



DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
“LUÍS DE CAMÕES”

RENÚNCIA A DIREITO FUNDAMENTAL
Reflexões sobre o fim da vida humana

Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: Rodrigo Corrêa Amaro

Orientadora: Doutora Bárbara Natália Lages Lobo

Número do Candidato: 30002204

Fevereiro de 2022

Lisboa

À minha inestimável esposa e aos amores da nossa vida: nossos filhos.

Ao meu pai, meu eterno melhor amigo (*in memoriam*).

AGRADECIMENTOS

Ao prestar agradecimentos constantemente corremos o risco de um inevitável, mas sempre possível, embaraço diante da possibilidade de esquecimento de alguém que tenha, ao longo da caminhada, contribuído de um modo especial para o nosso êxito.

Mas há momentos em que temos de correr riscos para que, precisamente, e com o perdão do pleonismo, não corramos o risco maior de praticar uma completa injustiça.

Se agradecer é demonstrar o justo sentimento de gratidão, mostra-se impossível, neste momento, não reconhecer aquela pessoa que todos os dias esteve ao nosso lado, incentivando-nos a perseverar e de tudo cuidando para que longos momentos de reflexão e estudo pudessem ser alcançados, ainda que à custa de uma ausência que, cuidadosamente, sempre por ela restou suprida com muito amor e dedicação. Por isso, e em primeiro lugar, registro o agradecimento à minha amada esposa.

Agradeço, igualmente, cada sorriso recebido dos meus preciosos filhos, João Pedro, Maria Antonella e Maria Luíza, pois, mesmo que ainda não saibam, são e sempre serão as maiores inspirações da minha vida.

Da mesma forma, expresso minha gratidão aos docentes da Universidade Autónoma de Lisboa *Luís de Camões* com quem mantive contacto durante as aulas do curso de mestrado, sobretudo às pequenas, mas imprescindíveis, conversas travadas com o Professor Doutor Pedro Trovão do Rosário, as quais foram fundamentais para o amadurecimento de algumas ideias hoje trabalhadas na presente dissertação.

Ainda, um distinto e justo agradecimento à minha orientadora, Doutora Bárbara Natália Lages Lobo, que desde o início dispensou imenso apoio ao tema e, muito especialmente, depositou-me enorme confiança, orientando-me de forma singular e dando-me a liberdade e a tranquilidade necessárias ao completo desenvolvimento do trabalho.

Por fim, justamente porque tudo Nele se ancora, a Deus!

RESUMO

O presente trabalho abordou o instituto da renúncia a direitos fundamentais, ao final trazendo breves reflexões sobre o direito à vida, em sua fase terminal. Inicialmente, foram percorridas algumas noções preliminares, mas sempre essenciais, ao correto estudo dos direitos fundamentais, passando-se à abordagem do tema da renúncia conjuntamente com as necessárias diferenciações quanto aos institutos afins, como a perda, a suspensão e o não-exercício para, logo após, ingressar precisamente no estudo dos pressupostos de admissibilidade da renúncia, divididos em dois grupos: os pressupostos subjetivos, neles compreendidos a capacidade, a titularidade e a declaração de vontade, e os pressupostos objetivos, a saber, revogabilidade, temporalidade, parcialidade e benefício legítimo. Igualmente, por se revelar de suma importância à própria renúncia enquanto autorrestrição, não se deixou de lado a análise quanto aos limites e mecanismos de controlo das restrições a direitos fundamentais, incluindo-se nessa análise noções sobre regras e princípios, dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, proporcionalidade e seus subprincípios, proibição de excesso e de déficit, proteção do núcleo essencial e paternalismo jurídico. Por fim, foram realizadas reflexões sobre o instituto da morte assistida, naquilo que respeita à eutanásia direta, e a possibilidade, dentro desse contexto, de uma efetiva renúncia ao direito à vida.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Renúncia. Dignidade da pessoa humana. Direito à vida.

ABSTRACT

This paper has addressed the waiver of fundamental rights and, at its end, bringing brief reflections on the right to life in its terminal phase. Initially, some preliminary and necessary notions were covered to allow the correct study of fundamental rights, moving on to approach the subject of waiver together with the necessary differentiations regarding the related institutes, such as loss, suspension and non-exercise and, right after, it will enter precisely into the study of the assumptions for the admissibility of waiver, divided in two groups: the subjective assumptions, which includes capacity, ownership and declaration of will, and the objective assumptions, namely, revocability, temporality, partiality and legitimate benefit. Likewise, as the waiver itself as a self-restriction is of utmost importance, the analysis of the limits and control mechanisms of the restrictions on fundamental rights was not left aside, including in this analysis notions on rules and principles, human dignity, free development of the personality, proportionality and its sub-principles, prohibition of excess and deficit, protection of the essential core and legal paternalism. Finally, reflections were made on the institute of assisted death, in what concerns to the direct euthanasia, and the possibility, within this context, of an effective waiver of the right to life.

