exigidos pela Carta Magna (CUNHA JÚNIOR, 2010).

Ao se tratar do controle prévio ou preventivo, pode-se dizer que este ocorre quando o projeto de lei está em tramitação no Congresso Nacional, durante o processo de formação da lei. Neste ponto, insta salientar que o controle preventivo pelas vias judiciais ocorre em ocasiões excepcionais, como há de se assinalar a seguir.

Em um primeiro momento, admite-se o controle preventivo incidental (difuso ou pela via de exceção) por meio de mandado de segurança de competência originária do Supremo Tribunal Federal a ser impetrado por parlamentar, o qual possui legitimidade exclusiva para tanto, tendo como objeto do *writ* o projeto de lei debatido ou projeto de emenda constitucional, ambos apresentando vícios peculiares:

CONSTITUCIONAL. PODER LEGISLATIVO: ATOS: CONTROLE JUDICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PARLAMENTARES. I. - O Supremo Tribunal Federal admite a legitimidade do parlamentar - e somente do parlamentar - para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo. II. - Precedentes do MS 20.257/DF">STF: MS 20.257/DF, Ministro Moreira Alves ;(leading case) (RTJ 99/1031) MS 20.452/DF, Ministro Aldir Passarinho (RTJ 116/47); MS 21.642/DF, Ministro Celso de Mello (RDA 191/200); MS 24.645/DF, Ministro Celso de Mello," D.J. "de 15.9.2003; MS 24.593/DF, Ministro Maurício Corrêa," D.J. "de 08.8.2003; MS 24.576/DF, Ministra Ellen Gracie," D.J. "de 12.9.2003; MS 24.356/DF, Ministro Carlos Velloso," D.J. " de 12.9.2003. III. - Agravo não provido. (STF - MS: 24667 DF, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 04/12/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 23-04-2004 PP-00008 EMENT VOL-02148-04 PP-00714).

No caso de o vício recair sobre um projeto de Emenda Constitucional, o controle de constitucionalidade poderá abranger tanto o aspecto referente aos vícios formais (v.g., insuficiência do quórum de votação), quando aspecto de vício material (conteúdo que viola regra expressa no texto constitucional. Por sua vez, caso a norma em análise seja projeto de lei em sentido estrito, apenas os vícios de aspectos formais poderão ser averiguados e atacados pela via mandamental (MENDES, 2012).

Ao fim das classificações, há doutrina que ainda reparte as espécies do controle de constitucionalidade quanto ao órgão que exerce esse controle (BARROSO, 2016). Primordialmente, tem-se o controle político ou não judicial, onde o controle de constitucionalidade das leis é restrito à análise de um órgão que não faz parte do corpo do Poder Judiciário, ostentando assim natureza política. Por outro lado, o controle judicial é exatamente o oposto, vez que a atuação dos órgãos de controle possui natureza jurisdicional propriamente dita, e não natureza política.

Para se dar prosseguimento ao presente trabalho, uma última ramificação faz-se indispensável para atingir os escopos aqui propostos. Trata-se da subdivisão do controle difuso e concentrado. Em breve síntese, que serão mais bem exploradas nos tópicos seguintes, o controle difuso possibilita, no exercício concreto da atividade jurisdicional, que todos os membros do Poder Judiciário, desde o juiz de primeiro grau até tribunais superiores, possam verificar no caso concreto a (in)constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo expedido pelo Poder Público. Por sua vez, o controle concentrado aduz ao controle de constitucionalidade exercido por um número limitado de órgãos, ou até mesmo um único órgão, que possuem como função primordial a proteção da Constituição e uniformização das normas constitucionais (CUNHA JÚNIOR, 2010).

5.6 Conceito e características do controle difuso de constitucionalidade

Inicialmente, constituem premissas imprescindíveis do controle de constitucionalidade dois pontos importantes da teoria do Direito Constitucional: a supremacia da Constituição e a sua rigidez.

Entende-se por supremacia da Constituição o postulado que dispõe que o direito e as leis infraconstitucionais devem ser interpretados de acordo com a Constituição, e não o contrário. Havendo interpretações diversas sobre a mesma norma, deve prevalecer aquela que melhor atender aos interesses do Texto Constitucional. Destarte, nenhuma manifestação legal poderá ser considerada válida se for contrária às normas constitucionais (MIRANDA, 2019).

Ainda, entende-se por rigidez da Constituição a característica que dispõe que para a modificação formal do texto da Norma Fundamental, deverá haver um processo legislativo mais rígido do que para a modificação das leis de hierarquia inferior, o que fica nítido pelo teor do art. 60, §4 da Carta Política de 1988²⁶ (BARROSO, 2016).

Conforme salientado, a decisão proferida em *Marbury v. Madison* estabeleceu algumas asserções quanto aos modelos de controle de constitucionalidade. Segundo o precedente firmado pela Corte, a competência para apreciar a conformidade das leis infraconstitucionais e atos de governo seria atribuída a qualquer juiz ou tribunal, não havendo órgão específico para fazer esse juízo de subsunção, o que denota a ideia central do controle difuso.

Em resumo, uma lei tem um ciclo de vida assim como um organismo vivo, nascendo pelo processo legislativo, sendo proposta e aprovada nas Casas do Congresso Nacional, para em momento seguinte seguir para a sanção do Presidente da República, sendo depois publicada para entrar vigor e tornar-se obrigatória (SILVA, 2014). Destarte, segundo a teoria dos atos e fatos jurídicos, as normas jurídicas perpassam por três planos para criar, extinguir ou modificar as situações para as quais foram elaboradas: existência, validade e eficácia. No plano da existência, não se indaga se um ato é nulo ou se está produzindo efeitos, apenas se questiona se este está presente no ordenamento jurídico; o plano da validade constitui-se no plano dos requisitos, em que a norma deverá preencher todas as preposições exigidas pela Constituição e pela lei para atender às questões de regularidade; e, por fim, o plano da eficácia condiz com o plano em que as normas jurídicas estão aptas a produzir os efeitos previstos no corpo de seu texto (GONÇALVES, 2019). Neste ponto, importante acentuar que a declaração de inconstitucionalidade da norma atinge o plano da validade, sendo inválida a norma tida por inconstitucional. Ainda, a decisão emitida pelo órgão judicial deverá retroagir até o nascedouro do ato praticado ou da lei viciada, perfazendo assim efeitos *ex tunc*. Por fim, os atos e normas declarados inconstitucionais padeceriam de nulidade absoluta, e não de uma simples anulação de caráter relativo.

Em regra, o controle difuso de constitucionalidade é levantado como causa de prejudicialidade da demanda em análise, não se configurando como o pedido central de quem suscitou o controle e sim como a causa de pedir. Em síntese, a (in)constitucionalidade da norma ou do ato analisado não se constitui como pedido do requerente, mesmo porque tal hipótese

²⁶ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Art. 60, §4º. [Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) §4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II- o voto direto, secreto, universal e periódico; III- a separação dos Poderes; IV- os direitos e garantias individuais].

cabe às ações de controle concentrado, mas sim como fundamentos que dão razão à sua demanda. Destarte, o controle difuso é tido como controle incidental, por via de exceção.

Como o controle difuso não se perfaz em um processo objetivo e o juízo de subsunção da norma não é o centro da lide, as decisões proferidas no âmbito do controle por via de exceção têm efeito *inter partes*, ou seja, caso uma lei seja declarada inconstitucional em sede de controle difuso, a decisão valerá apenas para os litigantes em tal processo, continuando a norma válida fora do caso concreto.

Possuem legitimidade para suscitar o controle difuso as partes do processo (autor e réu), o Ministério Público (seja como fiscal da ordem jurídica ou como parte), bem como os magistrados e os tribunais *ex officio*. Neste último caso, a exceção fica por conta do Supremo Tribunal Federal, onde já se decidiu que os Ministros da Suprema Corte não podem levantar a hipótese do controle difuso por iniciativa própria, salvo se houver o devido prequestionamento da matéria, como no caso do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 424.837, de 2015, da relatoria do Min. Luís Roberto Barroso:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMPEDIMENTO. NULIDADE. PRECLUSÃO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PROVENTOS DE INATIVOS. PERÍODO ANTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/1998. POSSIBILIDADE. **1. A jurisprudência do Supremo Tribunal é firme em exigir o regular prequestionamento das questões constitucionais suscitadas no recurso extraordinário, ainda que se trate de matéria de ordem pública.** 2. O Supremo Tribunal Federal considera legítima a exigência de contribuição previdenciária sobre proventos de inativos e pensionistas, quando a respectiva cobrança se referir a período anterior ao advento da Emenda Constitucional nº 20/1998. 3. Agravo regimental a que se nega provimento (STF - AgR RE: 424837 TO - TOCANTINS, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 28/04/2015, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-096 22-05-2015- grifo nosso).

Destarte, o controle difuso de constitucionalidade pode ser compreendido como a espécie de controle quando se outorga a competência para reconhecer a inconstitucionalidade de determinada norma a qualquer juiz ou tribunal, levando a consequente não aplicação do termo viciado ao caso concreto (BARROSO, 2016).

Embora não haja maiores particularidades quanto ao trâmite do controle difuso perante o juízo de primeira instância, no âmbito dos tribunais podem ser observadas determinadas peculiaridades que valem a pena ser mencionadas.

Nesse diapasão, o art. 97 da Constituição Federal²⁷ possui a seguinte redação: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”. Nessas circunstâncias, em sede de controle difuso de constitucionalidade, os tribunais só poderão declarar a inconstitucionalidade de determinada norma ou ato normativo pela designação da maioria absoluta de seus membros. Essa regra é conhecida como cláusula de reserva do plenário (*full bench*), que caso seja violada, acarreta a incidência de nulidade absoluta sobre o acórdão proferido.

Perceba-se que o comando constitucional menciona que a votação por maioria absoluta é requisito para a declaração de inconstitucionalidade. Assim, para declarar a constitucionalidade de determinada lei ou sua (não) recepção, o tribunal não precisará se deter ao teor do art. 97 da Constituição. Porém, é importante frisar o texto da súmula vinculante nº 10: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte” (BRASIL, 2008). Pelo exposto, é possível constatar que o órgão fracionário precisará acautelar-se quanto essa espécie de declaração implícita de inconstitucionalidade da norma.

5.7 Controle difuso de constitucionalidade no recurso extraordinário

Conforme brevemente suscitado em tópico antecedente, na hipótese de cabimento do recurso extraordinário prevista na alínea b, inciso III, do art. 102 da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal exerce verdadeiro controle difuso de constitucionalidade no âmbito do remédio excepcional. A análise detida do dispositivo permite perceber que se trata de verdadeira hipótese de controle difuso de constitucionalidade exercida pela Alta Corte, atendendo à função que o Pretório Excelso ostenta de guardião da Constituição Federal. Desta forma, entende-se que sempre que um juiz ou tribunal se valer da disposição constitucional para declarar, pela via de exceção, a inconstitucionalidade de determinada lei federal ou de tratados internacionais, estará o Supremo Tribunal apto a julgar a demanda, via recurso extraordinário, analisando o direito objetivo e proferindo a última palavra perante o caso concreto avaliado (WAMBIER; DANTAS, 2016).

²⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Art. 97. [Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público].

Perceba-se que no bojo do controle incidental, assim como se dá usualmente no controle concentrado, caberá nessa hipótese específica de cabimento do recurso extraordinário ao Supremo a última palavra acerca da (in)constitucionalidade de determinada norma. Tal premissa reforça o caráter do Supremo Tribunal como guardião do Texto Constitucional e sua tarefa de harmonizar o ordenamento jurídico como um todo. Neste ponto, pode vislumbrar-se uma espécie de remissão constitucional, constatando-se duas alternativas para o desfecho do caso concreto: primeiramente, avalia-se se o tratado ou a lei federal são, de fato, inconstitucionais, hipótese que competira à Corte Suprema declarar essa má-formação legislativa em última instância; de outro lado, é perfeitamente possível que os tratados ou leis a serem julgados sejam normas constitucionais que atendem aos preceitos lógicos do sistema jurídico, caso em que a decisão recorrida contraria os pressupostos da Constituição e merece ser reparada pelo Supremo Tribunal (CUNHA JÚNIOR, 2010).

5.8 Objetivação do controle difuso e suas consequências

É de suma importância ressaltar que uma das maiores diferenças entre o controle concentrado (via de ação) e o concentrado difuso (via de exceção) se dá, via de regra, quanto ao âmbito de aplicação da decisão proferida. Enquanto a decisão em sede de controle concentrado é *erga omnes*, as decisões no controle difuso têm aplicação apenas para as partes do processo em que o julgamento foi proferido. Em busca de reduzir a diferença entre as duas formas de controle, o constituinte de 1988 concedeu ao Senado Federal a função de suspender a eficácia da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal nas vias do controle difuso (BRASIL, 1988)²⁸.

Todavia, há uma grande lacuna quanto à nobre função outorgada à Casa dos representantes do Estado e a realidade de sua aplicação prática. Primeiramente, nota-se que pelo princípio da separação dos poderes, não pode o Supremo Tribunal Federal ordenar que o Senado proceda com a suspensão da norma inconstitucional. Destarte, cuida-se de função discricionária do Senado, sujeita à apreciação da conveniência e oportunidade de realizar a suspensão. Também não há prazo fixado para que a Casa Legislativa emita a resolução que irá sobrestar a eficácia da legislação. Como se pode constatar, ainda que o Supremo prossiga com a declaração de inconstitucionalidade via *incidenter tantum*, a eficácia da decisão, no que tange à sua

²⁸ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Art. 52, X. [Art. 52. *Compete privativamente ao Senado Federal: (...) X- suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*].

aplicação *erga omnes*, fica demasiadamente afeta ao juízo de valor do Senado, o que por muitas vezes, torna inócuo o comando da norma.

Pretendendo dar continuidade à sua jurisprudência defensiva em decorrência do enorme número de processos que todos os dias chegam para análise da Corte, formulou-se no âmbito do Supremo Tribunal Federal a teoria da abstrativização (objetivação) do controle difuso de constitucionalidade, tese esta capitaneada pelo Ministro Gilmar Mendes.

A teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade visa o mesmo objetivo que a norma instituída no art. 52, inciso X da Constituição (BRASIL, 1988) contém: diminuir as diferenças de aplicação da decisão do controle por via de exceção em relação ao controle concentrado. Porém, a decisão proferida em sede de controle difuso teria eficácia *erga omnes* sem a necessidade de intervenção do Senado Federal, sendo decorrência imediata da publicação da ata de julgamento, como igualmente acontece no controle abstrato (MENDES, 2004).

A temática aparenta ter sido arguida pela primeira vez no Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206, o que pode ser depreendido do voto do Ministro Sepúlveda Pertence:

E a experiência demonstra, a cada dia, que a tendência dominante-especialmente na prática deste Tribunal– **é no sentido da crescente contaminação da pureza dos dogmas do controle difuso pelos princípios reitores do método concentrado.** Detentor do monopólio do controle direto e, também, como órgão de cúpula do Judiciário, titular da palavra definitiva sobre a validade das normas no controle incidente, em ambos os papéis, o Supremo Tribunal há de ter em vista o melhor cumprimento da missão precípua de 'guarda da Constituição', que a Lei Fundamental explicitamente lhe confiou. **Ainda que a controvérsia lhe chegue pelas vias recursais do controle difuso, expurgar da ordem jurídica a lei inconstitucional ou consagrar-lhe definitivamente a constitucionalidade contestada são tarefas essenciais da Corte, no interesse maior da efetividade da Constituição,** cuja realização não se deve subordinar à estrita necessidade, para o julgamento de uma determinada causa, de solver a questão constitucional nela adequadamente contida. Afinal, não é novidade dizer- como, a respeito da cassação, Calamandrei observou em páginas definitivas– que no recurso extraordinário – via por excelência da solução definitiva das questões incidentes de inconstitucionalidade da lei–, a realização da função jurisdicional, para o Supremo Tribunal, é um meio mais que um fim: **no sistema de controle incidenter em especial no recurso extraordinário, o interesse particular dos litigantes, como na cassação, é usado 'como elemento propulsor posto a serviço de interesse público', que aqui é a guarda da Constituição,** para a qual o Tribunal existe (STF - SE: 5206 EP, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 12/12/2001, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 30-04-2004 PP-00029 EMENT VOL-02149-06 PP-00958).

Em momento posterior, a teoria parece ter voltado firme na liderança do Ministro Gilmar Mendes, que buscava atribuir às decisões proferidas em controle incidental ou concreto eficácia de caráter *erga omnes*, sem haver necessidade de intervenção do Senado Federal, servindo à comunicação à Alta Casa Legislativa apenas para dar publicidade à decisão exarada.

Desta feita, na Reclamação Constitucional de número 4.335-5/AC, o eminente Ministro proferiu seu voto na linha de dar provimento à medida e atribuir eficácia *erga omnes* da decisão correlata, prolatada em controle concreto no *Habeas Corpus* nº 82.959/SP (BRASIL, 2014).

Embora a tese quanto à abstrativização do controle difuso não tenha sido acolhida pela maioria dos Ministros, a ideia estava plantada no âmago da Corte e seria suscitada novamente anos mais tarde. À vista disso, o Pretório Excelso parece finalmente ter sedimentado a teoria da objetivação do controle difuso, conforme colacionado da ementa da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.470/RJ:

EMENTA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 3.579/2001 DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. SUBSTITUIÇÃO PROGRESSIVA DA PRODUÇÃO E DA COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS CONTENDO ASBESTO/AMIANTO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. ART. 103, IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL POR USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA UNIÃO. INOCORRÊNCIA. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE. ART. 24, V, VI E XII, E §§ 1º A 4º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONVENÇÕES NºS 139 E 162 DA OIT. CONVENÇÃO DE BASILEIA SOBRE O CONTROLE DE MOVIMENTOS TRANSFRONTEIRIÇOS DE RESÍDUOS PERIGOSOS E SEU DEPÓSITO. REGIMES PROTETIVOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. INOBSERVÂNCIA. ART. 2º DA LEI Nº 9.055/1995. PROTEÇÃO INSUFICIENTE. ARTS. 6º, 7º, XXII, 196 E 225 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DA LEI FLUMINENSE Nº 3.579/2001. IMPROCEDÊNCIA. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º DA LEI Nº 9.055/1995. EFEITO VINCULANTE E ERGA OMNES. 1. Legitimidade ativa ad causam da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria - CNTI (art. 103, IX, da Constituição da República). Reconhecimento da pertinência temática com o objeto da demanda, em se tratando de confederação sindical representativa, em âmbito nacional, dos interesses dos trabalhadores atuantes em diversas etapas da cadeia produtiva do amianto. (...) 8. **Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente, com declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 9.055/1995 a que se atribui efeitos vinculante e erga omnes.** (STF - ADI: 3470 RJ - RIO DE JANEIRO 0001502-12.2005.1.00.0000, Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 29/11/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-019 01-02-2019 – grifo nosso).

No que concerne ao art. 52, inciso X, da Constituição, sustenta o Ministro Gilmar Mendes que o dispositivo está a sofrer uma necessária mutação constitucional. Como mencionado em momento oportuno, tal regra foi concebida no Texto Constitucional de 1934, tratando-se de norma arcaica, cujo fundamento assenta-se em razões de ordem histórica e nada mais. No pensamento do constitucionalista, a norma perdeu seu significado de existir com a ampliação do controle concentrado de constitucionalidade, inclusive com a instituição de medida cautelar pela Lei nº 9.868/1999 (MENDES, 2004).

O entendimento parece ser o mesmo presente na linha de raciocínio proposta por Zeno Veloso (2003, p. 58):

Devemos convir, entretanto, que não há razão para manter em nosso Direito Constitucional legislado a norma do art. 52, X da Constituição Federal, originária da Carta de 1934, quando só havia o controle incidental, e o princípio da separação dos poderes se baseava em critérios e calores absolutamente ultrapassados, ancorados numa velha e rígida concepção oitocentista. Uma reforma é necessária, para que se estabeleça, de uma vez por todas, que as decisões do Supremo Tribunal Federal, no controle de constitucionalidade, tenham eficácia erga omnes e efeito vinculante.

De outra forma, há quem entenda que a avocação de funções atípicas pelo próprio Poder Judiciário e seu agigantamento perante os outros poderes em nada contribui para a estabilização da democracia e harmonia com o Legislativo, ao que se deve levar em conta que o comando previsto no inciso X, do art. 52 da Carta Magna cuida-se de um mecanismo de diálogo constitucional entre os órgãos máximos da República, ao passo que outorga ao Senado papel importante na estruturação das decisões proferidas pela Alta Corte (ABBOUD, 2019). De outro lado, também não se pode deixar de criticar que a tese tenha por objetivo revogar um dispositivo explícito da Constituição Federal.

Em uma República em que há nítida separação das funções exercidas pelos poderes, perante a ordem de um texto constitucional de caráter rígido, aparenta que a interpretação do Pretório Excelso tenha ido além do aceitável perante a hermenêutica constitucional. É, de certo, preocupante ver o Judiciário outorgando determinados poderes a si mesmo.

Dessa forma, é possível compreender que pode haver um grande problema na tese no que concerne a sua aplicação no âmbito do recurso extraordinário: mesmo que não haja reexame de provas perante a Suprema Corte, não se pode olvidar que o recurso se cuida de um caso concreto, em que há partes específicas e que os efeitos proferidos nesse tipo de decisão, quando aplicados indistintamente a casos semelhantes, pode não ser o ideal para o sistema democrático que se busca construir. Mesmo com a instituição da dogmática dos recursos extraordinários e especiais repetitivos, seria de extrema ingenuidade imaginar que todos os casos guardam relações de tamanha semelhança que uma fórmula pronta aplicada pelo Tribunal seria a solução adequada para a efetivação da justiça almejada pelos litigantes. Isso sem falar nos casos que virão a surgir em momentos posteriores.

A decisão tomada pela Suprema Corte seria, em âmbito de controle difuso, a ideal para a resolução de casos futuros, mesmo levando em consideração todas as nuances que envolvem cada demanda apreciada individualmente? Apenas para elucidar tal questionamento, denota-se que o Recurso Extraordinário nº 1.212.272 teve reconhecida sua repercussão geral (BRASIL, 2019).

O *leading case* mencionado busca esclarecer se as Testemunhas de Jeová possuem o direito de recusar tratamento médico que envolva transfusão de sangue, ainda que acarrete riscos à saúde do paciente. Sendo assim, indaga-se: qualquer que seja a decisão que o Supremo Tribunal venha a proferir, reputando eficácia *erga omnes* ao veredito, atenderá esta deliberação aos interesses dos jurisdicionados da melhor forma possível, uma vez que se trata de tema extremamente delicado onde o direito fundamental à vida está em jogo? Seguindo este raciocínio, não é difícil imaginar outras situações similares que possam se encaixar na inquirição levantada.

5.9 Controle concentrado de constitucionalidade

Conforme já salientado em momento oportuno, o controle concentrado de constitucionalidade traduz-se na ideia de que a verificação da compatibilização das leis e atos normativos em geral em face da Constituição é exercida por um único órgão, ou um número limitado de órgãos. Antes de adentrar no mérito do tópico em exame, cumpre registrar que a maioria da doutrina no território nacional aduz que o Brasil adotou uma forma de controle de constitucionalidade misto, ou seja, é cabível tanto o controle de concentrado difuso, perante qualquer juiz ou tribunal, quanto o controle concentrado das leis, diante dos julgamentos objetivos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal (BARROSO, 2016). Feitas tais ponderações, parte-se para a análise do controle de constitucionalidade concentrado propriamente dito.

5.9.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica (ADI)

A ação direta de inconstitucionalidade genérica (ADI) é o instrumento precípua pelo qual se provoca o controle concentrado de constitucionalidade. No ordenamento jurídico brasileiro, o julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade, em âmbito nacional, cabe exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal. A ADI se trata de uma ação de caráter genérica que objetiva defender as regras e princípios advindos do bloco de constitucionalidade por leis e atos normativos que supostamente afrontem os postulados constitucionais. Conforme dispõe o art. 102, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), a ação direta de inconstitucionalidade é cabível para verificar a higidez de lei ou ato normativo federal ou estadual.

5.9.2 Legitimidade para propositura da ADI

Em um primeiro momento, insta frisar que não é qualquer pessoa que pode propor a ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Uma das principais razões seria o engessamento das atividades da Suprema Corte se qualquer pessoa natural ou jurídica, singularmente considerada, pudesse ajuizar a ADI para apreciação do Pretório Excelso. Ademais, a Corte Suprema brasileira não lida apenas com o julgamento dos casos de controle de constitucionalidade, tendo diversas competências originárias e derivadas espalhadas pelo texto constitucional.

Diante da ordem constitucional hodierna, os legitimados ativos para propor a ação direta de inconstitucionalidade estão taxativamente dispostos no art. 103 do Texto Constitucional (BRASIL, 1988), que outorga às seguintes pessoas tal *múnus* públicos:

- I – O Presidente da República
- II – A mesa do Senado Federal
- III – A mesa da Câmara dos Deputados
- IV – A mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal
- V – O Governador do Estado ou do Distrito Federal
- VI – O Procurador Geral da República
- VII – O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil
- VIII – Partido Político com representação no Congresso Nacional

Antes de adentrar no mérito acerca das características da ação e dos efeitos do controle concentrado de constitucionalidade, é de suma importância tecer breves comentários acerca de alguns legitimados para propor a ADI.

Inicialmente, quanto aos partidos políticos, constata-se que apenas o Diretório Nacional detém as prerrogativas processuais para propor ADI. Ainda, basta que o partido tenha representação em qualquer das casas do Congresso Nacional (Câmara ou Senado), sendo prescindível a representação simultânea em ambas as casas. Ademais, a perda superveniente da representação do órgão partidário em uma das casas do Congresso não leva à extinção da ação, ao passo que a legitimidade é averiguada no momento da propositura da ADI:

Agravo Regimental em Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Partido político. 3. Legitimidade ativa. Aferição no momento da sua propositura. 4. Perda superveniente de representação parlamentar. Não desqualificação para permanecer no pólo ativo da relação processual. 5. Objetividade e indisponibilidade da ação. 6. Agravo provido. (STF - ADI-AgR-AgR: 2618 PR, Relator: CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 12/08/2004, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 31-03-2006 PP-00007 EMENT VOL-02227-01 PP-00139)

Ainda, há de se ressaltar que determinados legitimados presentes no art. 103 da Constituição necessitam comprovar, como questões de procedibilidade da ADI, pertinência temática quanto ao objeto da ação.

Tal pertinência temática traduz-se na ideia de que alguns legitimados precisam demonstrar que a propositura da ADI tem relação com as finalidades institucionais específicas daquela autoridade. Destarte, como exemplo, o Governador do Estado da Bahia poderá propor ação direta de inconstitucionalidade contra lei concessiva de benefícios fiscais de ICMS no Estado do Mato Grosso Sul ao comprovar que a legislação mato grossense afronta diretamente comando constitucional (benefícios do ICMS pelo CONFAZ) além de que é prejudicial aos seus interesses, vez que a norma estadual teria o condão de deflagrar uma guerra fiscal entre as entidades federativas. Desse modo, três legitimados precisam comprovar pertinência temática ao ajuizarem a ação de controle concentrado, sendo eles: A Mesa da Assembleia Legislativa ou Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal e as Confederações Sindicais ou Entidades de Classe de Âmbito Nacional.

Somando-se à pertinência temática, outro requisito curioso construído pela jurisprudência nacional é de que algumas entidades previstas no art. 103 da Norma Fundamental precisam estar devidamente representadas no ajuizamento da ação, é dizer, necessitam de advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil para que se demonstre a capacidade postulatória do legitimado. Via de regra, os legitimados do art. 103 não precisam ter a peça processual assinada por advogado, constituindo exceção ao tema os Partidos Políticos com representação no Congresso Nacional e as Confederações Sindicais ou Entidades de Classe de Âmbito Nacional. Estes últimos precisam de subscrição do causídico tecnicamente capacitado, fora que a procuração outorgada ao advogado precisa conter poderes específicos para propositura da ação (MENDES, 2012).

5.9.3 Objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade

Conforme consta no art. 102, inciso I, alínea “a”, do Texto Constitucional (BRASIL, 1988), poderá vir a ser objeto de ADI lei ou ato normativo federal ou estadual. Como cediço, a expressão no artigo mencionado é abrangente, razão pela qual precisa ser esmiuçada.

Inicialmente, frisa-se que a jurisprudência da Suprema Corte já sedimentou o entendimento de que não se admite ação direta de inconstitucionalidade em face das normas constitucionais originárias. O raciocínio é de que só há de se falar em inconstitucionalidade em normas advindas após a promulgação da Constituição parâmetro. Sendo assim, as normas que

nasceram no próprio texto constitucional carecem de legitimidade para serem contestadas. Essa é uma das premissas que nasce do desdobramento do Poder Constituinte Originário, o qual é ilimitado e incondicionado (FERREIRA, 2016).

No que se refere às Emendas Constitucionais, quando proposta uma ADI para questioná-la, o âmbito de atuação do Supremo é amplo, podendo reconhecer vícios formais, aqueles referentes ao procedimento, como também reconhecer vícios circunstanciais, em que a Carta Magna não será emendada na vigência de intervenção federal, estado de sítio e estado de defesa, para não citar os limites materiais, devendo haver respeito às cláusulas pétreas e as princípios explícitos e implícitos constantes na Norma Fundamental.

Fora as emendas constitucionais, todas as espécies legislativas que constam no art. 59 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) podem ser impugnadas via ADI, desde que sejam de âmbito federal ou estadual:

Art. 59 O processo legislativo compreende a elaboração de:
I – emendas à Constituição
II – Leis complementares
III – Leis ordinárias
IV – Leis delegadas
V – Medidas provisórias
VI – decretos legislativos
VII – resoluções

Por expressa determinação legal, não se admite que leis ou atos normativos municipais sejam objetos de ações diretas de inconstitucionalidade em julgamento proferido pelo Pretório Excelso, cabendo ao interessado combater os vícios presentes nas normas locais via Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ou controle difuso (concreto) de constitucionalidade.

Dentre outros atos que podem ser objetos de ação direta no controle concentrado são as resoluções administrativas do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público. Ainda, os decretos legislativos elaborados pelo Congresso Nacional também podem ser contestados no campo em destaque. Fora estes, já se decidiu que as resoluções eleitorais do Tribunal Superior Eleitoral, as Consultas proferidas pelo Tribunal de Contas da União, os Regimentos Internos dos Tribunais e os Convênios celebrados pelo Conselho Nacional de Política Fazendária são todos suscetíveis de impugnação pelo procedimento da Lei nº 9868.

5.9.4 Características da Ação Direta de Inconstitucionalidade

Precipuamente, cumpre acentuar que as ações de controle concentrado de constitucionalidade, geralmente, traduzem-se na ideia de um processo objetivo. Tal característica refere-se ao fato de que se analisará lei em tese, não havendo um caso concreto como causa de pedir remota. Ademais, não existem partes propriamente ditas, não figurando demandante e demandado como autor e réu na ideia clássica de que se têm no processo de conhecimento, pois os legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade atuam primordialmente em nome do interesse público.

Ainda em comparação aos procedimentos clássicos que se constata no corpo do Direito Processual Civil tradicional, diferencia-se a ADI por ter a causa de pedir (*causa petendi*) aberta. Dessarte, por óbvio, o pedido na ADI é a declaração de inconstitucionalidade da norma. Todavia, o Supremo Tribunal Federal não está de maneira alguma vinculado aos fundamentos jurídicos e os motivos levantados pelo legitimado para proferir a sentença de inconstitucionalidade. Desse modo, caberá à Suprema Corte analisar todos os fundamentos que possam basear um possível vício de inconstitucionalidade na norma combatida (BARROSO, 2016).

Ao contrário do que o parágrafo anterior possa sugerir, o fato da causa de pedir na ação de controle concentrado ser aberta não dispensa o legitimado de realizar pedido certo e determinado, além de apontar a norma que está em análise e o fundamento de ordem constitucional que está sendo violado. No caso de haver simples alegação de caráter genérico de violação do Texto Constitucional, será proferida decisão de rejeição liminar por inépcia da petição inicial. Em síntese do que está a se explanar, o STF não precisa se ater aos fundamentos jurídicos levantados pelo legitimado, que deverá fazer pedido certo e determinado, ao qual, este sim, o Pretório Excelso está vinculado, vigendo assim o princípio da adstrição ou congruência.

Outra característica importante das ações de controle concentrado é a sua imprescritibilidade. Conforme dispõe a doutrina (CUNHA JÚNIOR, 2010), a prescrição é a perda da pretensão pelo decurso do tempo e a inatividade do titular do direito. Já a decadência é a perda dos direitos potestativos do sujeito. Como a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) é regida pelo princípio da permanência das leis, estas vigoraram até que outras as modifiquem ou a revoguem. Sendo assim, enquanto não houver revogação da lei ou do ato normativo e esta estiver no ordenamento jurídico, será possível a proposição da ADI para combater a norma objeto de impugnação.

Ainda, outra faceta peculiar da ação direta de inconstitucionalidade é a impossibilidade de desistir da ação. Ou seja, uma vez proposta a demanda, não pode o legitimado dela desistir. Tal regra consta no art. 5º da Lei nº 9.868/99 (BRASIL, 1999). O legitimado não pode nem

mesmo desistir do pedido de medida cautelar eventualmente feito. Tal especificidade é fundamentada justamente pela ação se traduzir em um processo objetivo sem partes, onde o interesse público deve ser o cerne da contenda.

Conforme os dispositivos seguintes da Lei nº 9.868/99, o art. 7º preceitua que não se admitirá intervenção de terceiros durante o processo da ADI (BRASIL, 1999). Desse modo, durante o trâmite da ação não será possível que ocorra assistência, denúncia da lide, chamamento ao processo e desconsideração da personalidade jurídica. Todavia, aqui há um ponto controverso de expertise prática. Como já explanado, o art. 7º da legislação proíbe a intervenção de terceiros, disso não restam dúvidas. Inobstante, com o advento do Novo Código de Processo Civil, o *amicus curiae*, o instituto foi expressamente previsto no tópico da intervenção de terceiros. Porém, conforme disposição da lei regente da ADI e entendimento já sedimentado no supremo, o *amicus curiae* possui legitimidade para intervir no processo (MENDES, 2012).

A penúltima característica a ser exaltada é a da inaplicabilidade das regras de suspeição e impedimento dos Ministros incumbidos do julgamento. Ora, sendo um processo objetivo, sem partes específicas, onde o interesse público está em jogo, não haveria de se admitir tais óbices para atuação dos magistrados.

Por fim, aduz-se que a ADI é uma natureza de caráter dúplice. Tal ponto decorre do que dispõe o art. 24 da Lei nº 9868/99: “proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória” (BRASIL, 1999). Assim, a natureza dúplice se constitui pelo fato da propositura da ADI trazer embutida em seu corpo também uma Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC). Dessa forma, a procedência da ADI importa na inconstitucionalidade da norma, ao passo que a sua improcedência resulta da declaração de constitucionalidade no objeto da ação.

5.9.5 Efeitos da decisão final na Ação Direta de Inconstitucionalidade

Primordialmente, é digno de nota explicitar que seja o que for decidido na ação direta de inconstitucionalidade, seja a inconstitucionalidade ou sua constitucionalidade pela via da ação dúplice, se tornara vinculante à Administração Pública e ao Poder Judiciário, exceto ao próprio Supremo Tribunal Federal, que poderá rever seu julgamento em uma demanda futura.

Uma vez proferida a decisão final da ADI, esta é irrecorrível. É dizer, não caberão os recursos ordinários em sentido amplo (apelação, agravo de instrumento, agravo interno e

recurso ordinário em sentido estrito) nem os recursos extraordinário e especial. Não se admite nem mesmo ação rescisória do julgado proferido pela Corte Suprema. O único meio de impugnação admitido é a oposição de embargos de declaração, os quais, via de regra, não possuem efeitos infringentes para modificar o que foi proferido pela Corte.

Conforme já decidido pelo Pretório Excelso, a eficácia da decisão de mérito emana seu efeito vinculante deste a publicação da ata de julgamento²⁹, e não a partir da publicação ou do trânsito em julgado do acórdão.

5.9.6 Limites objetivos e subjetivos da decisão final na ADI

Como regra adotada também pelo Código de Processo Civil, a eficácia vinculante das decisões da Suprema Corte abrange, geralmente, a parte dispositiva da sentença. Neste ínterim, o Supremo Tribunal Federal não adotou a teoria dos motivos determinantes. Esta última teoria consiste no fato de que as razões pela qual se tomou a decisão em ADI faria coisa julgada e serviria de precedente obrigatório. Conforme já decidido pelo Pretório Excelso “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se consolidou no sentido de ser incabível reclamação fundada na teoria da transcendência dos motivos determinantes de acórdão de efeito vinculante” (STF - AgR Rcl: 16619 SC - SANTA CATARINA 9993176-09.2013.1.00.0000, Relator: Min. EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 06/10/2015, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-209 20-10-2015).

No que diz respeito aos limites subjetivos da lide, estes se referem à amplitude do efeito vinculante do que foi decidido na ação de controle concentrado. Destarte, a decisão proferida em sede de ADI vincula os demais órgãos do Poder Judiciário, assim como também a Administração Pública direta e indireta, seja nas esferas federais, estaduais ou municipais, sob pena do cabimento do direito de petição via Reclamação Constitucional, a ser ajuizada diretamente no Supremo.

²⁹ EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADI 2.332-2/DF. EFICÁCIA. PUBLICAÇÃO DA ATA DE JULGAMENTO. DESAPROPRIAÇÃO. JUROS COMPENSATÓRIOS DE 6% (SEIS POR CENTO) AO ANO. EMBARGOS ACOLHIDOS COM EFEITOS MODIFICATIVOS. I A eficácia das decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade ocorre a partir da publicação da ata de seu julgamento. Precedentes. II Na desapropriação incidem juros compensatórios de 6% (seis por cento) ao ano para remuneração do proprietário do bem. Precedentes. III Embargos de declaração acolhidos para dar parcial provimento ao recurso extraordinário. (STF - AgR-ED-ED ARE: 1031810 DF - DISTRITO FEDERAL 0018765-10.2012.4.01.3500, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 05/11/2019, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-250 18-11-2019).

Ainda sobre os aspectos subjetivos do julgamento da ação de controle concentrado, importante frisar que o que foi decidido não afeta, de todo, o Poder Legislativo. O órgão legiferante ficará vinculado apenas no que diz respeito às suas funções atípicas e administrativas. Quanto à atividade legislativa em si, não fica o Poder Legislativo vinculado ao que decidiu o Supremo Tribunal, podendo, inclusive, legislar em sentido diametralmente oposto à parte dispositiva do acórdão.

Por óbvio, a decisão em ADI não vincula permanentemente o próprio Supremo Tribunal Federal, que poderá rever seu posicionamento em julgamentos posteriores, se posicionando de maneira distinta ao que foi fixado anteriormente (*overruling*).

A doutrina majoritária (BARROSO, 2016) entende que o acórdão final da ADI detém natureza jurídica declaratória, atingindo a validade da norma em análise, razão pela qual seus efeitos são retroativos (*ex tunc*). Dessa forma, se a lei for declarada inconstitucional, resulta que esta nunca foi válida e já nasceu viciada, não estando apta a produzir efeitos.

Mesmo antes do advento da Lei nº 9868/99, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já estava aderindo a tese da modulação dos efeitos da decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade. Dessa maneira, visando o interesse público e a segurança jurídica poderá o Supremo, por 2/3 de seus Ministros, restringir os efeitos da decisão apenas para momento futuro a ser fixado (efeitos *ex nunc*). A modulação de efeitos vale tanto para os aspectos temporais quanto para os aspectos subjetivos.

Por fim, há de se salientar que, como a decisão em ADI, via de regra, possui efeitos retroativos (*ex tunc*), caso a norma impugnada tenha revogada outra lei anterior, esta última volta a vigor com a decisão, podendo se verificar os efeitos repristinatórios presente nas ações de controle concentrado. Cumpre notar que tal efeito é automático: ainda que não declarado expressamente pela Suprema Corte, a norma revogada volta a ter eficácia com o trânsito em julgado da ADI.

5.9.7 Ação Declaratória de Constitucionalidade

Conforme apontado em momento oportuno, as duas principais ações de controle concentrado de constitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade) possuem natureza ambivalente ou dúplice. Isso se dá pelo fato de que a ADI traz em seu corpo uma ADC, ou seja, no caso declaração de procedência da ADI há a inconstitucionalidade da norma, e no caso de improcedência ADI, haverá a declaração de

constitucionalidade do ato impugnado (efeito essa que seria determinado em uma ADC) (MENDES, 2012).

Do mesmo modo, a ação declaratória de constitucionalidade traz em seu bojo uma ação direta de inconstitucionalidade. No caso de improcedência da ADC, há a declaração de inconstitucionalidade da norma.

Fora essas anotações iniciais, boa parte de todo o estudo aplicado para a ação direta de inconstitucionalidade poderá ser utilizado para o presente tópico.

5.9.8 Utilidade e objeto da Ação Declaratória de Constitucionalidade

O objetivo precípua da ação declaratória de constitucionalidade é transformar uma presunção relativa de constitucionalidade de determinada em lei em uma presunção absoluta (*jure et de jure*), caso em que não se admitirá mais prova ou contestação contrária. Como se sabe, toda lei passa por um processo legislativo que, presumidamente se diz hígido e sem vícios, o que leva a crer que toda lei, até prova em contrário, está de acordo com os princípios e normas dispostos na constituição federal. Todavia, muitas das vezes surgem dúvidas objetivas no âmbito dos tribunais sobre a correta aplicação da norma e sua constitucionalidade. Neste campo, a ADC surge para pacificar controvérsia judicial sobre questão constitucional relevante (BARROSO, 2016).

Sobre o objeto propriamente dito da ação declaratória de constitucional, é possível, de plano, constatar uma diferença nítida em relação a ação direta de inconstitucionalidade. Enquanto esta última pode ter como objeto a impugnação lei ou ato normativo federal ou estadual, a ADC apenas poderá incidir sobre norma do âmbito federal. Fora isso, qualquer dos atos que foram expostos como passíveis de impugnação via ADI também o poderão ser no bojo da ADC.

5.9.9 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

Pelo fato de que alguns casos que serão analisados em momento oportuno deste trabalho foram relatados no bojo de ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, cumpre tecer breves comentários acerca do instituto.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) foi prevista a primeira vez na Constituição Federal de 1988, consistindo em uma inovação da Norma Fundamental Democrática. Resumidamente, é possível afirmar que a criação da ADO se deu em busca de

combater a inefetividade e a mora do Poder Legislativo, em vista que os mandados de legislação ordenados pela Constituição Federal são raramente cumpridos e, quando são feitos, o são após muitos anos de debates infundáveis nas casas do Congresso Nacional (CUNHA JÚNIOR, 2010).

Uma das principais características da ADO é que ação precisa fazer frente à mora do Legislativo em exercer a atividade legiferante quanto a uma norma de eficácia limitada. Emprestando as lições de Silva (2004), as normas constitucionais podem ser divididas em três classificações. Primeiramente, citam-se as normas de eficácia plena. Tais normas, a partir do advento da Constituição Federal, podem e devem ser aplicadas no mundo jurídico. Ainda, não se vislumbra possibilidade de serem limitadas pelo legislador. Posteriormente, há de se mencionar as normas de eficácia contida. Assim como as normas de eficácia plena, as normas de eficácia contida possuem vigência e aplicação desde a promulgação do Texto Constitucional. Não obstante, as normas de eficácia contida podem ter seu âmbito de incidência restritos pelo Poder Legislativo. Por último, as normas de eficácia limitada consistem naquelas que não detém aplicação imediata, carecendo de atividade legiferante para poder se fazerem incidir os seus efeitos. Exemplo. São essas últimas, as normas de eficácia limitada, que consistem no objeto da ADO (FERREIRA, 2016).

A omissão perpetrada pelo Legislativo pode ser considerada total ou parcial. Omissão total se dá quando o dever de legislar se encontra completamente obsoleto. Já a omissão parcial pode ser verificada quando há norma para aplicar no caso concreto, todavia, a legislação infraconstitucional se perfaz insuficiente para se fazer justiça do caso concreto.

No que tange à competência de julgamento, essa pertence ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 103, § 2º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Já a legitimidade é a mesma para o ajuizamento da ADI/ADC, persistindo todas as peculiaridades já apontadas anteriormente.

A grande crítica pertinente à ADO se dá quanto aos efeitos do seu julgamento final. Já foi salientado que no bojo da ADI, o órgão judiciário declara, com efeitos *ex tunc*, a inconstitucionalidade da norma, afetando o plano da validade da lei, tirando sua aplicação. O mesmo vale para a ADC, que confirma a constitucionalidade da legislação combatida. Quanto à ADO, uma vez julgada procedente a ação, o órgão judicante dará ciência ao Poder ou Entidade responsável pela elaboração da norma que este está em mora. Disso, surgem algumas ponderações.