Keywords: Fundamental Rights. Waiver. Dignity of the human person. Right to life.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. DIREITOS FUNDAMENTAIS: ÂMBITO DE PROTEÇÃO E RESTRIÇÃO	10
1.1. Direitos fundamentais: noções preliminares	10
1.1.1. Conceito de direitos fundamentais.....	10
1.1.2. Funções dos direitos fundamentais	14
1.1.3. Dimensões objetiva e subjetiva.....	19
1.1.4. Eficácia horizontal e vertical	20
1.1.5. Matriz dos direitos fundamentais.....	22
1.1.6. Características dos direitos fundamentais.....	24
1.2. Proteção e restrições a direitos fundamentais	27
1.2.1. Âmbito de proteção e concretização.....	27
1.2.2. Restrições a direitos fundamentais	29
1.2.3. Restrições diretamente constitucionais e indiretamente constitucionais	31
1.2.3.1. Restrição legal simples e restrição legal qualificada.....	33
1.2.3.2. Restrições constitucionais excepcionais ou casuísticas.....	35
1.2.4. Direitos sem previsão de reserva legal e o direito de colisão.....	36
2. RENÚNCIA A DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS PRESSUPOSTOS	38
2.1. A renunciabilidade dos direitos fundamentais	38
2.1.1. Renúncia a direitos fundamentais e institutos afins.....	38
2.1.1.1. Colisão e concorrência de direitos fundamentais.....	41
2.1.2. Dimensões e modalidades de renúncia	43
2.2. Pressupostos à admissibilidade da renúncia a direitos fundamentais.....	44
2.2.1. Por que estabelecer pressupostos à renúncia?	44
2.2.2. Pressupostos subjetivos à renúncia.....	45
2.2.2.1. Capacidade e titularidade.....	45
2.2.2.2. Direitos de terceiros.....	48
2.2.2.3. Declaração de vontade.....	49
2.2.2.4. Manifestação livre	50
2.2.3. Pressupostos objetivos à renúncia	51
2.2.3.1. Revogabilidade.....	51
2.2.3.2. Temporalidade e parcialidade	54
2.2.3.3. Benefício legítimo	55

2.2.4. A questão da reserva de lei à renúncia.....	57
3. LIMITES E MECANISMOS DE CONTROLO À RENÚNCIA	60
3.1. Distinção entre regras e princípios	60
3.1.1. Norma-princípio e norma-regra de <i>status</i> constitucional.....	64
3.2. A dignidade humana e o livre desenvolvimento da personalidade.....	66
3.2.1. A proporcionalidade e seus subprincípios ou vetores específicos.....	73
3.3. Salvaguarda ou proteção do núcleo essencial.....	77
3.3.1. O paternalismo jurídico e a possibilidade de renúncia	80
4. RENÚNCIA E DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA	86
4.1. Reflexões sobre o fim da vida humana: a eutanásia	90
4.1.1. Eutanásia e institutos afins	92
4.1.1.1. Delimitação necessária ao tema	96
4.1.2. A insuficiência do embate clássico: vida <i>versus</i> dignidade humana	101
4.1.3. A análise frente aos pressupostos de admissibilidade à renúncia.....	120
4.1.3.1. Capacidade e titularidade.....	121
4.1.3.2. Declaração de vontade livre.....	124
4.1.3.3. Benefício legítimo	134
4.1.3.4. Revogabilidade, temporalidade e parcialidade	140
4.2. À guisa de reflexão	144
CONCLUSÃO	148
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	152

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais, por serem considerados imprescindíveis ao próprio resguardo de uma vida baseada na dignidade da pessoa humana, calcada num mínimo vital que assegure a cada indivíduo uma existência livre, justa e igualitária, por muito tempo foram considerados como direitos irrenunciáveis, sobre os quais, então, classicamente prevalecia o entendimento de que poderiam, tão-somente, não ser exercidos.

Esse entendimento, contudo, atualmente não mais possui idêntica força. A renúncia está presente na rotina social e ocorre sempre que alguém, voluntariamente, realiza uma escolha que, por si só, acaba por acarretar uma redução ou enfraquecimento a um direito seu, ou, de outra forma, uma ampliação ou alargamento da margem de interferência de terceiros sobre interesses constitucionalmente protegidos que igualmente lhe pertençam.

Renunciar a um direito significa dele abdicar, comumente visando à obtenção de alguma vantagem ou benefício, possibilidade essa que traduz tema ainda bastante espinhoso e que, além de não encontrar um consenso, frequentemente é abordado apenas de forma tangencial por parte da doutrina, sem maiores rigores ou aprofundamentos jurídicos.