Primeiramente, pelo princípio da separação dos poderes, esculpido no art. 2º da Constituição Federal, há de se afirmar que o Supremo Tribunal Federal não poderá legislar para suprir a omissão verificada no caso concreto. Essa constatação já retira grande parte do objetivo

para que a ADO foi criada. Isso se dá pelo fato de que, ao não poder emitir norma para preencher a omissão constatada, cumpre ao Judiciário dar notícia ao responsável pela atividade legiferante. A lei nº 12.063/2009 não prevê nenhuma pena no caso de desobediência do prazo fixado pela Corte. Ora, assim, faltam métodos idôneos para compelir a emissão da norma jurídica e o provimento da omissão.

Por fim, pode-se afirmar que a perspectiva exposta acima parece ter ganhado novo colorido com o julgamento da ADO nº 26, em conjunto com o Mandado de Injunção nº 4.733, onde o Supremo Tribunal Federal julgou a chamada “criminalização da homofobia”. Serão fornecidos maiores detalhes sobre o julgamento no Capítulo 6 do presente trabalho.

5.9.10 Arguição de Descumprimento por Preceito Fundamental

Pelas mesmas justificativas apresentadas para redigir breve análise acerca da ADO, se faz aqui alguns comentários sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Do mesmo modo que a ADO, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) foi uma inovação trazida pela atual Constituição Federal, prevista no art. 102, § 1º (BRASIL, 1988). Objetivando dar cumprimento e regulamentar o instituto, foi editada a Lei nº 9.882/99, a qual detém o procedimento da ação (SARMENTO, 2001).

As mesmas questões quando à competência para julgamento e legitimidade para ajuizamento da ação se identificam com as apontadas quando se comentou sobre a ADO.

Duas grandes particularidades precisam ser ressaltadas quando se faz o exame da ADPF. Primeiramente, o instituto deve ser utilizado de maneira subsidiária. Sendo assim, quando cabível ADI/ADC/ADO, não se poderá lançar mão da ADPF, vez que a própria legislação preceitua dessa forma³⁰.

A segunda grande peculiaridade da ADPF é que, diferentemente das ações de controle concentrado até aqui citadas, aquela poderá analisar atos municipais, e até mesmo atos anteriores à promulgação da Constituição vigente³¹. Destarte, verifica-se que o âmbito de

³⁰ Art. 4º A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta.

§ 1º Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

³¹ Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

aplicação da ADPF, ao mesmo tempo que restrito pelo princípio da subsidiariedade, possui objeto mais amplo que as outras formas de controle abstrato, consistindo em instrumento de grande valia para o exame de normas de âmbito local e publicadas em momento prévio ao advento da Norma Fundamental (SARMENTO, 2001).

5.9.11 Controle de Constitucionalidade e a proteção dos Direitos Fundamentais da Personalidade

Não obstante existam diversas formas de proteção dos direitos da personalidade (por exemplo, *habeas corpus* para garantir a liberdade de locomoção, ou mandado de segurança para proteger direito líquido e certo de seu titular) irá aqui se restringir às hipóteses que se referem à jurisdição constitucional, mais precisamente ao controle de constitucionalidade (difuso ou concentrado, concreto ou abstrato).

O controle de constitucionalidade das leis tem se mostrado uma das mais notórias criações do direito constitucional e da ciência política nos tempos atuais (MENDES, 2012). Pode ser compreendido como um dos mais nobres instrumentos de verificação das normas em face à Constituição, sendo garantia de sua supremacia e rigidez. Destarte, publicada uma lei ou ato normativo que seja contrário aos preceitos do bloco de constitucionalidade, deverá ser declarada a inconstitucionalidade de tal norma para que haja harmonia no ordenamento jurídico, tudo conforme já exaustivamente explicado nos tópicos antecedentes.

Entre as inúmeras emendas constitucionais, leis infraconstitucionais e atos normativos que ganham corpo todos os anos, constata-se que muitos destes dizem respeito aos direitos fundamentais, mais precisamente, aos direitos da personalidade. Não raro, tais normas causam insegurança jurídica, acabando por haver diferentes interpretações sobre os direitos que dali emanam. Sendo assim, são ajuizadas na Suprema Corte incontáveis ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade, dando início assim ao controle de constitucionalidade das normas. Cita-se como exemplo o julgamento do STF na ADI 4815, no qual se declarou inexigível a autorização prévia para a publicação de biografias (BRASIL, 2015). A decisão consistiu em dar interpretação conforme à Constituição da República os artigos 20 e 21 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002). No julgamento, foi feita ponderação entre os direitos à vida privada, honra, intimidade de um lado, e liberdade intelectual, artística e científica do outro. Observa-se que, como guardião que o é da Constituição, cumpriu ao STF efetivar e proteger os direitos mencionados, declarando-os conforme requer o texto constitucional, e os livrando da ambiguidade até então aparente.

Ao passo que já se pode observar que o controle de constitucionalidade é método eficaz para efetivação e proteção de direitos, propõe-se então a pauta de determinados casos concretos após uma análise esmiuçada de alguns direitos da personalidade especialmente escolhidos para fazer parte do exame proposto.

6 DIREITOS DA PERSONALIDADE: RECORTE METODOLÓGICO

Definir aqui quais seriam as espécies existentes de direitos da personalidade resultaria em uma tarefa árdua e desafiadora, sem falar também que a conduta de adotar uma única lista ou um rol exaustivo desses direitos subjetivos iria de encontro ao que prega a doutrina majoritária (BITTAR, 2015; FRANCESCHET, 2019; GONÇALVES, 2019; LÔBO, 2017; SCHREIBER, 2014). Como cediço, as normas jurídicas devem evoluir e acompanhar a sociedade à medida que esta se modifica e emprega diferentes padrões comunitários a serem seguidos pelos indivíduos. Assim, restaria inócua a medida de tentar edificar um estudo minucioso sobre todos os direitos da personalidade existentes e as nuances que os cercam.

Inobstante, não há óbice para se eleger alguns direitos fundamentais privados e passar a analisar como o controle de constitucionalidade no direito brasileiro tem sido uma ferramenta imprescindível para efetivação dessas garantias humanitárias. Destarte, serão examinadas as características, as polêmicas (*hard cases*) e decisões proferidas no bojo da jurisdição constitucional a fim de dar guarida às normas dispostas a partir do art. 11, do Código Civil brasileiro (BRASIL, 2002). Para estes fins, será adotada a classificação proposta por França (1983, p. 660-661), que ramifica os direitos da personalidade conforme a natureza dominante destes:

- 1. Direito à Integridade Física**
 - 1.1 Direito à Vida e aos Alimentos**
 - 1.2 Direito sobre o Próprio Corpo, Vivo**
 - 1.3 Direito sobre o Próprio Corpo, Morto**
 - 1.4 Direito sobre o Corpo Alheio, Morto**
 - 1.5 Direito sobre Partes Separadas do Corpo, Vivo**
 - 1.6 Direito Sobre Partes Separadas do Corpo, Morto.**
- 2. Direito à Integridade Intelectual**
 - 2.1 Direito à Liberdade de Pensamento**
 - 2.2 Direito Pessoal de Autor Científico**
 - 2.3 Direito Pessoal de Autor Artístico**
 - 2.4 Direito Pessoal do Interventor.**
- 3. Direito à Integridade Moral**
 - 3.1 Direito à Liberdade Civil, Política e Religiosa**
 - 3.2 Direito à Honra**
 - 3.3 Direito à Honorificência**
 - 3.4 Direito ao Recato**
 - 3.5 Direito ao Segredo Pessoal, Doméstico e Profissional**
 - 3.6 Direito à Imagem**
 - 3.7 Direito à Identidade Pessoal, Familiar e Social (grifo nosso).**

Objetivando limitar o escopo do presente trabalho, as análises seguintes se deterão na primeira classificação exposta acima, especificamente no Direito à Integridade Física, abrangendo o Direito à Vida e o Direito sobre o Próprio Corpo.

6.1 Do direito à vida

Aponta-se o direito à vida como o pressuposto mínimo de todos os outros direitos existentes no ordenamento jurídico. Sem a premissa que se perfaz à existência do indivíduo, não teria sentido nomear os demais direitos e garantias, uma vez que não haveria seguridade alguma de quem iria usufruí-los (MARTINS, 1987). Desta forma, não só o caput do art. 5º da Constituição Federal de 1988 prevê como direito fundamental o direito à vida, como também diversos tratados internacionais dos quais o Brasil faz parte, como o Pacto de San José de 1969 (art. 4º), e o Pacto Internacional de Direitos civis e Políticos das Nações Unidas (art. 6º, § 1º), de 1968. Nesse diapasão, ressalta-se desde já que o direito à vida não engloba apenas a capacidade de existir do indivíduo. Sua extensão vai muito além do que a permissão de respirar, onde se encontram também o direito à integridade física, o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao fornecimento de medicamentos essenciais por parte do Poder Público.

Indagação pertinente ao tema aqui tratado é a que se faz quanto ao momento em que começa a proteção jurídica no que concerne à personalidade do indivíduo. Embora não seja o objetivo precípuo deste trabalho, cumpre tecer breves comentários sobre o dilema narrado.

O debate sobre o começo da vida tem gerado grandes colisões entre as posições antagônicas que se formaram ante tal celeuma. Restringindo o assunto ao ordenamento jurídico pátrio, prevê o art. 2º do Código Civil de 2002 que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Do conteúdo que pode ser extraído da norma colacionada, formaram-se três grandes correntes entre os civilistas, a saber: a) corrente natalista; b) corrente concepcionista e; c) corrente da personalidade condicional.

A corrente natalista prega que a pessoa humana apenas adquire personalidade, se tornando sujeito de direitos e deveres, com o nascimento com vida. Cumpre notar que a legislação anterior exigia que, além do indivíduo nascer com vida, que a mesma fosse viável, conforme disposto no Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890. Atualmente, o Código Civil de 2002 prevê que uma vez nascido, os direitos que foram outorgados ao nascituro retroagem ao momento da concepção, ao passo que ordenamento jurídico ostenta medidas para resguardar

seus direitos, embora não lhe atribua personalidade (RODRIGUES, 2003). Essa é a corrente adotada pela doutrina tradicional.

Por sua vez, a corrente da personalidade condicional adota o entendimento de que o nascituro apenas adquire personalidade com o nascimento com vida e os direitos que lhe são outorgados encontram-se em condição suspensiva, caracterizando-se como direitos eventuais (RODRIGUES, 2003).

Por fim, a corrente concepcionista avalia que o nascituro é sujeito de direitos e deveres desde a concepção, ressalvando-se apenas os direitos de caráter patrimonial, como o legado e a doação, que ficam condicionados ao nascimento com vida, conforme narra Silmara Juny Chinellato:

A terceira corrente doutrinária é por mim denominada concepcionista ou verdadeiramente concepcionista, para diferenciar-se da teoria da Personalidade condicional. Sustenta que a personalidade começa da concepção e não do nascimento com vida, considerando que muitos dos direitos e status do nascituro não dependem do nascimento com vida, como os Direito da Personalidade, o direito de ser adotado, de ser reconhecido, atuando o nascimento sem vida como a morte, para os já nascido (CHINELLATO, 2007, p. 97).

6.1.1 Alcance do direito à vida.

Com o surgimento dos direitos fundamentais de primeira geração, foram concebidas as ideias de direitos de caráter negativo, os direitos civis e políticos, que cobravam uma postura de abstenção do Estado em face as garantias outorgadas ao particular. Posteriormente, surgiram os direitos fundamentais de segunda geração, entendidos como os direitos sociais, econômicos e culturais. Essa nova idealização de direito fundamentais já vinculava o Estado para que este último exercesse uma postura proativa quanto à efetivação de direitos dos jurisdicionados, não sendo mais aceitável a atuação meramente não intervencionista do ente público.

Embora tenham surgido novas “gerações” de direitos fundamentais, com facetas diferenciadas (direito difusos e coletivos, direito à paz, ao meio ambiente equilibrado e o resguardo quanto ao avanço da engenharia e manipulação do patrimônio genético) (BOBBIO, 2004), o que interessa aqui são as suas duas primeiras dimensões. É possível perceber que a evolução conjunta dos preceitos essenciais e da atividade do Estado resultaram nas margens de apreciação quanto à vida, como deslindado a seguir.

Muito mais do que conceder o direito de o particular nascer e subsistir, o respeito ao direito à vida se expande para ocupar espaço de apreço a uma vivência íntegra e valorosa, demandando do poder estatal que promova os meios necessários para que os cidadãos possam

usufruir de uma existência que respeite não apenas o mínimo existencial, mas que lhe permita alcançar satisfação nos objetivos traçados em sua seara particular (TORRES, 1989).

Destarte, se percebe que a ampliação do direito à vida se correlaciona com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Segundo a máxima kantiana, o ser humano se distingue das coisas que abarrotam o seu cotidiano, ao passo que a dignidade do indivíduo não tem preço ou valor patrimonial, fazendo com que a sensibilidade e capacidade cognitiva da pessoa lhe atribuam características singulares.

6.1.2 Existência de um direito à morte?

A finitude da vida e a inegável mortalidade do ser humano fazem parte dos incontáveis mistérios que atemorizam o imaginário do homem. Desde o início do pensamento filosófico, a morte ronda e aquece infindáveis debates para os quais ainda não se encontraram respostas. Essa dificuldade em aceitar um destino que, até o momento, parece ser inevitável para todos, constituiu dogmas religiosos e sociais que influenciaram o modo que cada pessoa resolve empregar a sua existência.

A expressão aqui utilizada, “direito à morte”, pode ter significado ambivalente. Pode sugerir, em uma primeira análise, uma forma de imunidade a ingerências de caráter coercitivo que impediriam o óbito do paciente e prolongariam o processo do seu falecimento. Todavia, pode ser mais bem compreendida com uma observação aprofundada, da qual depreende-se que a sua real conceituação seria o significado da própria vida, da qual usufruímos pela inviolabilidade de nossa liberdade pessoal, acrescida do respeito às escolhas que fazemos (MAY, 1993).

Desde logo, cumpre notar que, no direito nacional, não há nenhuma disposição expressa quanto “um direito de morrer” ou de pôr fim à própria vida. No Código Civil Brasileiro, o art. 6º do diploma mencionado dispõe que a existência da pessoa natural termina com a morte, presumindo-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva. Na materialidade que conduz à constatação da morte, as provas da cessação dos sinais vitais se dão, dentre outros indícios característicos, pela desidratação, pela verificação do esfriamento do corpo e a rigidez cadavérica. Atualmente, mesmo sem a parada cardiorrespiratória, o ordenamento jurídico tem considerado também a morte encefálica, conforme a previsão na lei de doação de órgãos (Lei n. 9.434/1997) (ESTEVES, 2005).

Além de repercutir na seara individual do *de cuius*, o fator morte também possui resquícios na orbita jurídica de terceiros. Nesse sentido, pode-se citar o direito à transmissão da

herança (BRASIL, 2002), como também a possibilidade de parente do falecido requisitar que cesse ameaça à honra deste (BRASIL, 2002). Na seara penal, podem ser apontadas as normas que proíbem a violação de sepulturas e vilipêndio de cadáveres (BRASIL, 1940).

6.1.3 Eutanásia, distanásia, ortotanásia

Os cuidados médicos empregados no final da vida daqueles que se encontram doentes podem ser compreendidos como a estrutura médica e social que visa atender às premências de ordem física e psicológica desses pacientes, englobando os cuidados paliativos e intensivos que objetivem proporcionar um ambiente confortável que melhore a qualidade de vida dos enfermos na medida do possível (KASSIM; ALIAS, 2015).

Muitas questões são levantadas quando se trata do papel da medicina e da atuação dos profissionais da saúde no que se refere à abreviação da vida dos doentes incuráveis ou insuscetíveis de desfrutar de cuidados paliativos que os consolem. Nesses termos, é indispensável estabelecer um diálogo entre a ciência e a filosofia, pesando sobre todos os atores envolvidos a tensão que implica na tomada racional de uma decisão de caráter irreversível (MARNE, 2005). Mais do que um acontecimento natural, a abordagem entre a doença e a morte abreviada passa por um profundo processo de análise das relações sociais, tradições e interpretações políticas daqueles que são a favor ou contra a atuação médica com intuito de adiantar o óbito do enfermo (VAN BRUSSEL; CARPENTIER, 2012).

6.1.4 Eutanásia

O termo eutanásia, de origem grega, possui como significado o de boa morte, ou morte sem sofrimento. Foi primeiramente proposto no ano de 1623 pelo político britânico Francis Bacon, tendo sido utilizado para explicitar o tratamento adequado a doenças que aparentavam não ter cura (ADONI, 2003). Em regra, eutanásia refere-se a práticas de abreviação da vida por motivos humanitários, sendo exercida, geralmente, por um profissional da saúde em assistência a um paciente terminal, não obstante possa ser concretizada por qualquer pessoa (GARCIA, 2007).

Ao falar da eutanásia, cumpre fazer uma breve diferenciação quanto às ramificações que o conceito do termo pode levar, certo de que é uma expressão de alta complexidade e polarização. Conforme observa Duran (2007), é necessário ficar atento à distinção entre eutanásia passiva e eutanásia ativa. A eutanásia passiva é caracterizada pela omissão ou a falta intencional de determinados procedimentos médicos que teriam como único objetivo postergar

de maneira artificial e retardar inutilmente a morte de uma pessoa; já a eutanásia ativa condiz com a produção da morte em face de um comportamento comissivo na fase terminal de uma enfermidade que não vislumbra mais a possibilidade de ser curada, ou então diante de casos em que se perfaz a dor insuportável no paciente.

Ainda, também é possível notar a distinção do que seria a eutanásia não voluntária e a eutanásia voluntária. A eutanásia não voluntária constitui situações de indivíduos que são, ou estão, incapazes de indicar preferência pelo tratamento que estão aptos a receber. Já a eutanásia voluntária consiste na hipótese em que o enfermo indica, de modo expresso, ou por meio de procurador, a sua vontade de prosseguir com o tratamento que irá pôr fim à sua vida (GREY, 1999).

Argumentos favoráveis que pesam para o lado daqueles que defendem a eutanásia consistem em, precipuamente, enfatizar que o procedimento previamente acordado entre o médico e seu paciente teria o condão de conferir caráter legítimo ao processo, pois, diferentemente do aborto, não haveria, em tese, violação da esfera jurídica de terceiros (CAVALHEIRO, 2016). Ainda, a autonomia do ser humano seria fundamento de grande apreço para reforçar o respeito pelas escolhas individuais de cada pessoa, ao passo em que todos teriam o direito constitucionalmente assegurado de moldar a sua vida conforme o caminho que escolheram, inclusive definindo as circunstâncias pelas quais ocorrerão a sua morte (GREY, 1999).

Nas vozes que se levantam contra o método da eutanásia, muitos dos autores que prestam a sua opinião a evidenciam na tese de que a vida é indisponível, inclusive relatando o fato de que a doença que acomete o enfermo pode ser encarada como uma forma de coerção e como razão da falta de clareza no modo de decidir do paciente. Ainda, há os que mantêm a opinião de que a tutela do Estado para com indivíduo cria a obrigação do Poder Público em não permitir a disposição daquele direito fundamental por parte do particular (MAY, 1993).

Há de se sublinhar a crescente preocupação que, uma vez legalmente regulamentada, a escolha pela eutanásia se tornasse banal e fosse aplicada inapropriadamente. Outrossim, há quem sustente que a legalização da eutanásia também mudaria o modo de pensar e a conduta dos profissionais de saúde para com seus pacientes, uma vez que tradicionalmente os médicos e enfermeiros são vistos pela sociedade como cuidadores, e não assassinos (GREY, 1999).

Em sua reflexão sobre o assunto, Marne (2005, p. 166) faz imprescindível ponderação acerca do tema:

Fico muito surpresa (mas não tanto) que a essência fundamental da questão nunca é evocada: mesmo sob certas condições, mesmo com a concordância do paciente, posso

matá-lo? O direito de morrer leva logicamente a uma permissão para assassinar alguém? Os adeptos da eutanásia falam sobre ‘assistência à morte’, mas essa expressão é vaga. Não é o mesmo que matar intencionalmente, por meios ativos, alguém que ainda pode ser aliviado ou adormecido e, por outro lado, deixar morrer alguém que está chegando ao fim, aliviando o sofrimento o máximo possível.

Por fim, restam autores que opinam que, caso haja regulamentação da eutanásia, e esta deixe de ser uma mera opção para virar um dever imposto ao profissional da saúde, colocando todo o processo de decisão nas mãos do enfermo, geraria um grande problema, uma vez que poderia ocasionar decisões equivocadas, onde mesmo o mais bem instruído dos pacientes seria passível de cometer um erro de avaliação acerca da sua situação:

(...) se as pessoas considerarem que você existe por opção, elas podem esperar que você justifique sua existência. Se sua chegada cotidiana no escritório for interpretada no sentido de que você declinou se matar novamente, você pode acabar se sentindo obrigado a chegar com uma resposta para a pergunta “por que não (me matei)?” (VELLEMAN, 1992, p. 673-674).

Embora a conduta da eutanásia não seja expressamente prevista no Código Penal, pelo menos não com tal *nomem juris*, aponta-se que haveria materialidade para configurar o crime de homicídio, previsto no art. 121 (BRASIL, 1940). Ressalta-se, todavia, a existência do projeto de lei nº 236/12, em tramitação no Senado Federal, de autoria do membro daquela casa, José Sarney (MDB/AP), que pretende tipificar o crime da eutanásia, em seu art. 122, transcrito *in verbis*:

Art. 122. Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe o sofrimento físico insuportável em razão de doença grave.
Pena – Prisão, de dois a quatro anos.

Curiosamente, o § 2º³² do citado artigo 122 prevê hipótese de exclusão de ilicitude que parece coincidir com a ortotanásia, que será mais bem elucidada em seguida.

6.1.5 Ortotanásia

A ortotanásia pode ser definida como o comportamento praticado pelo profissional de saúde que, ao constatar que o óbito do paciente é inevitável e iminente, passa então a suspender o tratamento que poderia prolongar a vida daquele que está sendo assistido (SANTORO, 2010). Diferente da eutanásia, onde a atuação do profissional da saúde se daria por atos positivos ou

³² § 2º. Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave e irreversível, e desde que essa circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.

omissivos com o objetivo de abreviar a vida do paciente, na ortotanásia a atitude do médico consiste em fornecer os cuidados paliativos com a intenção de diminuir o sofrimento do enfermo, no intuito de que este possa vir a falecer nas condições menos dolorosas possíveis. Menciona-se que em 2006 o Conselho Federal de Medicina editou a resolução nº 1.805, que dispunha do seguinte texto em seu artigo 1º: “Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal” (BRASIL, 2006).

Como se percebe, o Conselho Federal de Medicina detinha clara posição quanto à permissibilidade da ortotanásia. Todavia, foi ajuizada Ação Civil Pública pelo Ministério Público Federal, o qual pleiteava pela nulidade da resolução mencionado, fundamentando seu pedido na alegação de que o tema só poderia ser tratado mediante lei formal. Em sua exordial, o *Parquet* também sustentou que a prática da ortotanásia violava frontalmente a Constituição Federal, na qual seu conteúdo era desprovido de lógica e razoabilidade (BARROSO; MARTEL, 2010). Todavia, o próprio órgão ministerial requereu, em suas alegações finais, a improcedência do feito, aderindo aos argumentos expostos pelo Conselho Federal de Medicina, o qual sustentou que a resolução citada não se tratava da prática de eutanásia, mas sim de ortotanásia, que por sua vez, não constitui crime.

Consoante ao que foi relatado antecipadamente, o projeto de Lei nº 236/12 pretende tipificar a prática da eutanásia quando, ao mesmo tempo, cria uma excludente de ilicitude para a conduta que condiz com o conceito de ortotanásia, buscando assim estabelecer um meio termo entre a ordem jurídica vigente e a evolução constante da relação do médico e seu paciente, além dos avanços das técnicas de medicina.

6.1.6 Distanásia

Por sua vez, a distanásia seria o prolongamento da vida com dor e sofrimento, infligindo danos físicos e psicológicos totalmente desnecessários ao paciente, na medida em que esse não usufrui de nenhum benefício dos cuidados que lhe são prestados (BIONDO; SILVA; SECCO, 2009). Seria o total descaso para com a ética e respeito ao próximo, violando incontáveis disposições das garantias essenciais do indivíduo, como a sua liberdade de escolha e locomoção, além de sua integridade física.

Trata-se de termo que não é costumeiramente abordado, porém está inserido no contexto do presente texto. É a prática que objetiva prolongar a vida de pacientes em estado terminal,

porém sujeitando o enfermo a um sofrimento imensurável, que acaba comprometendo a sua qualidade de vida. A forma correta de evitar a distanásia é o emprego dos cuidados paliativos que visem o conforto do indivíduo, muitas das vezes atendendo às premissas básica da ortotanásia (MENEZES; SELLI; ALVES, 2009).

6.1.7 Análise do Direito Estrangeiro

Várias Cortes e Câmaras do Poder Legislativo têm firmado sua posição quanto à a liberdade de escolha que o paciente possui (ou não) tratando-se do caso da eutanásia e outros métodos de abreviação da vida. Por exemplo, em 2002, nos Países Baixos, entrou em vigor a Lei da Eutanásia, a qual passou a regulamentar o requerimento do paciente quanto ao suicídio assistido e à possibilidade de o enfermo dispor da sua própria vida por intermédio de intervenção médica (CAVALHEIRO, 2016).

Na Austrália, a eutanásia teve permissão legal por um breve momento, entre julho de 1996 e março de 1997. A Lei dos Pacientes Terminais continha disposições acerca de solicitações intempestivas e que fossem requisitadas sem base médica suficiente. Tal norma veio a ser derrubada pelo parlamento australiano em 1997, por uma pequena margem de votos (38x34) (ADONI, 2003).

Também em meados de 1997, a Corte Suprema da Colômbia fixou o entendimento que a prática da eutanásia é um direito do paciente, não cabendo ao Estado ou ao profissional de saúde intervir na liberdade de escolha do cidadão, despenalizando assim o art. 326 do Código Penal Colombiano. Pela importância do voto do Tribunal, colaciona-se trecho de imprescindível lucidez sobre o caso:

Em síntese, em uma perspectiva pluralista, o dever absoluto de viver não pode ser afirmado, pois, como disse Radbruch, sob uma Constituição que opta por este tipo de filosofia, as relações entre o direito e a moral não se consideram dois deveres, e sim, direitos. Em outras palavras: quem vive como uma conduta obrigatória, dependendo de suas crenças religiosas ou morais, não pode afirmar que se torna coercivamente aplicável a todos; apenas que ele tem permissão para viver toda a sua vida moral e agir sem interferências (CARPIZO; VALADÉS, 2008, p. 94-95).

Na Bélgica, a prática da eutanásia é legalmente tolerada, desde que atenda a alguns requisitos, como o fato da doença que o paciente está acometido seja insanável e o sofrimento por ela ocasionado seja intolerável para o enfermo (FRISO, 2009).

Em 2007, foram aprovadas diretrizes médicas no Japão que vieram a consentir com a prática da eutanásia. Previamente, a jurisprudência nipônica também detinha precedentes que favoreciam a prática da eutanásia, em que se podia apontar como requisitos de permissão do

ato: a) a doença que acomete o enfermo é incurável e sua morte é iminente; b) a dor que o paciente sofre é insuportável e não há como ser dispersada; c) o paciente deve ter feito pedido expresso, externando seu desejo de morrer e; d) o responsável pelo procedimento deve ser médico autorizado, que trate de tomar todas as medidas regulamentares cabíveis (CARPIZO; VALADÉS, 2008).

Pelo exposto, constata-se que vários países ao redor do mundo estão tomando as rédeas no que concerne à liberdade de dispor dos direitos fundamentais, em especial o direito à vida do paciente terminal. De certo, há de se ter especial atenção quanto as nuances que envolvem o caso concreto, devendo a influência do direito estrangeiro ser avaliada com parcimônia. Todavia, não há de se negar que a nossa leitura das garantias constitucionais mereça uma reanálise no que diz respeito às medidas que vêm sendo adotadas pelos Poderes Públicos nacionais.

6.1.8 ADI 3.510 – Lei de Biossegurança

No ano de 2005, mais precisamente no mês de março, após longo trâmite no Congresso Nacional, foi aprovada a Lei nº 11.105/2005, que posteriormente ficou popularmente conhecida como Lei de Biossegurança (BRASIL, 2005). Durante sua tramitação nas Casas Legiferantes, o anexo legislativo já era objeto de grande polêmica institucional, vez que trazia em seu corpo disposições acerca da clonagem humana³³ e a utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa. Quando se deu a aprovação da lei, os artigos referentes à clonagem humana foram totalmente descartados do texto final, não obstante a previsão sobre as pesquisas científica por intermédio das células-tronco embrionárias terem sido aprovadas.

Em 03 de maio de 2005, foi ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, de autoria do então Procurador Geral da República Cláudio Lemos Fonteles, que objetivava declarar a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.105 de 2005 (BRASIL, 2008), o qual detém a seguinte redação:

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

³³ De forma a denotar a reviravolta no corpo da lei, a redação final de seu art. 26 foi publicada de modo a prevê como crime a clonagem humana, com pena de reclusão de 2 a 5 anos, além da aplicação de multa.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997 (BRASIL, 2005).

Em sua argumentação, o Procurador Geral da República aduzia que o famigerado art. 5º lesava o princípio da dignidade da pessoa humana, e em um grau mais elevado, violava o direito à vida, contradizendo assim o art. 1º, inciso III³⁴, e o art. 5º, *caput*³⁵, ambos da Constituição Federal. O Chefe do *Parquet* alegava que a vida humana começa a partir da fecundação, filiando-se assim à corrente concepcionista que foi exposta em momento anterior do presente trabalho, ao passo que protestava que o próprio zigoto em si já poderia ser considerado, biologicamente, um indivíduo único e irrepetível, constituindo um organismo vivo e já pertencente à espécie humana.

Pela importância dos conceitos tratados no presente tópico, transcreve-se as lições da Dra. Alice Teixeira Ferreira, citada pelo Procurador Geral da República em sua petição inicial:

As células tronco embrionárias são aquelas provenientes da massa celular interna do embrião (blastocisto). São chamadas de células-tronco embrionárias humanas porque provêm do embrião e porque são células-mães do ser humano. Para se usar estas células, que constituem a massa interno do blastocisto, é destruído o embrião.

As células tronco adultas são aquelas encontradas em todos os órgãos e em maior quantidade na medula óssea (tutano do osso) e no cordão umbilical-placenta. No tutano dos ossos tem-se a produção de milhões de células por dia, que substituem e as que morrem diariamente no sangue. (BRASIL, 2008)

O caso teve grande repercussão no meio jurídico e científico, razão pela qual o Supremo Tribunal Federal resolveu admitir, pela primeira vez em sua história, a realização das audiências públicas conforme a previsão constante no art. 9º, § 1º, da Lei nº 9.868/98³⁶. Neste ponto, o Ministro Relator Carlos Ayres Britto permitiu a audição de diversas instituições que tinham especialidade e interesse no tema, no papel de *amicus curiae*.

³⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana.

³⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)

³⁶ Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, **em audiência pública**, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria. – grifo nosso.

Em seu voto, o Ministro Relator deixou explícito a adoção, de sua parte, pela teoria natalista do início da vida e da personalidade humana, reforçando que o ganho da personalidade pelo ser humano dá-se apenas no caso de sobrevivência após o parto, creditando que as relações jurídicas da pessoa humana acontecem a partir do nascimento com vida até a morte do indivíduo. Ainda, foi levantada a tese de que o Texto Constitucional nada menciona acerca do começo da vida da pessoa e que, ao atribuir direitos ao indivíduo, a Norma Fundamental já trata do ser humano nascido, portador de personalidade que detém nacionalidade, direito à igualdade, à segurança e à propriedade. Pela importância do trecho, transcreve-se as palavras do Ministro Relator, que pode ter assentado fundamentos jurídicos e sociais para temas de igual importância que serão oportunamente debatidos neste projeto:

Numa primeira síntese, então, é de se concluir que a Constituição Federal não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa e, nessa condição, dotada de compostura física ou natural. É como dizer: a inviolabilidade de que se trata o art. 5º é exclusivamente reportante a um já personalizado indivíduo (o inviolável é, para o Direito, o que o sagrado é para religião). E como se trata de uma Constituição sobre o início da vida humana e um silêncio de morte (permito-me o trocadilho, a questão não reside exatamente em se determinar o início da vida do *homo sapiens*, mas em saber que aspectos ou momentos dessa visão estão validamente protegidos pelo Direito Infraconstitucional e em que medida. (BRASIL, 2008).

Nesse diapasão, o Ministro Ayres Britto fundamenta seu voto no sentido de que toda operação que envolve o art. 5º da Lei de Biossegurança (BRASIL, 2005) ocorre fora do corpo feminino, não havendo nenhuma relação com o aborto ou conceito jurídico semelhante, resumindo bem o posicionamento dominante que imperou na Corte no julgamento em análise:

Afirme-se, pois, e de uma vez por todas, que a Lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não é isso. O que autoriza a lei é um procedimento externa-corporis: pinçar de embrião ou embriões humanos, obtidos artificialmente e acondicionados in vitro, células que, presumivelmente dotadas de potência máxima para se diferenciar em outras células e até produzir cópias idênticas a si mesmas (fenômeno da “auto-replicação”), poderiam experimentar com o tempo o risco de uma mutação redutora dessa capacidade ímpar. (BRASIL, 2008).

Também foi levantada a fundamentação de que a Lei de Biossegurança obedeceria ao disposto no art. 226, § 7º da Constituição Federal, perfazendo o direito constitucional do planejamento familiar³⁷. Este último conceito pode ser explicitado na ideia de que ao Estado

³⁷ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, **o planejamento familiar é livre decisão do casal**, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o

não é devido o poder de intervenção na formação da família dos particulares. Destarte, cabe ao Poder Público apenas a tarefa de propiciar os meios necessários para o exercício do poder familiar por parte do casal. Nesse diapasão, seria contrária ao Estado Democrático de Direito a atuação do Poder Público em tentar determinar quantos filhos poderia cada casal conceber. Esta decisão é apenas dos formadores do núcleo familiar, sendo vedada qualquer forma de coerção pelas entidades públicas (MADALENO, 2020).

Ao perflustrar a polêmica que cerca os debates que tratam do início da vida sob a ótica jurídica, o Ministro Relator fundamentou seu ponto de vista sob uma perspectiva interessante: ao enfrentar a temática, o magistrado argumentou que a atividade cerebral humana seria imprescindível para determinar tanto o começo quanto o encerramento da existência da pessoa.

No contexto em exame, o Relator aduziu que o legislador seguiu bem com a redação do art. 5º da Lei de Biossegurança (BRASIL, 2005), estando esta de acordo com as premissas do Texto Constitucional. Nestes termos, o embrião que carece de atividade cerebral não pode ser considerado como pessoa, ao passo que este não ostenta terminações nervosas e não poderia ser objeto de outorga de proteção dos direitos da personalidade da pessoa. Na mesma linha, a cessação das atividades cerebrais leva a inevitável constatação da morte do indivíduo. Pela elucidação da ótica exposta, transcreve-se parte do voto do Relator:

Chego a uma terceira síntese parcial: se à lei ordinária é permitido fazer coincidir a morte encefálica com a cessação da vida de uma dada pessoa humana; se já está assim positivamente regrado que a morte encefálica é o preciso ponto terminal da personalizada existência humana, a justificar a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo ainda fisicamente pulsante para fins de transplante, pesquisa e tratamento; se, enfim, o embrião humano a que se reporta o art. 5º da Lei de Biossegurança constitui-se num ente absolutamente incapaz de qualquer resquício de vida encefálica, então a afirmação de incompatibilidade deste último diploma legal com a Constituição é de ser plena e prontamente rechaçada. (BRASIL, 2008)

Outro ponto importante a justificar a visão orientada no voto do Relator é o direito à liberdade científica, premissa importante do direito civil constitucional que constitui parte importante do âmago desse projeto. O direito à liberdade científica, fora a previsão no artigo 5º do Texto Constitucional, também se faz presente no art. 218 da Lei Fundamental³⁸ (BRASIL,

exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas – grifo nosso (BRASIL, 1988).

³⁸ Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação.

§ 1º A pesquisa científica básica e tecnológica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso da ciência, tecnologia e inovação.

§ 2º A pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

1988). Perfaz-se na liberdade fundamental de assegurar os meios indispensáveis no desenvolvimento tecnológico do país, garantindo investimento na ciência e na inovação, com o intuito de estimular a economia e o descobrimento de novas fórmulas para a solução dos diversos problemas que envolvem o cotidiano nacional.

Como bem lembrou a Ministra Ellen Gracie, a legislação atacada na ação de controle concentrado traz em seu corpo importantes restrições que visam regulamentar de maneira devida as atividades que envolvem as células-tronco embrionária. Destarte, em importante passagem de seu voto, a Ministra recorda que uso das células tronco embrionárias se dá exclusivamente nas atividades de pesquisa e terapia. No mesmo cenário, houve de se mencionar que os embriões a serem utilizados são somente aqueles produzidos por fertilização *in vitro*, considerada como técnica de reprodução assistida. Ainda, há de se salientar que será permitido o uso apenas dos embriões constatados inviáveis para o desenvolvimento adequado de uma nova pessoa ou que estejam congelados há um lapso temporal maior que três anos.

Acompanharam as premissas aduzidas pelo Relator os Ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Cármen Lúcia, Marco Aurélio, Celso de Mello e Gilmar Mendes. Votaram pela procedência parcial da ação os Ministros Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Menezes Direito.

Neste ponto, percebe-se que a partir do controle concentrado de constitucionalidade, via ação direta de inconstitucionalidade proposta, a Suprema Corte definiu premissas de um novo olhar jurídico (e até mesmo científico) sobre o avanço da tecnologia no que tange à fertilização *in vitro* e o começo da vida no ordenamento jurídico pátrio. Nesse diapasão, é lícito acreditar que os efeitos *erga omnes* emanados da decisão não apenas implicaram a vinculação para casos análogos que viriam a ser examinados pelos tribunais de piso. As questões resolvidas e os princípios utilizados pela Corte viriam a denotar mudanças profundas no entendimento conservador que até então permeava o âmago do Poder Judiciário brasileiro.

6.1.10 Implicações na disponibilidade da vida

Conforme já mencionado anteriormente, não há nenhuma previsão expressa da existência de um “direito à morte”. O que se prevê no ordenamento jurídico pátrio é o gozo do direito à vida (existência) como também o direito à uma vida digna, que incumbe o Poder Público de fornecer ao indivíduo os meios necessários para que esse possa atender suas

§ 3º O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa, tecnologia e inovação, inclusive por meio do apoio às atividades de extensão tecnológica, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho.

expectativas internas e aquelas que são postadas pelo meio social em que está inserido, atendendo assim ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O fato de não haver uma norma expressa sobre a (in)disponibilidade pessoal da vida não conduz a impedimentos de se fazer um exercício de interpretação sobre a celeuma em questão, sobretudo no que se refere a uma leitura teleológica e a sistemática que analise o complexo legal como um todo e esmiúce o cerne em que a norma se encontra para alcançar o seu objetivo.

Embora o conceito de direitos fundamentais já tenha sido fornecido em momento pretérito deste trabalho, vale destacar que a expressão não goza de unanimidade entre os constitucionalistas. Porém, ao menos em tese, a doutrina nacional segue lições similares no que tange às características dos direitos fundamentais. Em breve síntese, pode-se citar que os direitos fundamentais são históricos, universais, imprescritíveis, inalienáveis, não absolutos e indisponíveis. Essas duas últimas características são de extrema importância para o que se está tratando no tema de fundo.

Pouco se reflete acerca das características citadas, o que leva a aceitá-las como dogmas de caráter incontestável, não importando que o contexto de aplicabilidade requeira uma análise otimizada por parte do operador do direito. Uma vez que nenhum direito é absoluto, questiona-se como ficaria o cenário nas perspectivas do paciente terminal. Seria esta pessoa obrigada a continuar vivendo e compelida a “usufruir” do direito fundamental à vida? Qual seria o pretexto normativo que daria razão a essa compulsoriedade? Uma obrigação com esse viés atende ao núcleo central da dignidade da pessoa humana?

Em uma conjuntura na qual os cuidados paliativos se mostrassem ineficazes, não seria desproporcional e irrazoável manter o indivíduo sofrendo e sem possibilidade de aliviar a sua angústia? Aqui, não há de se pautar fundamentos religiosos ou filosóficos se estes não são do âmago pessoal do ser humano em tratamento. No que haveria de ilícito em, havendo consentimento do paciente em estado terminal, com dores e sintomas insuportáveis, onde já não há nenhuma probabilidade clínica de melhora, em lhe abreviar a vida e acabar com seu sofrimento? A predileção de determinada pessoa pela eutanásia ou procedimentos afins não significa que todos os indivíduos devam escolher tais métodos, sendo que assim seria apenas conferida a liberdade daqueles que entendam ser esse o meio mais digno de pôr fim ao seu infortúnio.

A reflexão que se está a propor no presente contexto leva a uma profunda reanálise de qual seria o papel principal da Constituição na real efetivação dos direitos fundamentais. No que depender da ação de uma das estruturas que serão apresentadas adiante, se poderá angariar fundamentos para reavaliação da disponibilidade das normas previstas no Texto Constitucional.

Em um primeiro momento, se abordará a classificação que se refere ao texto constitucional como Constituição-lei. A Constituição seria uma lei como qualquer outra, e os direitos fundamentais em seu corpo seriam apenas sugestão ao legislador. É de se duvidar se os mesmos seriam exigíveis perante o Estado ou frente a ingerência indevida de outro particular. No entanto, há de se ressaltar que tal classificação está praticamente extinta da ordem jurídica internacional, razão pela qual carece de maior aprofundamento.

No que tange à catalogação da Constituição como Constituição Total, ou Constituição Fundamento, não haveria espaço para que as matérias de ordem infraconstitucional inovassem perante a ordem jurídica. Desta feita, praticamente inexistente seria a possibilidade do particular de renunciar os direitos fundamentais, ao passo que os mesmos incidiram de forma absoluta na ordem vigente, pois as normas constitucionais determinariam por completo qualquer conteúdo das matérias de hierarquia inferior, disciplinando todas as searas das ações estatais e da vida social.

Por fim, a estruturação da Norma Fundamental como Constituição-moldura seria um equilíbrio perante as teorias anteriores, na medida em que o Texto Constitucional seria apto a prever direitos e garantias fundamentais, assim como a proibição da violação destes, possuindo um lugar de destaque no sistema normativo. Todavia, ao contrário da ideia da Constituição total, haveria espaço para que o legislador infraconstitucional exercesse a atividade legiferante quanto às matérias não previstas pela Constituição. Entende-se que a Constituição Federal de 1988 encaixa-se na descrição da chamada Constituição-moldura³⁹. Resta saber, então, perante o panorama apresentado, se caberia ou não a disponibilidade quanto à determinados direitos fundamentais.

Caso se entenda que os direitos fundamentais são essencialmente aqueles que se referem às liberdades públicas, protegendo o particular da ingerência indevida do Estado, isto faria com que as garantias fundamentais fossem de titularidade coletiva, tornando imperiosamente difícil a possibilidade de abdicar dos direitos previstos na Carta Constitucional.

Porém, caso se adote a ideia de que, além de serem proteção contra a atuação do Estado, os direitos fundamentais também são outorgados individualmente a cada particular para

³⁹ Aliás, essa aparenta ter sido a posição adotada pelo Pretório Excelso: “A Constituição, a despeito de não ter estabelecido regras impondo ou proibindo diretamente um dado modelo de financiamento de campanhas, forneceu uma **moldura** que traça limites à discricionariedade legislativa. É dizer: o constituinte procedeu à escolha de questões fundamentais (e.g., princípio democrático, o pluralismo político ou a isonomia política) que norteiam o processo político, e que, desse modo, reduzem, em alguma extensão, o espaço de liberdade do legislador ordinário na elaboração de critérios para as doações e contribuições a candidatos e partidos políticos” (STF, ADI 4.650/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 26/03/2013 – grifo nosso).

usufruir destes, tendo como limites apenas os comandos de ordem constitucional, vislumbra-se a possibilidade de renunciar aos direitos fundamentais:

Os direitos fundamentais, junto com a separação de poderes, são conquistas essencialmente liberais e sempre serviram – não somente na sua origem, mas também nos dias atuais – como forma de evitar ingerência estatal em esferas estritamente individuais. Ora, **se direitos fundamentais são essencialmente direitos de liberdade do cidadão, nada mais coerente do que aceitar a liberdade de não exercitá-los, de deles dispor ou de a eles renunciar. Renunciar a direitos fundamentais seria um exercício do direito geral de liberdade, imanente à essência dos direitos fundamentais.**

(...)

Se se continuar aceitando, sem grandes reflexões, as características jusnaturalistas dos direitos fundamentais, especialmente a sua irrenunciabilidade, a autonomia privada encontrará um obstáculo intransponível nos direitos fundamentais. Em todas as relações em que esses direitos estejam em jogo, a autonomia privada deverá ceder e o Estado terá o dever de intervir para garantir direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade de seus titulares (SILVA, V., 2005, p. 128-131 – grifo nosso).

Tratar o direito à vida como inviolável, como ele realmente o é, não significa que há uma contradição com a permissão de deixar o enfermo escolher o seu destino e padecer com dignidade (DIAS, 2010). A ponderação de valores e as diferentes nuances que envolvem o caso concreto devem ditar o caminho a ser tomado pelo aplicador do direito, não se podendo firmar uma máxima de que o direito fundamental à vida prevalece em toda e qualquer situação. A renúncia a um direito fundamental também pode ser encarada como uma forma diferente de exercício daquele por seu titular, uma vez que configuraria a autodeterminação do indivíduo e o seu livre desenvolvimento pessoal, permitindo assim que ser humano alcance seus objetivos por intermédio de uma forma de direito positivo que não lhe é expressamente vedada (NOVAIS, 2006).

A autonomia da vontade e as garantias constitucionais, sejam elas individuais ou coletivas, apenas podem ser restringidas para atender à proteção da órbita jurídica de terceiros. O único cenário em que é legítimo regular a restrição do direito de liberdade de um membro da comunidade civilizada, contrário à sua própria vontade, é o de prevenir que o exercício de sua liberalidade prejudique outras pessoas (MILL, 2009), o que não parece ser o caso no contexto que se trilhou até esse ponto.

Ao que parece, a ordem constitucional hodierna favorece ao posicionamento que adere igual importância entre as liberdades individuais e aquelas de caráter coletivo. Nessas circunstâncias, seria imprescindível avaliar o indivíduo como um ser dotado da capacidade de fazer suas escolhas e lidar com as consequências advindas das decisões que tomou. No mesmo sentido, as palavras de Barroso e Martel (2010, p. 267):

Note-se, a propósito, que ao valorizar a autonomia, não se está definindo o resultado: o paciente – ou seu responsável em certos casos – poderá optar entre várias possibilidades que incluem o prolongamento máximo da vida, seu não prolongamento artificial e, em situações limite, sua abreviação.

Como forma de se enriquecer a reflexão ora proposta, colaciona-se as lições traçadas por Raz (2004, p. 115):

Não é só o amor pela vida que nos faz seguir adiante. O medo da morte também. Conceitualmente distintos, eles estão intimamente entrelaçados durante a maior parte da nossa vida.

(...)

Tememos a morte porque amamos a nossa vida e o que tememos é perder o que amamos ou tememos a morte independentemente de como nos sentimos diante da nossa vida? Há alguns indícios de que o segundo é muitas vezes o caso, ou seja, de que mesmo as pessoas que são profundamente infelizes com a sua vida temem a morte.

Destarte, a linha crucial desta discussão passa tanto pela hipótese da banalização do abreviamento da vida, como também pelo valor intrínseco deste direito fundamental. Resta questionar se, para o paciente terminal, mesmo uma vida que não atenda aos seus preceitos firmados quanto à sua dignidade é uma vida que vale a pena a ser vivida de maneira artificial até seu último suspiro.

6.1.11 Considerações sobre o infanticídio indígena na Amazônia

Precipuamente, deve-se fornecer e trabalhar com um conceito de meio ambiente. Destarte, se irá adotar a denominação⁴⁰ dada por Silva (1995, p. 2), que se traduz na seguinte conotação:

O meio ambiente é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas. A integração busca assumir uma concepção unitária do ambiente compreensiva dos recursos naturais e culturais.

Em nível constitucional, a preocupação com o meio ambiente adveio apenas com a Constituição Federal de 1988, que prevê em seu artigo 225 que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

40 O art. 3º, inciso I, da Lei n. 6.938/81 (a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), traz a seguinte definição do instituto ora analisado: “Art. 3º Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: I — meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (BRASIL, 1981).

Depreende-se do dispositivo citado que o direito ao meio ambiente se constitui em uma ideia de interesses pluri-individuais, consistindo assim no que a doutrina convencionou a chamar de direitos difusos, cujos titulares consistem em uma pluralidade indeterminada ou interminável de sujeitos, pertencendo assim à sociedade como um todo.

Junto à preocupação com o meio ambiente, adveio também a ansiedade para se assegurar a preservação cultural e a diversidade étnica no que diz respeito aos povos indígenas que habitam o território nacional. Desde a Constituição de 1934, ainda que de maneira tímida, é possível detectar a outorga da Lei Fundamental a legislar acerca dos direitos dos índios, conforme se depreende do art. 5º, inciso XIX, alínea “m”, que dispunha da seguinte redação “Art. 5º - Compete privativamente à União (...) XIX – legislar sobre: (...) m) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional” (BRASIL, 1934).

É possível concluir que a norma citada acima mantinha uma visão antropocêntrica sem levar em consideração qualquer respeito à cultura indígena e às peculiaridades e que envolvem o tema, posto que se buscava unicamente incluir os povos indígenas no seio da comunidade urbana.

Progredindo em relação aos Textos Constitucionais anteriores, a Norma Fundamental de 1988 dedica um capítulo às tribos indígenas, dessa vez concedendo proteção constitucional à cultura, crenças e tradições que lhes são inerentes:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. (BRASIL, 1988).

Seguindo os parâmetros fixados pelo artigo transcrito, no ano de 2004, por intermédio do Decreto nº 5.051, o Brasil ratificou a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, “que passou a reconhecer aos povos indígenas seus direitos permanentes, legitimando-os a viverem conforme seus usos e costumes, sob princípios de respeito à cultura, às formas de vida e ao direito consuetudinário” (CAMACHO, 2015, p. 150). Neste ponto, extremamente oportuno transcrever as disposições redigidas no art. 8º da Convenção:

1. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados, deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário.
2. Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionarem os conflitos que possam surgir na aplicação desse princípio (BRASIL, 2004).

Destarte, inegável que a novel ótica constitucional lançou um colorido especial sobre à proteção cultural das minorias indígenas, com respeito às suas terras, costumes e tradições, abandonando por vez a visão “socializadora” outrora em voga. Tanto o é que os indígenas brasileiros contam com uma fundação própria, a Fundação Nacional do Índio, a qual tem como escopo fomentar políticas públicas que favoreçam às tribos indígenas, como também fiscalizam as terras ocupadas por aquelas. Nesse sentido, as lições de Cordeiro (1999, p. 80):

Nas últimas décadas, contudo, o pensamento antropológico finalmente superou o monopólio intelectual do evolucionismo unilinear. As sociedades indígenas são hoje reconhecidas como realidades culturais diferenciadas, capazes de reproduzir estilos próprios de organização e desenvolvimento, então como etapas primitivas de uma escala civilizatória.

Da evolução dos estudos antropológicos, combinando com a nova visão acerca do respeito à cultura e à diversidade inerente aos povos indígenas, um ponto delicado precisa ser colocado em destaque pelo fato de ilustrar bem o tópico que se está em debate no presente estudo. Trata-se da prática por muitas vezes chamada de “infanticídio indígena”, particularidade de algumas tribos, inclusive aquelas que vivem na Amazônia⁴¹, que, conceituando de maneira resumida, acabam por matar ou simplesmente abandonar recém-nascidos e crianças em razão destes possuírem alguma deficiência física ou intelectual, ou, em outros casos, por serem gêmeos ou mesmo filhos de mães solteiras (CAMACHO, 2015).

Não se necessita de maiores digressões para vislumbrar que são postos em ponto de embate o direito à vida e o direito à preservação e cultura dos povos indígenas. Toda celeuma é sensibilizada pelo fato de duas visões de mundo totalmente diversas serem colocadas em confronto. De um lado, a moral ocidental clássica sobre o direito à vida, sobre o qual já se foi debruçado extensivamente nos tópicos anteriores, e do outro, a noção particular que cada tribo indígena espalhada pelo território mantém acerca de suas tradições.

Insta salientar que, atualmente, no Brasil existem cerca de 225 sociedades indígenas vivendo em aldeias, sem considerar aqueles que moram em áreas urbanas. Importante refletir que cada uma dessas comunidades detém políticas sociais, tradições e autonomias próprias, contribuindo assim para a diversidade cultural que já é inerente ao território nacional (SANTOS, 2011). Inegável assim que não é possível estabelecer um parâmetro objetivo para

⁴¹ Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/12/1721455-infanticidio-de-indios-ainda-e-comum-em-aldeias-da-amazonia.shtml#:~:text=A%20morte%20de%20beb%C3%AAas%2C%20geralmente,nasce%20com%20alguma%20defici%C3%AAncia%20f%C3%ADsica.&text=Em%20algumas%20tribos%2C%20as%20crian%C3%A7as%20s%C3%A3o%20enforcadas>>. Acesso em: 21 de dez. de 2021.

justificar ou descaracterizar a prática que irá se debruçar, o que não impede de formalizar um debate jurídico e filosófico ao se expor o tema.

O que parece ser incompreensível e injustificável em face aos costumes formais da sociedade urbana e ocidentalizada precisa de uma reflexão mais aprofundada levando em conta as tradições milenares que permeiam o seio dos povos indígenas locais, assim como também a noção de direito individual e coletivo que estes projetam. Nesse sentido, Natália de França Santos (2011, p. 8) afirma que:

Quando se fala sobre o infanticídio indígena, é preciso que se compreendam as razões que levam alguns povos a reafirmarem tal prática ainda nos dias atuais. Para tanto, é fundamental perceber a visão e o conceito que os indígenas possuem a respeito de valores como a vida e dignidade humana, além da supervalorização do coletivo e a necessidade de socialização para o alcance da humanidade plena.

Aqui, um breve recorte precisa ser feito. Ao se perolustrar a seara penalista, é possível constatar que o fenômeno que está em análise se utiliza de termo juridicamente equivocado. Dispõe o Código Penal (BRASIL, 1940), em seu art. 123, que a tipificação do infanticídio consiste na conduta de matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após. Daí advém algumas explicações para melhor se elucidar o tema.

Da norma acima transcrita, percebe-se que para caracterização do infanticídio, é necessário que esteja a mãe durante o estado puerperal, que se trata de uma “perturbação psicológica que a mãe sofre entre o deslocamento e expulsão da placenta e à volta do organismo materno às condições normais” (MESTIERI; MENEGUETTE; MENEGUETTE, 2005, p. 5). Assim, é possível denotar que vários dos atos perpetrados pelas membros das tribos indígenas não se encaixam propriamente como infanticídio, posto que muitas das vezes não é a própria mãe que tira a vida do infante, e nem mesmo aquela se encontra mais em estado puerperal. Na verdade, o que se tem na grande maioria dos casos é um verdadeiro crime de homicídio, tipificado no art. 121 do Código Penal (BRASIL, 1940).

Inobstante a tipificação do tipo penal, a problemática continua: como conceber tal permissão de tirar a vida das crianças indígenas em face à proteção cultural e preservação das tradições locais? Algumas digressões precisam ser feitas para se chegar a uma resposta satisfatória, se é que ela existe.

Na visão de Camacho (2015), o que sustenta a não intervenção social e legislativa no chamado “infanticídio” seria o fato de que, ao se permitir o homicídio de crianças recém-nascidas das tribos indígenas, seja por qual motivo tradicionalmente aceito for, se está diante de uma renúncia do direito individual à vida, por parte do recém-nascido, em prol da guarita do

direito coletivo, mantendo assim vivas as crenças e o respeito à cultura em questão. Todavia, a autora lança importante reflexão:

A morte de crianças por imposição cultural é uma situação que causa uma fissura na unidade das comunidades indígenas, razão pela qual requer um olhar que considere a situação desses atores sociais inconformados com a simples repetição de práticas culturais (CAMACHO, 2015, p. 156).

Nesse ponto, retorna-se às discussões expostas em momento anterior. Uma vez que, de maneira hipotética, o infante que deveria ser assassinado sobrevivesse, deve-se levar em consideração que este não obteria qualquer tipo de inserção social do grupo pelo qual foi rejeitado. Estaria fadado a viver às margens de sua própria cultura e sociedade. Daí, há de se questionar novamente se anseios de estar vivo por estar (respirando) supera as problemáticas que sobrepesam em relação ao viver com dignidade e atingindo a plenitude da capacidade de cada ser humano (princípio da dignidade da pessoa humana).

Já em termos puramente jurídico, ao afirmar que o Brasil é signatário da Convenção nº 169 da Organização Mundial do Trabalho, internalizada por meio do Decreto nº. 5051, há de se perquirir qual a natureza jurídica da norma em questão. A princípio, há de se destacar o art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, o qual versa que:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (BRASIL, 1988).

Caso se entenda que a Convenção nº 169 da OIT, que dispôs expressamente sobre direitos indígenas, detém natureza jurídica de tratado internacional que versa sobre direitos humanos, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 143 de 2002, se está diante de uma norma que goza de supralegalidade, com capacidade de paralisar as demais leis infraconstitucionais e atos infralegais presentes no ordenamento jurídico. Por intermédio do controle difuso de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal ao julgar o Recurso Extraordinário nº 466.343 acabou por fixar esta tese, conforme depreende-se do voto do Ministro Gilmar Mendes:

(...) Não se pode negar, por outro lado, que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico.

(...)

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade.

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana. (BRASIL, 2008).

Como cediço, ao julgar o recurso extraordinário a Suprema Corte exerce o controle difuso por excelência. Mais uma vez, o controle de constitucionalidade funciona como mecanismo de proteção de direitos fundamentais da personalidade, ainda que estes estejam em confronto (no caso, direito individual à vida e preservação das tradições locais). Nesta senda, caso se adote a tese da supralegalidade, o respeito à cultura indígena outorgada pela Convenção nº 169 da OIT seria hierarquicamente superior à tipificação do infanticídio dos infantes indígenas (ou como mais bem explicado, homicídio).

As diferentes percepções sobre o conceito de vida já tratadas quando do início do tópico também repercutem na discussão em voga. O conceito ocidental clássico do direito à vida, ou seja, o viver e respirar, há muito se está sendo questionado. A vida digna, com propósito e respeito à transcendência humana, tem permeado as questões sobre a morte voluntária de cada indivíduo. Todavia, aqui há um ponto essencial a ser mencionado: uma situação é quando o enfermo terminal decide colocar um fim na sua própria existência, seja por meio da eutanásia, suicídio assistido, ou simplesmente por interromper o tratamento médico indicado; outra é quando o infante indígena é assassinado em prol da subsistência dos conceitos clássicos das tradições de suas respectivas tribos. Nesse diapasão, não é dada à criança a oportunidade de escolha, e esta nem mesmo talvez tivesse o discernimento necessário para enfrentar questão tão delicada. Uma importante reflexão sobre a moral é proposta por Dworkin (2011, p. 40):

Na perspectiva comum, as questões gerais sobre a base da moralidade - sobre o que torna verdadeiro um juízo moral particular - são, em si mesmas, questões morais. Será Deus o autor de toda a moralidade? Pode uma coisa ser errada mesmo que toda a gente pense que é correta? Será a moralidade relativa ao espaço e ao tempo? **Poderá uma coisa ser correta num país ou numa circunstância e errada noutra país ou noutra circunstância? Trata-se de questões abstratas e teóricas, mas não deixam de ser questões morais. Devem ser respondidas a partir da consciência e da convicção moral, tal como as questões mais vulgares sobre o certo e o errado** – grifo nosso.

Sendo assim, ainda que a tese da supralegalidade exposta acima dê guarita às tradições abordadas, simplesmente não parece correto enfrentar o tema estritamente do ponto de vista jurídico. Afinal, o direito acompanha a sociedade e deve evoluir de acordo com seus valores morais e com a diversidade cultural que cada sistema jurídico abarca.

6.2 Direito sobre o próprio corpo

Sem sombra de dúvidas, o direito ao corpo é o direito da personalidade mais envolvido em polêmicas jurídicas. A influência religiosa exercida sobre a possível disposição a ser feita pelo seu titular, como também os costumes tradicionais enraizados na sociedade envolvem dogmas que cercam os conceitos jurídicos propostos e as nuances práticas. Nesse diapasão, preceitos como a santidade da vida e do corpo humano importam em propostas legislativas e decisões judiciais influenciadas pelas perspectivas tradicionais, reacionárias, conservadoras e progressistas.

O direito ao corpo, ou o direito à integridade corporal, pode ser definido como a garantia de que cada ser humano detém de ter respeitado o seu corpo e a autonomia que o envolve. Traduz-se, assim, na prerrogativa de a pessoa ter seu corpo mantido intacto, apenas sofrendo interferências de outrem quando autorizado pelo seu titular ou pelo ordenamento jurídico (HERRING; WALL, 2017).

A Carta Constitucional de 1988 traz previsões expressas quanto à integridade do corpo humano, dispendo, por exemplo, em seu art. 5º, inciso XLIX, que aos presos “é assegurado o respeito à integridade física e moral” (BRASIL, 1988). Embora o Texto Constitucional não faça menção às pessoas em liberdade, há de se constatar que uma vez prevista tal garantia aos presos, esta é igualmente outorgada aos particulares fora da prisão. Em uma perspectiva igualitária de concatenar os preceitos da dignidade da pessoa humana, o Código Civil de 2002 também tratou acerca da proteção jurídica ao corpo, porém, em um âmbito extremamente restrito (SCHREIBER, 2014)⁴².

Nas lições de Schreiber (2014, p. 34), o art. 13 do Código Civil padece de três grandes lacunas que podem ser dispostas no seguinte quadro:

(i) primeiro, ao autorizar qualquer disposição do próprio corpo por “exigência médica”, o art. 13 parece elevar a recomendação clínica a um patamar superior a qualquer avaliação ética ou jurídica; (ii) segundo, ao vedar a disposição do próprio corpo que importe “diminuição permanente da integridade física”, o art. 13 sugere, a contrario sensu, que estariam autorizadas reduções não permanentes, o que se mostra extremamente perigoso; (iii) terceiro, o art. 13 alude à noção de “bons costumes”, ideia vaga e imprecisa, que pode causar sérias dificuldades em um terreno que sofre decisiva influência de inovações tecnológicas e científicas.

⁴² Tal perspectiva foi positivada no art. 13 do Código Civil de 2002, o qual conta com a seguinte redação: Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial (BRASIL, 2002).

A primeira hipótese, no que diz respeito à recomendação médica aparentemente acima das concepções éticas e jurídicas, é envolvida de inúmeras polêmicas, passando pela disposição da vida do paciente terminal, e da recusa das Testemunhas de Jeová em receber transfusões de sangue em virtude de suas crenças, temas esmiuçados no corpo deste trabalho.

Embora o legislador ordinário tenha se omitido quanto aos reclamos sociais em vista da necessidade de regulamentação das matérias em exame, há de se mencionar que o Texto Constitucional contém comando explícito para que regular o assunto, no art. 199, § 4º da Constituição Federal:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

(...)

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização (BRASIL, 1988).

Objetivando estruturar tema de suma importância, o Poder Legislativo editou a Lei nº de 9.434 de 4 de fevereiro de 1997. Tentando inovar perante um ordenamento jurídico até então majoritariamente conservador, a norma trazia disposições avançadas quanto ao seu tempo. Como exemplo, cita-se a pretendida redação que deveria ter sido outorgado ao art. 4º do seu texto, que presumia, de maneira relativa, a intenção de todas as pessoas destinar, após seu óbito, tecidos, partes do corpo e órgãos para transplante (BRASIL, 1997). Devido à dubitável constitucionalidade de diversos artigos de seu corpo, o Congresso Nacional acabou por editar uma nova lei, a Lei nº 10.211 de 23 de março de 2001, a qual alterou de maneira intensa a legislação original (SCHREIBER, 2014).

Wilkinson e Garrard (1996) teorizam que quatro grandes premissas cerceiam o direito à disposição do próprio corpo quanto à venda de seus órgãos. Em primeiro lugar, há de se considerar o elevadíssimo risco à vida do titular, assim como também não se pode olvidar da dor que a que a pessoa irá se submeter⁴³. Em segundo, há de se salientar também que, do ponto de vista moral, a relação estabelecida entre o vendedor e o comprador de órgãos é enxergada como uma espécie de exploração, mesmo que atenda a todos os requisitos previstos em lei e seja regularmente paga, o que compreenderia o processo de “coisificação” do ser humano.

Em consequência das duas premissas anteriores, uma terceira variante precisa ser exposta: ao permitir a venda de órgãos humanos, estariam as autoridades governamentais

⁴³ Os autores advertem que, isoladamente considerada, essa premissa não seria suficiente para banir a venda de órgãos. De maneira análoga, os autores aduzem que diversas outras atividades perigosas, em geral, são frequentemente perpetradas e realizadas por dinheiro, por exemplo, as profissões de bombeiro e astronauta.

minando a prática beneficente da doação. Destarte, haveria um verdadeiro incentivo contrário à conduta altruística para com o próximo, reforçando assim o entendimento de que toda a polêmica sobre a venda do corpo humano nada mais é do que parte do processo de objetivação.

A última premissa a ser analisada consiste na avaliação da liberalidade de cada ser humano a vender seus órgãos. Partindo do princípio de que o doloroso processo para retirada dos órgãos humanos desencorajaria boa parte das vendas genuinamente consentidas, pode-se concluir que apenas pessoas sob intensa pressão (física, financeira, psicológica ou moral) cederiam aos perigos que envolvem a concretização desse odioso negócio jurídico. Sendo assim, há de se considerar também que os interessados em estar na posição de compradores poderiam se utilizar de ardis e meios de manipulação para convencer os aspirantes a vendedores de órgãos que estivessem em dúvidas.

A polêmica levantada nos parágrafos antecedentes conduz ao novamente à ideia intrínseca da santidade da vida e da inviolabilidade da autonomia daquele que detém personalidade juridicamente considerada. Desta feita, a doação de órgãos é socialmente aceita de uma maneira que a sua venda tende a não ser, levando-se em consideração que os atos altruísticos atendem a uma faceta contributiva por partes do doares, exercida contrariamente ao explícito caráter instrumental que a venda de órgãos assume.

6.2.1 Considerações sobre o aborto

Conforme anota Siqueira (1992), a palavra aborto detém o significado de obstrução do nascimento, com a conseqüente interrupção voluntária da gravidez, resultando assim na morte do produto da concepção. Destarte, ao tipificar o crime de aborto, para o legislador não houve importância em diferenciar o estado de gravidez da mulher, se fetal, embrionário ou ovular, punindo igualmente a conduta em qualquer dos estágios citados.

A análise penal da tipologia do aborto, mesmo que de maneira breve e sucinta, é imprescindível para se chegar aos objetivos propostos no presente trabalho. Desta forma, cumpre primeiramente informar que os dispositivos que versam sobre o aborto como conduta criminalmente punível se encontram no capítulo I, do Título I, da Parte Especial do Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940), que cuida dos crimes contra a vida.

Desde já, podem ser suscitadas algumas indagações. Ao se utilizar da interpretação teleológica, em um primeiro momento se pode questionar por qual razão o tipo punível não faz parte do capítulo II do mesmo título, o qual trata das lesões corporais. Nesse viés, tem-se que o legislador ordinário acredita que o aborto é ato punível que atenta contra a vida. Porém, nesse

ínterim, outra indagação se exsurge: qual vida quis o Estado resguardar? A vida da mulher? Ou a vida do nascituro? Dos próprios dispositivos das normas penais já se pode extrair tal reflexão que redireciona à grande discussão sobre o começo da vida, a qual já foi tratada em momento oportuno em tópico próprio.

Embora não atribua expressamente a vida e qualidade de pessoa ao nascituro, Noronha (1972, p. 52) frisa a seguinte constatação:

Pouco importa seja o feto uma *spes personae*; deve ele, mesmo assim, ser protegido pela tutela da lei, pois a vida humana, em seu infinito mistério, merece respeito, mesmo quando a ordem jurídica se encontra em presença não apenas de um homem (pessoa), mas de uma *spes hominis*.

Inicialmente, a segunda corrente, na qual se elege o Poder Público como sujeito passivo do crime de aborto, parece não atender aos critérios mais lógicos da hermenêutica. Seria uma interpretação forçada para não eleger o nascituro como a vítima do delito em questão. Conforme salientado, a tipificação do aborto se encontra na parte do Código Penal que tutela o direito à vida. Sendo assim, ao que parece, quis o legislador ordinário, ao menos, tutelar a expectativa de vida do nascituro, seja em qual estado de evolução se encontrasse.

Feitas as premissas introdutórias, passa-se a analisar detidamente a conduta típica do aborto. O art. 124 do Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940) traz a conduta denominada de auto-aborto, que detém ramificações distintas: em um primeiro ponto, se pune a conduta da mãe que, sozinha, provoca o aborto em si mesma; em segunda mão, o dispositivo citado pune a gestante que permita que outrem lhe provoque o aborto, sem que aquela precise praticar os atos executórios do tipo penal.

Embora existam outras condutas criminalmente reprimidas no tipo em análise, o objeto de estudo do presente tópico reside nas hipóteses em que a prática do aborto não é punível, sendo assim respeitado o direito à personalidade à saúde mental e física da gestante.

O art. 128, em seu inciso I (BRASIL, 1940), informa que não se punirá o aborto praticado por médico se não houver outro meio para salvar a vida da gestante. É a situação que a doutrina convenientemente vem a chamar de aborto terapêutico, informando também que no caso em questão se está diante de uma excludente de ilicitude. Nesses termos, se verifica um estado de necessidade em que o bem jurídico da vida da gestante, mediante a ponderação de valores exercida pelo legislador, se sobrepõe aos interesses do feto⁴⁴ (SANTOS, 1995).

⁴⁴ Pela interminável discussão sobre o momento em que começa a vida, e se o aborto seria então uma espécie de homicídio ou situação assemelhada a um homicídio, evitou-se utilizar o termo “vida” quanto aos interesses do feto, sem desqualificar os argumentos daqueles que atribuem ao nascituro o interesse primordial de se manter vivo.

Outra situação em que o aborto é permitido no ordenamento jurídico brasileiro está disposta no art. 128, inciso II, do Diploma Penal (BRASIL, 1940), que determina que caso a gravidez resulte de estupro e, sendo o aborto precedido do consentimento da gestante (ou de seu representante legal), não haverá crime. É o denominado aborto ético, sentimental ou humanitário. Nesse ponto, além da própria vida da gestante que não raramente está em jogo, há um sopesamento de valores acerca da dignidade daquela e os interesses do feto. Ademais, são também considerados os direitos da personalidade que remontam à honra, à imagem, à intimidade pessoal, como também o objeto deste tópico, o direito ao corpo.

Inobstante as duas excludentes acima citadas, há quem informe que as disposições do Código Penal se encontram ultrapassadas e merecem uma reavaliação diante do advento da Constituição Federal de 1988. Desta maneira, propõe-se um exercício interpretativo a partir do contexto em que foi elaborada a Norma Fundamental.

Nas lições de José Afonso da Silva, citado por Garcia (2008), a questão, se levada ao campo da elaboração da Constituição vigente, possui ramificações e vertentes muito mais amplas do que se aparenta em uma análise sucinta e carente do aprofundamento necessário para formação de qualquer ponto de vista a ser levado a sério.

Na primeira corrente citada pelo constitucionalista, o constituinte teria erigido o direito à vida a uma garantia existente desde a concepção do feto, proibindo assim qualquer interpretação que permitisse o aborto fora daquelas já presentes na legislação penal. Uma segunda via a ser ressaltada levantava o entendimento de que o direito à vida se adquire apenas com o nascimento, ao passo que a vida intrauterina seria de total responsabilidade e escolha da mulher, visão essa que permitiria à hermenêutica abrir portas para situações que aquiescessem com o aborto, mesmo que diferente daquelas previstas em lei. Por fim, a terceira corrente propugnava que a Constituição, como norma fundamental do Estado Democrático, deveria adotar um tom de neutralidade, sem admitir ou proibir o aborto de maneira expressa, deixando para o legislador infraconstitucional a discussão de uma matéria tão delicada. Concluindo seu raciocínio, o autor adota a primeira corrente, afirmando que no feto já existe vida humana.

Observa-se que em momento próprio já se discutiu sobre as técnicas de decisão no controle de constitucionalidade, assim como também foram tecidos breves comentários acerca da mutação constitucional e a mudança no substrato fático das normas que compõe o ordenamento jurídico nacional. Nesse ínterim, aparenta que a primeira corrente citada por José Afonso da Silva traria, de alguma forma, o engessamento da Constituição acerca do tema, vez que qualquer norma abaixo da Carta Magna que viesse a tratar sobre o tema estaria fadada à declaração de inconstitucionalidade, ao passo em que já se atribuiria vida ao feto. Ora, se a

ordem constitucional vigente proíbe, como regra, a pena de morte, seria demasiadamente contraditório se admitir o aborto ao se considerar que o feto já ostenta a qualidade de ser vivo.

No que tange à segunda corrente, se levada a cabo em uma interpretação restrita, o aborto se tornaria inviável não pelas normas constitucionais, mas sim pelos dispositivos penais vigentes que tipificam a conduta. De certo, já se foi explicado que cada ser humano tem direito de dispor de seu próprio corpo, assim como também merece respeito à sua integridade física e moral por parte de outrem, desde que não contrarie às leis e os bons costumes. Sendo assim, atribuir inteira responsabilidade à gestante sobre qual o destino do feto estaria a se afrontar diretamente os dispositivos do Código Penal que tratam a matéria, que somente possibilitam o aborto em duas situações: quando a vida da gestante estiver em risco e não houver outro meio de salvá-la ou quando a gravidez decorrer do crime de estupro.

Dois questões extremamente interessantes são levantadas por Dworkin (2009) para demonstrar o ponto de vista daqueles contrários ao aborto se apoiam nas seguintes perspectivas: primeiramente, pode-se afirmar que os fetos já são seres vivos com interesses e direitos próprios, inclusive protegidos pelo ordenamento jurídico, o que se inclui nesses interesses o de permanecer vivo, assim como todos os outros seres humanos; em segunda mão, também se pode compreender que a vida humana é essencialmente sagrada, sendo assim considerada desde que a existência tem início, mesmo antes de que o feto tenha a capacidade de se mover ou de sentir os elementos em sua volta, o que antecederia até mesmo a outorga de direitos que lhe são concedidos pela legislação vigente. Nesse ponto, pode-se constatar que o nascituro, desde o momento de sua concepção, já é uma pessoa em sua plenitude, assim como qualquer outro participante da sociedade:

“Sem dúvidas, as criaturas capazes de sentir dor têm interesse em evitá-la (...). Da mesma maneira, infligir dor a um feto que já possui sistema nervoso suficientemente desenvolvido também contraria frontalmente seus interesses. Mas um feto só tem consciência da dor quando sua mãe se encontra em estado avançado de gravidez, uma vez que antes disso seu cérebro ainda não está suficientemente desenvolvido. (...). Esses critérios levam alguns pesquisadores a sugerir que um substrato neural adequado para a sensação de dor só vai existir por volta do sétimo mês de gravidez (trinta semanas), bem como no período em que os fetos prematuramente nascidos tornam-se viáveis mediante o recurso de um intenso suporte vital” (DWORKIN, 2009, p. 21-22).

Por outro lado, não se pode ignorar também o substrato fático das normas constitucionais perante a vida da sociedade, assim como a mutação constitucional que é aplicada pelo Supremo Tribunal Federal. Como cediço, a mutação constitucional caracteriza-se por ser uma corrente interpretativa em que não há alteração formal do Texto Constitucional, ou seja, não há processo de elaboração de Emendas Constitucionais ou Incorporação de

Tratados Internacionais que tratem sobre Direitos Humanos no ordenamento jurídico pátrio. Todavia, ao ser provocada para aplicar a jurisdição, a Suprema Corte emite entendimento diferente do que vinha até então sido aplicado, esboçando assim a mudança envolvendo as normas jurídicas em comento.

No que tange à mudança ao substrato fático da norma, são levadas em considerações as situações de fato que cercam a celeuma, principalmente por novos dados científicos que surgem com o avanço tecnológico. Como exemplo, cita-se a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 3.937, em que se baniu o uso do amianto, anteriormente permitido, justamente pelo surgimento de novas evidências cancerígenas encontradas no mineral.

Desta maneira, seja pela mutação constitucional, seja pela alteração no substrato fático da norma, deve-se questionar se os preceitos presentes no Texto Fundamental constituem apenas uma relação de direitos individuais e coletivos constantes em um rol taxativo, seguindo as mesmas premissas da época de sua elaboração, ou se a Constituição pode ser encarada como “um compromisso de ideais abstratos de moral política que deve ser explorado e reinterpretado em conjunto a cada nova geração de cidadãos, juristas e juízes” (DWORKIN, 2009, p. 35). Nesse sentido, prossegue o jusfilósofo:

“(...) o aborto se justifica moralmente, não obstante, por uma série de razões importantes. Justifica-se não apenas para salvar a vida da mãe e nos casos de estupro ou incesto, mas também nos casos em que se diagnosticou uma grande anomalia fetal – as anomalias dos bebês com talidomida, por exemplo, ou com a doença de Tay-Sachs – que torna provável, se a gravidez for levada a termo, que a criança só terá uma vida breve, sofrida e frustrante. Em alguns casos, de fato, quando a anomalia é muito grave e a vida potencial estiver fadada a uma deformidade cruel e à brevidade, a concepção liberal paradigmática sustenta que o aborto não só é moralmente permissível como pode ser uma necessidade moral, uma vez que seria um erro trazer ao mundo, conscientemente uma criança em tais condições” (DWORKIN, 2009, p. 45).

Utilizando todo conteúdo jurídico até aqui exposto, se enfrentará a árdua tarefa de se imiscuir no mérito da decisão tomada pela Suprema Corte no bojo do Habeas Corpus nº 124.306/RJ.

6.2.2 Habeas Corpus Nº 124.306: novo entendimento sobre o aborto?

Por todo o exposto até agora, é imprescindível se indagar a seguinte questão: como permitir o aborto até o terceiro mês de gravidez, como fez o Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 124.306? Seriam os argumentos da Corte suficientes para causar uma reviravolta quase que sem precedentes na ordem jurídica sistemática?

Primeiramente, não há como negar que a decisão em comento é uma inovação jurisdicional, ao ponto de criar normas para tratar do caso. Isso se dá pelo fato de o legislador deixar claro que o aborto é permitido apenas em duas situações, já exaustivamente ressaltadas. Como então autorizar o aborto até o terceiro mês de gravidez? Em qual norma da Constituição ou da legislação em vigor há tal premissa?

Não há dúvidas que os questionamentos feitos permitem a classificação da questão como um *hard case*, no cenário em que há um trabalho hercúleo de interpretação para, aparentemente, fazer com que a norma atinja aos anseios da sociedade.

No caso de se adotar o critério positivista de resolução dos *hard cases*, pode-se sustentar que quando determina celeuma não dispõe de regras que incidam prontamente no caso concreto, ao julgador será permitido criar um item legislativo mediante o poder discricionário que lhe é outorgado pela jurisdição (DWORKIN, 2010). Porém, mesmo ao se adotar tais métodos avaliativos, as normas do Código Penal são suficientemente claras e não aparentam dar este tipo de margem ao julgador.

Depreende-se do caso que os impetrantes do Habeas Corpus foram presos em flagrante, acusados de manter uma clínica de aborto, sendo denunciados sob a égide dos arts. 126 e 288 do Código Penal (BRASIL, 1940). Em face da denegação da ordem do remédio constitucional frente as Cortes Primárias, os réus recorreram até a jurisdição da Suprema Corte, combinando as alegações que detinham bons antecedentes e não estavam presentes os requisitos para que fosse decretada a prisão preventiva dos pacientes. No julgamento, o Pretório Excelso decretou a concessão da ordem de ofício, embora mantivesse o entendimento de que o Habeas Corpus não era a via própria para se pugnar tais pedidos.

Dentre outros motivos salientados pela Corte, neste ponto serão examinados de maneira pormenorizada a declaração da não recepção dos arts. 126 e seguintes que concernem ao crime de aborto previstos no Código Penal. Sendo assim, transcreve-se determinados trechos do julgado que se passe à análise do tema em debate:

11. Em segundo lugar, é preciso examinar a própria constitucionalidade do tipo penal imputado aos pacientes e corréus, já que a existência do crime é pressuposto para a decretação da prisão preventiva, nos termos da parte final do art. 312 do CPP. Para ser compatível com a Constituição, a criminalização de determinada conduta exige que esteja em jogo a proteção de um bem jurídico relevante, que o comportamento incriminado não constitua exercício legítimo de um direito fundamental e que haja proporcionalidade entre a ação praticada e a reação estatal.
(...)

48. No caso em exame, como o Código Penal é de 1940 – data bem anterior à Constituição, que é de 1988 – e a jurisprudência do STF não admite a declaração de inconstitucionalidade de lei anterior à Constituição, a hipótese é de não recepção (i.e., de revogação parcial ou, mais tecnicamente, de derrogação) dos dispositivos

apontados do Código Penal. Como consequência, em razão da não incidência do tipo penal imputado aos pacientes e corréus à interrupção voluntária da gestação realizada nos três primeiros meses, há dúvida fundada sobre a própria existência do crime, o que afasta a presença de pressuposto indispensável à decretação da prisão preventiva, nos termos da parte final do caput do art. 312 do CPP. (BRASIL, 2011)

Aduz a Corte, na ementa do *case*, que se utilizou a interpretação conforme a Constituição aos arts. 124-126 do Código Penal para que se fizesse a não recepção dos dispositivos citados. Todavia, é preciso que se questionem algumas informações. Primeiramente, quanto à interpretação conforme, é cediço que este método da hermenêutica pressupõe que, perante determinada norma infraconstitucional, haja margem para dúvidas sobre o teor do dispositivo: em outras palavras, é necessário que seja palpável que existe mais de uma forma de interpretar o texto legal. Sendo assim, diante de duas opções, o órgão julgador escolhe aquela que melhor atendam aos anseios constitucionais.

No ponto acima salientado, parece haver um problema que no tange à interpretação conforme, e o motivo seria simples. Mesmo que a norma disposta no Código Penal seja antiga (datada da década de 1940), esta descreve bem os tipos penais e traz em seu bojo quais as causas excludentes do aborto, ora já comentadas. Sendo assim, se desejasse criar outras formas de excludentes, o legislador o teria feito expressamente, adicionando outros incisos para retirar o caráter punível da conduta.

Em outra mão, não se pode evadir que questão extremamente séria como a que está sendo aqui tratada tenha sido decidida por órgão fracionário da Corte, e não pelo seu Plenário. Desta forma, pairam sérias dúvidas da vinculação da decisão em comento. Porém, indaga-se: uma vez que o Supremo Tribunal tem adotado a objetivação do controle difuso, no caso de outra decisão com os mesmos pressupostos ser proferida em controle concreto, possuía este último acórdão efeitos *erga omnes*? Aparentemente sim.

Na tendência de finalizar análise acerca do direito ao corpo em conjunto com a (in)constitucionalidade do aborto, há de se afirmar outros pressupostos que foram levantados pela Corte para fundamentar a decisão. Entre estes, encontram-se os direitos reprodutivos e sexuais da mulher, sua autodeterminação, a integridade física e psicológica da gestante e o princípio da proporcionalidade. Este último, por ainda não ter tido um olhar especial, merece uma análise detida.

Precipuamente, o princípio da proporcionalidade pode ser traduzido como método de cerceamento do excesso de poder do Estado, se destinando a conter condutas, atos e decisões dos agentes públicos (membros dos três Poderes) que ultrapassem o limite adequado. Adotando os pressupostos criados pela doutrina alemã (CARVALHO FILHO, 2008) devem ser atendidos

os seguintes requisitos para se perfazer a incidência do princípio da proporcionalidade no caso concreto:

a) Adequação, que significa que o método empregado na atuação deve guardar relação e ser compatível com o objetivo proposto;

b) Exigibilidade, na medida em que a conduta deve ser considerada necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para se alcançar o fundamento teleológico da norma;

c) Proporcionalidade em sentido estrito, que se verifica quando as vantagens a serem conquistadas superam as desvantagens verificadas, no que se identifica o exercício de ponderação sobre valores constitucionais em rota de colisão.

Ao se consultar os pressupostos acima, é possível constatar que estes parecem ter sido a saída legítima para se proteger os direitos da personalidade da gestante. Sem sombra de dúvidas, a interrupção da gravidez durante os primeiros meses de vida se mostra adequada para proteger a intimidade e a integridade física da mulher que não deseje continuar com a gestação. A exigibilidade parece ser o ponto mais questionável ou difícil de comprovar. Afinal, não haveria alternativas para se alcançar a proteção do direito à integridade física da mulher? Aliás, o próprio aborto não traz riscos a vida da gestante? Isto também sem mencionar que a permissão do aborto até o terceiro mês não marca presença em nenhuma das normas até aqui examinadas. Por último, a proporcionalidade em sentido estrito se constata ao passo de que a proteção da gestante, já considerada pelo ordenamento jurídico como pessoa de fato e de direito, se sobrepõe aos direitos outorgados ao feto que, conforme já demonstrou ao longo do trabalho, para muitos estudiosos do tema não se coaduna como sujeito de direito até o momento do seu nascimento.

Não há dúvidas de que, frente ao avanço atingido por outras nações, como os Estados Unidos e o Canadá, não tardará até que o Congresso Nacional ou o Supremo Tribunal Federal se pronunciem de maneira definitiva sobre a questão. Nesse ínterim, a Corte Suprema tem se utilizado do instituto do controle de constitucionalidade para proteger o direito ao corpo e à intimidade titularizados pelas gestantes, postura essa que, embora louvável pelo seu mérito, tem levantado grandes dúvidas e polêmicas acerca da conduta perpetrada no seio dos acórdãos prolatados pelo STF e o (des)respeito à tripartição dos Poderes.

Inobstante o caráter benéfico da postura ativa do Poder Judiciário como legítimo guardião da Constituição, que busca proteger os direitos daqueles que se encontram vulneráveis e suscetíveis de constantes violações em seus postulados fundamentais, há de se considerar as vozes que surgem em sentido contrário para condenar as ações do exercício da jurisdição

constitucional, em alegações de que o instituto estaria por ferir o princípio da separação dos poderes, considerando a ação dos órgãos judicantes como verdadeiro ativismo judicial.

Oportunamente, é possível definir o conceito de ativismo judicial da seguinte maneira:

por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder judiciário, fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflito de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos) Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais poderes (RAMOS, 2010, p. 129).

Deve-se ter ciência de que o conceito exposto não esgota em si mesmo, pois a noção de ativismo judicial é demasiadamente complexa, instituindo diversas ramificações para o tema proposto. As decisões ativistas apresentam incontáveis dimensões, e não apenas uma pré-determinada forma de manifestação. Isso significa que o ativismo judicial consiste em práticas decisórias multifacetadas e insuscetíveis de redução a critérios objetivos de verificação. Existem, assim, inúmeros indicadores do ativismo judicial, podendo ser citados como exemplos a interpretação desproporcionalmente extensiva dos textos constitucionais, a falta de deferência institucional aos outros poderes, a criação judicial de normas gerais e abstratas etc. (CAMPOS, 2014).

No cenário pátrio, muito tem se debatido acerca dos parâmetros fixados para a atuação do Judiciário objetivando cumprir sua função típica outorgada pela Constituição. Recentemente, grandes discussões sobre o mínimo existencial em face da reserva do possível, suspensão e efetivação dos direitos políticos, decisão acerca da possibilidade da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado, entre muitos outros temas, têm colocado o Judiciário no centro das atenções.

Não obstante a real intenção inerente aos fundamentos dos acórdãos e sentenças proferidas, o Poder Judicante tem sido alvo de duras críticas pelos diversos segmentos da sociedade, pela doutrina jurídica, e mesmo dos outros poderes constituídos:

o que se verifica é que, por diferentes formas, o Judiciário vem interferindo, direta ou indiretamente, na formulação de políticas públicas. É a chamada da **judicialização das políticas públicas**. Existem diferentes fatores que vêm contribuindo para isso. De um lado, a inércia do Poder Público, a sua ineficiência, a ausência ou deficiência no planejamento, a corrupção, os desvios de finalidade na definição de prioridades, os interesses subalternos protegidos, em detrimento de outros, especialmente relevantes para a garantia dos direitos fundamentais;

(...)

A interferência do Judiciário vai ganhando adeptos, sob alguns argumentos pretensamente extraídos da Constituição: alega-se que, ao interferir em políticas públicas, o Judiciário não está invadindo matéria de competência de outros Poderes do Estado, nem a discricionariedade que lhes é própria, porque está fazendo o seu

papel de intérprete da Constituição. Ele está garantindo o **núcleo essencial dos direitos fundamentais** ou o **mínimo existencial** indispensável para a **dignidade da pessoa humana**.

(...)

Decisões judiciais desse tipo (que vêm sendo adotadas pelo Poder Judiciário, inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal) institucionalizam o **ativismo judicial**, que significa a interferência indevida nas atribuições dos demais Poderes do Estado e, em consequência, infringência ao princípio da separação dos poderes. Isso sem falar na insegurança jurídica que essa atuação ilegítima acarreta (DI PIETRO, 2016, grifos do autor).

Entretanto, há de se considerar que tanto o Legislativo quanto o Executivo estão deixando de realizar os comandos constitucionais para efetivação dos direitos fundamentais, inclusive os direitos da personalidade, conforme depreende-se de sua tímida previsão no Código de 2002. Se não restam dúvidas que existem decisões nas quais o Judiciário viola os limites opostos pelas normas gerais, o fato é que este somente é chamado a se manifestar pela carência de atividades em prol da sociedade por parte dos demais poderes.

Não está aqui a se revoltar contra a doutrina do *self-restraint*, como também não se está fazendo apologia ao Ativismo Messiânico. Não pode também o Judiciário se esquivar de proteger a Constituição e resguardar os direitos fundamentais que regem o sistema normativo, em especial as liberdades constitucionais ostentadas pelas minorias e os que se encontram em situação de vulnerabilidade. Afinal, o não agir por parte do Judiciário também pode ser entendido como forma de ativismo (Ativismo por Inação).

Todavia, como forma de combater a suposta usurpação, o Congresso Nacional tem agido nos bastidores para frear a influência crescente do Supremo Tribunal Federal. Dentre outras diligências, foi apresentado o Projeto de Lei 4754 de 2016 (PL 4754/2016) proposto pelo deputado Sóstenes Cavalcante (PSD/RJ), projeto que visa tipificar o crime de responsabilidade dos Ministros do Supremo por usurparem as funções do Poder Legislativo ou Executivo. Além disso, há notícias que a CJJ do Senado projeto de lei que visa limitar a atuação individual dos Ministros do Supremo Tribunal em medidas cautelares no bojo das ADI's (PLC 79/2018).

Embora louvável toda a iniciativa das Cortes Superiores objetivando atender aos anseios mais urgentes da sociedade, a atuação do Poder Judiciário deve ser pautada na Constituição e nas demais normas que regem o ordenamento jurídico. O controle de constitucionalidade, instrumento usado para garantir os direitos das minorias, dentre outras funções, deve ser utilizado com prudência e razoabilidade. Sendo assim, o Poder Judiciário aparenta estar avocando para si atribuições que fogem de sua competência usual.

Com a devida vênia pelos argumentos expostos no teor do *habeas corpus* mencionado, parece o Supremo Tribunal Federal estar inclinado em um sentido perigoso e que não se coaduna com as normas vigentes. Isso porque quisesse o legislador classificar outras condutas

que não estariam a se amoldar como naquelas presentes no juízo de subsunção dos arts. 124-126, o teria feito expressamente por intermédio da conduta do Poder Legiferante. A simples alegação de mutação constitucional da norma pode dar vazão a uma trilha extremamente delicada em que a Corte Suprema se põe como intérprete absoluto do ordenamento jurídico. Não custa lembrar que os Ministros do Supremo não são eleitos pelo voto popular, e se torna particularmente árdua a sina de se concordar que o entendimento predominante da sociedade é aquele transmitido pelos membros do Pretório Excelso.

6.2.3. Ponderações sobre o aspecto religioso e sua influência sobre a disposição do corpo humano

Primeiramente, muitas incertezas se levantam acerca do encaixe do presente direito fundamental na doutrina dos direitos da personalidade. Todavia, esse entendimento deve ser afastado. Como se salientou em momento oportuno, os direitos da personalidade são aqueles que atendem ao preceito da dignidade da pessoa humana constitutivos da identidade individual de cada ser humano. Nesses termos, não há de se negar que a religião adotada por cada indivíduo forma o seu caráter e é direito constitucionalmente assegurado.

A garantia à intimidade religiosa precisa ser analisada com a devida cautela. Devem ser elencados os pressupostos básicos para que essa faculdade possa merecer a classificação devida. Sendo assim, como já comentado, a religião pode ser atribuída aos aspectos morais e psicológicos do indivíduo, perfazendo o caráter da pessoa e constitui um dos fenômenos mais intrínsecos e inexplicáveis pelas leis da física e das ciências sociais modernas.

Desse diapasão, há de se informar que os termos espirituais, por mais inerentes que sejam aos valores intrínsecos do ser humano, não se confunde com os padrões de moralidade que são impostos no ambiente social. Isso porque a espiritualidade aparenta acarretar dogmas de ordens superiores, carregando juízo de valoração quase que imperativos com fundamento na fé. Nesse sentido, as valorosas lições orquestradas por Garcia (2016, p. 4-5):

A liberdade de crença, por sua vez, é contextualizada no plano da fé, que pode ser livremente escolhida e professada, sem qualquer interferência do Estado ou de outros particulares. Como limite, tem-se a necessidade de resguardar a ordem pública e assegurar igual liberdade aos demais componentes do grupamento, que não podem ser compelidos a violentar a sua consciência e a professar fé alheia. A preocupação com a preservação da ordem pública, aliás, remonta à célebre Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (art. 10). A liberdade de crença pode ser concebida como a face intrínseca da liberdade religiosa, afeta à intimidade do ser humano, enquanto a liberdade de culto é a sua face extrínseca, momento em que ocorre a exteriorização da fé.

Face à amplitude da liberdade de crença, que pode albergar variadas manifestações de fé, incluindo certos comportamentos que destoam dos padrões de racionalidade já sedimentados no ambiente social, não será incomum a presença de situações de colisão com outros bens e valores constitucionalmente tutelados. Esse quadro é particularmente delicado nas situações em que a pessoa padeça de patologia, congênita ou provocada por causas externas, e haja negativa de receber o tratamento médico que o atual estágio da técnica considera adequado.

Conforme anota Silva (2007, p. 94) “(...) na liberdade de crença entra a liberdade de escolha da religião, a liberdade de aderir a qualquer seita religiosa, a liberdade (ou direito), de mudar de religião, mas também compreende a liberdade de não aderir a religião alguma, assim como a liberdade de descrença, a liberdade de ser ateu e de exprimir agnosticismo”.

Dessa forma, deve-se ter em mente que ao se analisar o termo religião e as consequências jurídicas na sociedade moderna, foi adotada a perspectiva proposta por Dworkin (2019). Nos dizeres do jusfilósofo, a religião deve ser compreendida como uma visão do mundo distintiva e muito mais profunda do que a existência de Deus em si. O termo religião é inerente ao propósito que cada ser humano ostenta em seu consciente. A crença em Deus nada mais é do que uma das muitas possibilidades de manifestação da religião pessoal do indivíduo. Sendo assim, Deus(es) há muito habitam a mente das pessoas com muitos propósitos, como a vida após a morte e o caminho da conduta pessoal. Mas conforme salientado, ao se discutir religião, não se fará uma análise aprofundada sobre a crença ou não em alguma entidade, e sim no preenchimento do vazio que habita em cada pessoa e seus planos de vida orientados por uma moral que foi adotada.

A título informativo, desde que o Estado brasileiro adotou a República como forma de governo, a partir do Decreto n. 119-A, de 1890 (BRASIL, 1890), houve a separação entre o Poder Público e a Igreja, constituindo assim o país como Estado laico e não confessional, ao passo em que não se verifica nenhuma religião oficial dentro dos limites territoriais pátrios.

O direito à liberdade de crença e à religião se encontram positivos no art. 5º, incisos VI a VIII, da Norma Fundamental, os quais dispõe da seguinte redação:

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei (BRASIL, 1988).

Como forma de reiterar a vigente separação entre o Estado e qualquer forma de culto religioso, o art. 19, inciso I, da Constituição Federal, afirma que aos entes da federação (União,

Estados, Distrito Federal e Municípios), é vedado estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público (BRASIL, 1988).

Conforme depreende-se da norma transcrita, deve o Estado se manter distante de obstar o pleno funcionamento das atividades religiosas lícitas, como também deve se abster de manter relações que possam ser interpretadas como interdependência entre as entidades. Todavia, isto não quer dizer que o Poder Público não tenha autonomia para conceder benesses sociais às entidades religiosas, objetivando alcançar a finalidade pública e o bem-estar coletivo. Claro exemplo dessa questão pode ser demonstrado pelo art. 150, inciso VI, alínea “b”, da Lei Fundamental, a qual proíbe que os entes da Federação instituíam impostos⁴⁵ sobre templos de qualquer culto. A norma possui como escopo evitar que o Estado se utilize da tributação para cercear a liberdade de culto.

Destarte, é possível identificar que o Brasil não é um estado ateu, mas também não se configura como um estado confessional, não obstante o preâmbulo da Constituição invocar a proteção de Deus. Dessa maneira, é possível que se admita o ensino religioso em escolas públicas (CF, art. 210, § 1º), desde que a disciplina seja de matrícula facultativa. No mesmo teor, a Lei Fundamental permite que o casamento religioso produza efeitos civis (CF, art. 226, § 1º e § 2º).

Entendidas as nuances precípuas que envolvem o direito à liberdade religiosa, passa-se agora a analisar as celeumas que se formaram e demandam intervenção da ordem jurídica moderna por questões que dizem a respeito à integridade física.

6.2.4 Questões sobre as Testemunhas de Jeová

Anteriormente conhecida como um grupo de devotos chamados de “Estudantes da Bíblia”, a congregação das Testemunhas de Jeová ganhou essa denominação por um dos idealizadores do movimento, J. F. Rutherford, em convenção em Columbus, Ohio, no ano de 1931 (CHRYSSIDES, 2008).

⁴⁵ Neste ponto, há de se ressaltar as lições aprendidas no Direito Tributário por questões práticas. Tributo é gênero do qual os impostos são espécie. Dessa forma, embora os entes políticos estejam proibidos de criar impostos que tenham como objeto os bens, rendas e serviços das entidades religiosas, nada os impede de criar taxas, contribuições especiais e contribuições de melhoria.

Os membros adotaram a designação de Testemunhas de Jeová (*Jehovah's Witnesses*) procurando dar ênfase no conceito de que o nome original de Deus, segundo as escrituras hebraicas, seria Jeová (*Jehovah*), e aqueles que acreditam em tal fato seriam suas testemunhas (CHRYSSIDES, 2008).

Contextualizando, as Testemunhas de Jeová consideram o sangue como sacrossanto, algo que não pode ser violado, sendo a força vital de qualquer ser vivo, sendo a ingestão do sangue contrária à Bíblia e aos costumes religiosos.

A técnica do armazenamento de sangue em bancos construídos com essa finalidade teve grande crescimento com a chegada da Primeira Guerra Mundial, se espalhando ao longo da década de 40, já em virtude da Segunda Grande Guerra. No que concerne às Testemunhas de Jeová, a questão não detinha muita atenção até meados dos anos 50, onde alguns poucos artigos publicados por alguns de seus membros questionavam como proceder perante uma situação em que a transfusão de sangue fosse necessária (SINGELENBERG, 1990).

Conforme a medicina e os meios de comunicação se desenvolviam, as questões colidentes entre os médicos e as Testemunhas de Jeová não demoraram a se apresentar. Em contraste ao que foi explicitado anteriormente, na década de 70 já haviam vários estudos sendo abordados pelos membros da congregação (SINGELENBERG, 1990).

Ainda, como forma de agravar as crescentes tensões, o vírus da AIDS estavam plena eclosão pelo mundo, o que levava os membros das Testemunhas de Jeová a justificar ainda mais as suas crenças (SINGELENBERG, 1990).

Do cenário ora exposto, é de conhecimento geral a problemática existente no atendimento médico a Testemunhas de Jeová quando se envolve transfusões de sangue. A questão se torna ainda mais delicada quando o enfermo está com sua vida em risco e necessita de atendimento médico imediato.

Embora que de maneira tímida e incompleta, o Código Civil (2002) traça as diretrizes para gerais sobre a celeuma no capítulo acerca dos direitos da personalidade, objeto do presente estudo:

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica (BRASIL, 2002).

Também há de se ressaltar a existência da Resolução nº 1021/1980, emitida pelo Conselho Federal de Medicina, a qual possui o seguinte teor:

1. Se não houver iminente perigo de vida, o médico respeitará a vontade do paciente ou de seus responsáveis.
2. Se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente de consentimento do paciente ou de seus responsáveis (BRASIL, 1980).

Cumpra-se notar que o desrespeito a uma resolução do Conselho pode resultar em uma sanção administrativa aplicada ao médico responsável. O profissional da saúde que optar por não fazer a transfusão de sangue quando houve clara necessidade, estará sujeito a ser investigado em processo administrativo disciplinar. Ainda, poderá o médico enfrentar ações indenizatórias por danos materiais e/ou morais eventualmente causados, sem falar na possibilidade das ações regressivas quando o Poder Público for condenado por omissão médica e o agente incorrer em dolo ou culpa. Ainda, não se pode olvidar do ajuizamento de ação por incorrência do crime de omissão de socorro, previsto no art. 135 do Código Penal brasileiro (TAKASCHIMA, et al, 2016).

Com base no estudo feito sobre o tema, foi desenvolvido o seguinte protocolo anesthesiológico para pacientes testemunhas de Jeová:

- 1) Identificação da situação de emergência e necessidade de transfusão: Documentar fielmente o quadro clínico, os sinais vitais e os exames complementares. A necessidade de transfusão deve ser evidente.
- 2) Não tentar mudar a vontade ou a manifestação de vontade do paciente ou parentes: O paciente ou seus parentes passam por situação difícil. Em um momento no qual a fé e a religião servem como apoio, confirmar o compromisso de não transfusão é muito importante para a testemunha de Jeová. Não é aconselhável discutir ou pedir autorização para transfusão. É desnecessário. A assistente social, psicóloga ou mesmo a enfermeira podem conversar com os parentes e afirmar que a equipe de emergência entende e apoia integralmente a decisão de não transfundir, mas que a transfusão será feita para salvar a vida do paciente. Tal posição é ainda mais importante com crianças e adolescentes.
- 3) Em caso de resistência física de parentes ou pacientes: Se houver resistência física por parte de paciente ou responsáveis que impeçam transfusão, chamar autoridade policial se necessário.
- 4) Transfusão: Em caso de risco de morte a transfusão é um dever médico. Compromisso prévio com o paciente assegurando que não irá transfundir hemoderivados durante cirurgia, bem como documento assinado por paciente ou responsável não isentam o anesthesiologista de sua responsabilidade.
(TAKASCHIMA, et al, 2016, p. 640)

Em um cenário ainda mais delicado, há de se salientar a situação em que a paciente Testemunha de Jeová esteja grávida. Não raramente, alguns médicos buscam o Poder Judiciário objetivando impor que as mulheres que se encontram na situação descrita recebam o tratamento de saúde adequado. Nesses casos, ao que parece, a motivação do profissional de saúde se daria por três razões de maior monta, quais sejam: a) os médicos tem opiniões muito seguras de qual tratamento utilizado será o melhor para atender os interesses de seus pacientes; b) em segunda

lugar, os profissionais de saúde, na maioria dos casos, possuem grande desejo de proteger aquele que seria o seu segundo paciente, o feto; c) por fim, a grande confusão legal e moral na qual os médicos se sentem obrigados a salvar a vida dos seus pacientes, independentemente de sua vontade (LEVY, 1999).

6.2.5 Estudo de caso e o aparato doutrinário

Foi protocolada ação cível⁴⁶ com tutela de urgência de autoria da Sociedade Matonense de Benemerência, pelo Hospital Carlos Fernando Malzoni, na qual se pedia autorização para utilizar e ministrar sangue e derivados de sangue em paciente, que se encontrava na UTI com quadro clínico extremamente grave de hemorragia digestiva e apresentou-se como membro da congregação Testemunha de Jeová, se recusando a receber sangue

A sentença exarada pelo MM. Juiz Marcos Therezeno Martins, julgou procedente o pedido, confirmando a tutela de urgência inicialmente pleiteada, concedendo à Requerente autorização para utilizar e ministrar sangue e derivados de sangue na Requerida, uma vez que se alegasse em contestação a opção fundada por motivos religiosos, haveria a preponderância de direitos, sendo que o bem da vida deveria evidentemente prevalecer

Inconformada, a requerida recorreu da decisão, pugnando pelo provimento do recurso com vistas à reversão do resultado do julgamento. Para tanto, sustentou que: a) que é Testemunha de Jeová há mais de 25 anos, considerando sua crença religiosa profunda e intrínseca à sua própria pessoa; b) que a teoria da colisão de direitos fundamentais jamais poderá justificar terapia médica compulsória em paciente adulto e capaz, assim como não deveria ser aplicada ao caso concreto, vez que a crença religiosa da Apelante não prejudica terceiros, nem atenta contra direitos de outras pessoas; c) que não é contrária à Medicina e tampouco acredita em nenhum tipo de “cura pela fé”, mas requer seja respeitada sua liberdade religiosa e seu direito de escolher tratamento médico sem sangue; d) que o tratamento degradante imposto pelo Hospital, e chancelado pelo juízo “a quo”, contrariou diversos dispositivos constitucionais e internacionais de proteção aos direitos humanos; e) que é equivocado o discurso sobre colisão de direito à vida versus liberdade religiosa, uma vez que o direito de morrer não é questionado, mas sim o direito de como viver

⁴⁶ (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação Cível nº 1003243-34.2018.8.26.0347)

O Tribunal sustentou, dentre outros argumentos, que o direito à liberdade religiosa não pode prevalecer sobre o maior bem que é resguardado pela Constituição Federal, qual seja, o direito à vida.

O entendimento exarado pelo Poder Judiciário perante o caso em exame tem se repetido por todos os tribunais do país. Durante a pesquisa, não foi encontrada uma única decisão que autorizasse a prevalência do direito à religião, mais especificamente, a garantia da não transfusão de sangue as Testemunhas de Jeová, quando em face ao direito à vida.

Diferentemente do que vem sendo decidido pela Justiça, é possível constatar que na doutrina diversas vozes se levantam para defender que possam as Testemunhas de Jeová, mesmo diante do risco de vida em emergências médicas, a optar pela não transfusão de sangue, ressaltando a discussão quando o caso envolver incapazes de discernir sobre a questão:

Tratando-se de pessoa plenamente capaz de exteriorizar a vontade, há de prevalecer a autodeterminação, sendo possível que se negue a receber os tratamentos médicos que considere incompatíveis com a sua crença. A simplicidade dessa solução, no entanto, não se estende às situações em que estejamos perante pessoas que, em caráter definitivo ou temporário, sejam total ou parcialmente incapazes de exteriorizar a sua vontade, como as crianças e os alienados mentais. Nesse caso, questiona-se: podem os seus responsáveis legais, lastreados em bases religiosas, proibir que recebam certo tratamento médico? Esse questionamento, desde logo, suscita reflexões em torno da necessária salvaguarda de outros bens jurídicos igualmente tutelados pela ordem constitucional, como o direito à vida (CR/1988, art. 5º, caput) e à saúde (CR/1988, art. 196, caput), não sendo demais lembrar que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adoles-cente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde...” (CR/1988, art. 227, caput) (GARCIA, 2016, P. 5-6).

A questão está longe de ser resolvida, levando-se em conta a mora excessiva do Poder Legislativo em debater a discussão combinada com o entendimento já uníssono fixado pelos Tribunais em todo o país.

Porém, ressalta-se os óbices supramencionados não podem funcionar como pá de cal em cima do embate. A reflexão que se propõe, deixando um pouco de lado as questões médicas e científicas que cercam o tema, é a de se levar em conta as consequências advindas após a transfusão de sangue realizada. Qual a real perspectiva da Testemunha de Jeová que passou pelo atendimento médico em retomar sua vida normalmente? A própria consciência do indivíduo e o abalo psicológico que este vem a sofrer não podem ser ignorados.

Uma vez realizada a transfusão proibida pela religião, não se pode olvidar que, além do processo tortuoso que o indivíduo passa ao se martirizar, este também poderá ser excluído do seu seio social e cerceado do direito de professar livremente sua religião, a qual, em tese, formou seus valores morais e lhe serviu como pilar estrutural nas diretrizes de sua vida. Nestes termos, devolve-se a pergunta feita anteriormente: qual a perspectiva que a Testemunha de Jeová que

realizou a transfusão de sangue tem em retomar sua vida como era anteriormente? De fato, é demasiadamente difícil fazer qualquer prognóstico nesse sentido, mas ao mesmo tempo, não é das mais árduas tarefas imaginar as consequências severas advindas do atendimento médico realizado.

Como informado em momento oportuno, o direito à vida se transcreve em uma ideia muito além da possibilidade de a pessoa se manter viva em suas funções vitais. Suas necessidades básicas e a dignidade mínima precisam ser atendidas para se concretizar os mandamentos constitucionais democráticos. Destarte, fica o questionamento: os impactos advindos do tratamento médico realizado salvaram, de fato, a vida do paciente? Ou lhe entregou o terror de encarar uma realidade que mais lhe aparenta ser a de morte em vida?

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O advento do princípio da dignidade da pessoa humana tornou real e de aplicação em casos concretos os novos vetores de interpretação humanitários que surgiram a partir da metade do século XX. Dessa forma, o modo como as relações privadas eram tratadas ante o ordenamento jurídico acabaram por resolver uma grande reviravolta, com a dignidade do homem funcionando como base de toda a hermenêutica normativa.

Ante novel viés constitucional, acabou que houve irradiação das normas da Constituição da República para os demais ramos do direito, dentre eles o Direito Administrativo, o Direito Tributário e, por fim, o Direito Civil. Momento seguinte, ocorreu a constitucionalização do Direito Civil, onde se parou de ler a Constituição por intermédio do Código Civil, sendo então realizado o caminho inverso, respeitando assim a supremacia da Norma Fundamental. Desse ponto em diante, com a constitucionalização das normas privadas, os direitos fundamentais ganharam um novo colorido, transmutando-se no que se vieram a tornar os direitos da personalidade, ainda que previstos de maneira tímida no Código Civil de 2002. Como manifestações dos postulados da personalidade, pode-se citar o direito à vida, o direito ao próprio corpo, o direito à liberdade religiosa e o direito à honra subjetiva e objetiva.

Todavia, a disposição expressa dos direitos da personalidade não pode ser encarada como medida suficiente para que essa ramificação dos direitos fundamentais seja de fato efetivada no âmbito das relações públicas e privadas. Dessa forma, a Constituição Federal outorgou aos Poderes Públicos e ao próprio particular diversos remédios jurídicos para combater a violação e ineficiência quanto à aplicação dos direitos da personalidade. Dentre esses mecanismos, pode-se citar o controle de constitucionalidade das normas como um dos mais importantes no objeto em estudo.

A partir do advento da Constituição de 1988, o Poder Judiciário ganhou amplos poderes a fim de garantir os alicerces jurídicos que formam a sociedade, no que se pode enquadrar os direitos íntimos da personalidade. Utilizando-se do controle de constitucionalidade, a Suprema Corte teve a oportunidade de colocar em voga diversas discussões acerca dos postulados da personalidade, como na ADI 3.510, onde se debateu o início do direito à vida. Neste ponto do estudo, se aproveitou o momento para dispor de diversas discussões jurídico-filosóficas sobre a vida, como os conceitos de eutanásia, ortotanásia, distanásia, bem como as digressões acerca da disponibilidade da vida por parte do doente terminal. Se discutiu também sobre o infanticídio indígena ocorrido nas tribos amazônicas, onde o direito particular à vida entrou em choque com o direito coletivo à preservação da cultura e das antigas tradições. Colocou-se como forma de

elucidar o tema a recepção da Convenção nº 169 da OIT, que internalizada como um tratado sobre direitos humanos, se fez como norma supralegal, com a capacidade de paralisar todo o ordenamento jurídico infraconstitucional, inclusive, o Código Penal.

No que tange ao direito à disposição do próprio corpo, foi colocado em pauta o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o aborto que, com a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, pode acabar se tornando regra de obediência obrigatória as demais órgãos do Poder Judiciário, aplicando a tese de descriminalização do aborto até os três meses de gestação. Ainda, se discutiu acerca das transfusões de sangue às testemunhas de Jeová, o que envolveu amplo debate sobre o direito à vida e a disposição do próprio corpo em um só tópico.

Neste ponto, percebe-se que a jurisdição constitucional funciona como verdadeiro escudo que outorga guarita ao direitos da personalidade, na medida em que a Suprema Corte detém a prerrogativa de examinar leis e demais atos normativos que possam violar o núcleo daqueles direitos fundamentais. Inobstante, é possível detectar que os anseios pela efetivação de justiça acabaram por levar o Supremo Tribunal a ultrapassar os princípios da legalidade e da separação dos poderes, ao passo que atuou como verdadeiro legislador. Todavia, deve-se perquirir os reais motivos que levaram a Corte Superior a esta empreitada. Dentre eles, a omissão eterna do Congresso Nacional e a omissão do Poder Executivo em efetivar as políticas públicas direcionaram o Judiciário a atuar fora de suas funções típicas. Destarte, é extremamente árduo fazer qualquer juízo de valor e meritório sobre os acórdãos prolatados pela Suprema Corte em controle de constitucionalidade, na medida em que essas decisões objetivaram proteger e efetivar os direitos da personalidade. Não obstante, há de se salientar que o comportamento adotado pelo Pretório Excelso não se coaduna com a ordem jurídica vigente, posto que a mutação constitucional não pode servir como salvo conduto para a conduta legislativa ativa que a Corte vem demonstrando.

A busca pela resposta correta, do comportamento a ser adotado por todos os operadores do direito e pela sociedade, ultrapassa e muito o simples exercício da hermenêutica normativa e aplicação do ordenamento jurídico. Isto se dá pelo fato que a delicadeza do tema acaba por trazer certa discricionariedade e viés subjetivista na análise do tema ora exposto, motivo pelo qual várias correntes doutrinárias foram concatenadas e dissecadas durante o texto. No entanto, a moral e a evolução da sociedade, da noção do certo e errado, acaba por influenciar o modo com o qual cada um avaliará o controle de constitucionalidade como mecanismo de efetivação dos direitos da personalidade.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- ADONI, André Luís. Bioética e Biodireito: Aspectos Gerais sobre a Eutanásia e o Direito à Morte Digna. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 818, p. 395-423, 2003.
- AINA, Eliane Maria Barreiros. **O Direito à Moradia nas Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- ARENDT, Hannah. **The Origin of Totalitarianism**. London: Harcourt Brace & Company, 1973.
- AUAD, Denise. A perspectiva dinâmica do constitucionalismo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 77, p. 41-61, out./dez. 2011.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 97, p. 107-125, 2002.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.
- _____. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- _____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática na doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- _____; MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida**. *Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia*, v. 38, p. 235-274, 2010.
- BEITZ, Charles R. Human Dignity in the Theory of Human Rights: Nothing but a Phrase? **Philosophy & Public Affairs**, v. 41, p. 259-290, 2013.
- BIONDO, Chaiane Amorim; SILVA, Maria Júlia Paes; SECCO, Lígia Maria Dal. Distanásia, eutanásia e ortotanásia: percepções dos enfermeiros de unidades de terapia intensiva e implicações na assistência. **Rev. Latino-Am. Enfermagem**, Ribeirão Preto, v. 17, n. 5, p. 613-619, out. 2009. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010411692009000500003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 04 mai. de 2020.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. Limitações materiais ao Poder Constituinte Originário. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 42, p. 114-143, jan./mar. 2003.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil (25 de março de 1824)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 08 jun. 2020.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 08 jun. 2020.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 08 jun. 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 jun. 2020.

_____. **Decreto n. 119-A, de 7 de janeiro de 1890**. Prohibe a intervenção da autoridade federal e dos Estados federados em materia religiosa, consagra a plena liberdade de cultos, extingue o padroado e estabelece outras providencias. de Janeiro, CLBR, 1890. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d119-a.htm. Acesso em: 20 jun. 2020.

_____. **Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890**. Promulga a lei sobre o casamento civil. Rio de Janeiro, CLBR, 1890. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D181.htm. Acesso em: 06 jun. 2020

_____. **Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D848.htm>. Acesso em: 08 jun. 2020.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Rio de Janeiro, Diário Oficial da União, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 30 nov. 2020.

_____. **Decreto nº 5.051 de 19 de Abril de 2004.** Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre povos indígenas e tribais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em 20 de dezembro de 2021.

_____. **Emenda Constitucional nº 1, (17 de outubro de 1969).** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 08. jun. 2020.

_____. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, Diário Oficial da União, 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm. Acesso em: 15. set. 2020.

_____. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989.** Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Diário Oficial da União, 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm. Acesso em: 15. set. 2020.

_____. **Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.** Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Brasília, Diário Oficial da União, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm. Acesso em: 08 jun. 2020.

_____. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, Diário Oficial da União, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso: em 07 jan. 2021.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, Diário Oficial da União, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 24 jun. 2020.

_____. **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005.** Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Brasília, Diário Oficial da União, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm. Acesso em: 24 jun. 2020.

_____. **Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.805/2016.** Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou seu representante legal. Diário Oficial da União, 2016. Disponível em: <https://sbgg.org.br/wp-content/uploads/2014/10/tratamentos-na-terminalidade-da-vida.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2020.

_____. **Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.021/1980.** Adota os fundamentos do parecer no processo CFM n.º 21/80, como interpretação autêntica dos dispositivos deontológicos referentes à recusa em permitir a transfusão de sangue, em casos de iminente perigo de vida. Diário Oficial da União, 1980. Disponível em: <https://saude.mppr.mp.br/pagina-307.html>. Acesso em: 10 jan. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.470/RJ.** Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 3.579/2001 do estado do rio de janeiro. Substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos contendo asbesto/amianto. Legitimidade ativa ad causam. Pertinência temática. Art. 103, ix, da constituição da república. Alegação de inconstitucionalidade formal por usurpação da competência da união. Inocorrência. Competência legislativa concorrente. Art. 24, v, vi e xii, e §§ 1º a 4º, da constituição da república. Convenções nº 139 e 162 da oit. Convenção de basileia sobre o controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e seu depósito. Regimes protetivos de direitos fundamentais. Inobservância. Art. 2º da lei nº 9.055/1995. Proteção insuficiente. Arts. 6º, 7º, xxii, 196 e 225 da constituição da república. Constitucionalidade material da lei fluminense nº 3.579/2001. Improcedência. Declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da lei nº 9.055/1995. Efeito vinculante e erga omnes. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria - CNTI. Requerido: Governador do Estado do Rio de Janeiro e outros. Relatora: Ministra Rosa Weber, data de julgamento: 29/11/2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749020501>. Acesso em: 20 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF.** Ação direta de inconstitucionalidade. Lei de Biossegurança. Impugnação em bloco do art. 5º da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei de Biossegurança). Pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência de violação do Direito à vida. Constitucionalidade do uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos. Descaracterização do aborto. Normas constitucionais conformadoras do Direito fundamental a uma vida digna, que passa pelo direito à saúde e ao planejamento familiar. Descabimento de utilização da técnica de interpretação conforme para aditar à lei de biossegurança controles desnecessários que implicam restrições às pesquisas e terapias por ela visadas. Improcedência total da ação. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Congresso Nacional. Relatora: Ministro Ayres Brito, data de julgamento: 29/05/2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 20 jun. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815/DF.** Ação direta de inconstitucionalidade. Arts. 20 e 21 da lei n. 10.406/2002 (código civil). Preliminar de Ilegitimidade ativa rejeitada. Requisitos legais observados. Mérito: aparente conflito entre princípios Constitucionais: liberdade de expressão, de informação, artística e cultural, independente de censura ou autorização prévia (art. 5º incs. Iv, ix, xiv; 220, §§ 1º e 2º) e Inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 5º, inc. X). Adoção de critério da Ponderação para interpretação de princípio Constitucional. Proibição de censura (estatal ou Particular). Garantia constitucional de indenização e de direito de resposta. Ação direta julgada procedente para dar interpretação conforme à constituição aos arts. 20 e 21 do código civil, sem redução de texto. Requerente: Associação Nacional dos Editores de Livros – Anel. Requerido: Presidente da República e

Presidente do Congresso Nacional. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, data de julgamento: 10/06/2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 20 jan. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206/RS**. Agravo Regimental na Reclamação. Alegação de contrariedade ao que decidido no agravo regimental na sentença estrangeira 5.206. Agravo regimental ao qual se nega provimento. Agravante: Triulzi Engineering Srl. Agravado: Décima Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, data de julgamento: 02/03/2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1091267>. Acesso em: 29 jan. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Habeas Corpus 124.306/RJ**. Direito processual penal. Habeas corpus. Prisão preventiva. Ausência dos requisitos para sua decretação. Inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre. Ordem concedida de ofício. Impetrante: Jair Leite Pereira. Autoridade Coatora: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio, data de julgamento: 09/08/2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Acesso em: 20 jan. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Reclamação Constitucional 4.335-5/AC**. Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito ultra partes da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente. Reclamante: Defensor Público-Geral Federal. Requerido: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, data de julgamento: 20/03/2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>. Acesso em: 20 jun. 2020

_____. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Recurso Extraordinário 158.215 RS**. Defesa - Devido Processo Legal - Inciso Lv Do Rol Das Garantias Constitucionais - Exame - Legislação Comum. Recorrente: Ayrton da Silva Capaverde e outros. Recorrido: Cooperativa Mista São Luiz Ltda. Relator: Ministro Marco Aurélio de Melo, data de julgamento: 30/04/1996, data de publicação: 07/06/1996. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RE_158215_RS_1278863256194.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA067SMCVA&Expires=1627516510&Signature=%2F51twg8qkiH82XATO97MfWQNYcM%3D. Acesso em: 15 nov. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Recurso Extraordinário 201.819-8/RJ**. Sociedade Civil sem fins lucrativos. União brasileira de compositores. Exclusão de sócio sem garantia da ampla defesa e do contraditório. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Recurso desprovido. Recorrente: União Brasileira de Compositores. Recorrido: Arthur Rosrigues Villarinho. Relatora: Ministra Ellen Gracie, data de julgamento: 11/10/2005. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>. Acesso em: 28 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Recurso Extraordinário nº 424.837/TO**. Tributário. Agravo regimental em recurso extraordinário. Impedimento. Nulidade. Preclusão. Matéria de ordem pública. Ausência de prequestionamento. Contribuição previdenciária. Proventos de inativos. Período anterior à emenda constitucional nº 20/1998. Possibilidade. Recorrente: Estado do Tocantins. Recorrido: Ester de Castro Nogueira Azevedo. Relator: Ministro Roberto Barroso, data de julgamento: 28/04/2015. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/attachments/STF_AGR-RE_424837_44525.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1627516858&Signature=MJOoxD9mWLheLXkpcyQckRtv444%3D. Acesso em: 27 jan. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Recurso Extraordinário nº 466.343/SP**. Prisão Civil. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência de previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, §7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso Improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro Cezar Peluso, data de julgamento: 03/12/2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 27 jan. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário nº 1.212.272**. Recurso extraordinário. 2. Direito Administrativo 3. Direito de autodeterminação confessional das testemunhas de Jeová em submeter-se a tratamento médico realizado sem transfusão de sangue. Matéria constitucional. Tema 1069. 4. Repercussão geral reconhecida. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Requerente: Malvina Lucia Vicente da Silva. Requerido: União e outros, data de julgamento: 24/10/2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752504818>. Acesso em: 15 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 10**. Publicação: 27/06/2008. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula746/false>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

CAMACHO, Wilsimara Almeida Barreto. “Infanticídio” indígena: uma perspectiva jurídico-antropológica. **Revista Estudos Políticos**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 129-147, dez. 2015.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CARPIZO, Jorge; VALADÉS, Diego. **Derechos Humanos, Aborto y Eutanasia**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. A desapropriação e o princípio da proporcionalidade. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 28, p. 117–138, abril./jun. 2008.

CAVALHEIRO, Carmela Marcuzzo do Canto. A tolerância da eutanásia nos Países Baixos e o debate no Brasil: aspectos jurídicos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 126, p. 15-36, dez. 2016.

CEDRO, Diego Petterson Brandão. **A constitucionalização do Direito civil brasileiro e sua função social**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2018.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. A pessoa natural na quarta era dos direitos: O nascituro e o embrião pré-implantatório. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, n. 32, p. 79-123, 2007.

CHRYSSIDES, George D. **Historical Dictionary of Jehovah's Witnesses**. Maryland: Scarecrow Press, 2008.

CORDEIRO, Enio. **Política indigenista brasileira e promoção internacional dos direitos das populações indígenas**. Brasília: Instituto Rio Branco, 1999.

CORWIN, Edward S. Marbury v. Madison and the Doctrine of Judicial Review. **Michigan Law Review**, v. 12, n. 7, p. 538-572, may. 1914.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradução de: Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo e dignidade da pessoa humana. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 1, n. 2, p. 260-279, 2014.

_____. **Direito administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIAS, Roberto. A dignidade da pessoa humana e o testamento vital no ordenamento constitucional brasileiro. In: BERTOLDI, Márcia Rodrigues; OLIVEIRA, Kátia Cristine Santos de (Coord.). **Direitos fundamentais em construção: estudos em homenagem ao ministro Carlos Ayres Britto**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

DURAN, Manuel Carrasco. Aborto, eutanásia, recusa e tratamento médico e reprodução assistida: interpretação constitucional e biodireito. **Jurisprudência Catarinense**, v. 114, p. 31-60, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

_____. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

_____. **Justiça para Ouriços**. Coimbra: Edições Almedina, 2011.

_____. **Religião sem Deus**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

EIBACH, Ulrich. Protection of Life and Human Dignity: The German Debate between Christian Norms and Secular Expectations. **Christian Bioethics**, v. 14, p. 58-77, 2008.

ESTEFAM, André. **Homossexualidade, prostituição e estupro**: um estudo à luz da dignidade humana. São Paulo: Saraiva, 2016.

ESTEVES, Luciana Batista. (In)Disponibilidade da vida? **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 24, p. 89-111, out./dez. 2005.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de constitucionalidade e seus efeitos**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos da Personalidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, nº 567, p. 653-667, jan. 1983.

FRANCESCHET, Júlio César. Direitos da personalidade: a indissociabilidade dos elementos morais e patrimoniais. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 20, p. 33-61, jul./set. 2019.

FRISO, Gisele de Lourdes. A Ortotanásia: uma análise a respeito do direito de morrer com dignidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 885, p. 130-153, jul. 2009.

GARCIA, Emerson. **A religião entre a pessoa humana e o Estado de Direito**. 2016. Disponível em: <<https://professoremersongarcia.jusbrasil.com.br/artigos/361910164/a-religiao-entre-a-pessoa-humana-e-o-estado-de-direito>>. Acesso em: 12 mai. de 2021.

GARCIA, Iberê Anselmo. Aspectos médicos e jurídicos da eutanásia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 15, n. 67, p. 253-275, jul./ago. 2007.

GARCIA, Maria. A inviolabilidade constitucional do direito à vida: a questão do aborto: a justiça restaurativa. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 65, p. 192-201, out./dez. 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 1: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. O processo de afirmação dos direitos fundamentais: evolução histórica, interação expansionista e perspectivas de efetivação. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 45, p. 109-140, out./dez. 2003.

GREY, William. Right to Die or Duty to Live? The Problem of Euthanasia. **Journal of Applied Philosophy**, Malden, v. 16, n. 1, p. 19-32, 1999.

HERRING, Jonathan; WALL, Jesse. The Nature and Significance of the Right to Bodily Integrity. **Cambridge Law Journal**, v. 76, n. 3, p. 1-23, 2017.

KASSIM, Puteri Nemie Jahn; ALIAS, Fadhlina. Religious, Ethical and Legal Considerations in End-of-Life Issues: Fundamental Requisites for Medical Decision Making. **Journal of Religion and Health**, v. 55, p. 119-134, jan. 2015.

KÖRTNER, Ulrich H.J. Human dignity and biomedical ethics from a Christian theological perspective. **HTS Teologiese Studies/Theological Studies**, v. 67, jul. 2011.

LEVY, Joelyn Knopf. Jehovah's Witnesses, Pregnancy, and Blood Transfusions: A Paradigm for the Autonomy Rights of All Pregnant Women. **The Journal of Law, Medicine & Ethics**, v. 27, no. 2, p. 171-180, jun. 1999.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Poder Constituinte Originário. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 727, p. 623, mai. 1996.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de informação legislativa**, v. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999.

_____. **Direito civil**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MACKELLAR, Calum. Human Dignity and Assisted Dying. **Islam and Christian – Muslim Relation**, v. 18, n. 3, p. 355-366, jul. 2007.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MARNE, Paula La. Human nature and end-of-life decisions. **Springer-Verlag**, Berlim, p. 163-167, 2005.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Fundamentos do Direito Natural à Vida. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 623, p. 27-30, set. 1987.

_____; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MATTIA, Fábio Maria de. Direitos da personalidade: aspectos gerais. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**, v. 3, p. 245-268, out. 2010.

MAY, William E. Is There a "Right" to Die? **The Linacre Quarterly**, v. 60, n. 4, p. 35-44, nov. 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de informação legislativa**, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004.

_____. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

MENEZES, Milene Barcellos de; SELLI, Lucilda; ALVES, Joseane de Souza. Dysthanasia: nursing professionals' perception. **Revista Latino-Americana de Enfermagem**, Ribeirão Preto, v. 17, n. 4, p. 443-448, aug. 2009.

MESTIERI, Luiz Henrique Mazzonetto; MENEGUETTE, Renata Ipólito; MENEGUETTE, Cícero. Estado Puerperal. **Revista da Faculdade de Ciências Médicas de Sorocaba**, Sorocaba, v. 7, n. 1, p. 5-10, 2005.

MILL, John Stuart. **On Liberty**. Auckland: The Floating Press, 2009.

MIRANDA, Jorge. Poder Constituinte. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, v. 1, p. 435-462, mai. 2011.

_____. **Teoria do Estado e da Constituição**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, v. 9, n. 29, p. 233-258, jul./dez. 2006.

MOUNTJOY, Shane. **Marbury v. Madison: Establishing Supreme Court Power**. New York: Chelsea House, 2007.

NELSON, William E. Marbury v. Madison and the Establishment of Judicial Autonomy. **Journal of Supreme Court History**, v. 27, p. 240-256, nov. 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1972.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil** – v. I. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Tradução de: Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAZ, Joseph. **Valor, respeito e apego**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: parte geral, volume I**. São Paulo: Saraiva, 2003.

RODRIGUES JR., Otávio Luiz. **Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

ROSE, Winfield H. Marbury v. Madison: How John Marshall Changed History by Misquoting the Constitution. **Political Science and Politics**, v. 36, n. 2, p. 209-214, apr. 2003.

RUSCHEL, Ruy Ruben. O Poder Constituinte e a Revolução. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 2, p. 110-116, jan./mar. 1993.

SANTORO, Luciano Freitas. **Morte Digna: O Direito do Paciente Terminal**. Curitiba: Juruá, 2010.

SANTOS, Natália de França. **O infanticídio indígena no Brasil: o universalismo dos direitos humanos em face do relativismo cultural**. 2011. Disponível em: <https://www.derechocambiosocial.com/revista025/infanticidio_y_derechos_humanos.pdf>. Acesso em: 15 de dez. de 2021.

SANTOS, Lycurgo de Castro. Direito Penal e o aborto. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 712, p. 347-357, fev. 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 224, p. 95-116, abr./jun. 2001.

_____. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SENSEN, Oliver. Kant's Conception of Human Dignity. **Kant Studien**, v. 100, p. 309-331, sep. 2009.

SILVA, Ênio Moares da. O Estado democrático de direito. **Revista de informação legislativa**, v. 42, n. 167, p. 213-229, jul./set. 2005.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

_____. **Comentários contextual à Constituição**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: os Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SINGELENBERG, Richard. The blood transfusion taboo of Jehovah's Witnesses: Origin, development and function of a controversial doctrine. **Social Science & Medicine**, v. 31, p. 515-523, 1990.

SIQUEIRA, Geraldo Batista de. Aborto humanitário: autorização judicial. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 675, p. 299-303, jan. 1992.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SZANIAWSKI, Elimar. Direitos da personalidade na antiga Roma. **Doutrinas essenciais de Direito Civil**, v. 3, p. 197-214, out. 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TAKASCHIMA, AKK, *et al.* Dever ético e legal do anestesiológista frente ao paciente testemunha de Jeová: protocolo de atendimento. **Rev. Bras. Anesthesiol**, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 177, p. 29-49, jul./set. 1989.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

VALDÉS, Joaquim Arce Flores. **El Derecho Civil Constitucional**. Madrid: Ed. Cuadernos Civitas, 1991.

VALENTINI, Laura. Dignity and Human Rights: A Reconceptualisation. **Oxford Journal of Legal Studies**, p. 1-24, 2017.

VAN BRUSSEL, Leen; CARPENTIER, Nico. The discursive construction of the good death and the dying person. **Journal of Language and Politics**, v. 11:4, p. 479-499, 2012.

VELLEMAN, J. David. Against the Right to Die. **The Journal of Medicine and Philosophy**, v. 17, p. 665-681, 1992.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

WILKINSON, Stephen; GARRARD, Eve. Bodily Integrity and the Sale of Human Organs. **Journal of Medical Ethics**, v. 22, n. 6, p. 334-339, dec. 1996.