Trata-se de questão conflituosa e que ainda não se encontra bem resolvida pelo direito constitucional, especialmente porque, essencialmente, o pano de fundo traz à tona o problema de saber se a vontade renunciatória do titular do direito deverá sempre prevalecer ou, de outra forma, se esta poderá ser objeto de controle e assim sofrer certas ingerências disciplinadas pelo poder público. Isto é, saber até que ponto a liberdade e o direito ao exercício da personalidade podem legitimar as escolhas pessoais ou, de outro modo, se seria justificável o uso do paternalismo jurídico para proteger o cidadão, contra si mesmo, em casos mais drásticos.

Nesse contexto de condutas extremas, ganha destaque a chamada morte medicamente assistida, mostrando-se oportuno submetê-la a análise do instituto da renúncia, mas não sem antes percorrer algumas noções básicas pertinentes aos direitos fundamentais, especialmente no que diz respeito aos pressupostos de admissibilidade de uma renúncia, seus limites e respectivos mecanismos constitucionais de controle, sem os quais passaríamos a navegar à deriva, sem qualquer direção, sem saber em que exatamente se agarrar.

E a morte medicamente assistida, mais especificamente naquilo que se entende por uma eutanásia direta, muito embora não possa ser considerada um tema novo, ainda evidencia que o debate sobre o direito à vida e a possibilidade de sua renúncia está longe de se tornar obsoleto ou sem qualquer finalidade prática.

Recentemente, professores¹ de Direito Público emitiram nota pública pela inconstitucionalidade de projetos que nesse sentido haviam sido aprovados pela Assembleia da República, porque, segundo eles, violariam “em termos flagrantes, o primeiro dos direitos fundamentais do ser humano – o direito à vida – e a garantia da sua inviolabilidade”², opinião que, no entanto, não se apresenta de forma unânime, sendo por outros afirmado que o direito à vida não significa um dever, uma obrigação de viver sob qualquer circunstância, sendo, por isso, mais apropriada a defesa intransigente da liberdade e da autonomia das pessoas, ainda que escolham e assim se decidam por uma morte digna³. Também recentemente, convocado à manifestação e fiscalização preventiva, o Tribunal Constitucional de Portugal acabou por se pronunciar pela inconstitucionalidade do diploma legislativo que havia regulado o instituto da eutanásia enquanto antecipação da morte medicamente assistida – Decreto n.º 109/XIV –, com fundamento na violação do princípio da determinabilidade da lei, enquanto corolário dos princípios do estado de direito democrático e da reserva de lei parlamentar, por referência à inviolabilidade da vida humana⁴. A questão, pois, parece estar longe de encontrar pacificação, especialmente porque a referida declaração de inconstitucionalidade, por não abarcar o direito à eutanásia em si, poderá ser novamente apreciada pela Assembleia da República.

O que se pretende, no entanto, e em última instância, é ultrapassar a análise, sempre necessária, da ponderação de pesos que comumente é dispensada aos argumentos e contra-argumentos – direito à vida de um lado, e dignidade da pessoa humana de outro – que envolvem a questão, alcançando um estudo mais completo – e mais apropriado, assim julgamos – com a submissão da morte medicamente assistida aos respetivos pressupostos de admissibilidade e validade constitucionais de uma renúncia a direitos fundamentais.

¹ António Cândido de Oliveira, Carlos Blanco de Moraes, Fausto Quadros, Fernando Alves Correia, Jónatas Machado, Jorge Bacelar Gouveia, Jorge Miranda, José Manuel Sérulo Correia, Luís Felipe Colaço Antunes, Manuel Afonso Vaz, Maria da Glória Garcia, Maria João Estorninho, Paulo Otero e Vasco Pereira da Silva.

² NOVAIS, Vera. **Professores de Direito Público dizem que projetos de lei sobre eutanásia violam Constituição** [Em linha]. Observador, 15 de junho de 2020 [Consult. 01 Ago. 2020]. Disponível em <https://observador.pt/2020/06/15/professores-de-direito-publico-dizem-que-projetos-de-lei-sobre-eutanasia-violam-constituicao-portuguesa/>.

³ MOREIRA, Vital. **Praça da República (32): Invocar a Constituição em vão** [Em linha]. Causa Nossa [Consult. 01 Ago. 2020]. Disponível em <https://causa-nossa.blogspot.com/2020/06/praca-da-republica-32-invocar.html>.

⁴ TRIBUNAL Constitucional de Portugal – **Acórdão n.º 123/2021** [Em linha]. Processo n.º 173/2021. Plenário. Relator: Conselheiro Pedro Machete (Conselheira Maria José Rangel de Mesquita). [Consult. 20 out. 2021]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210123.html>.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS: ÂMBITO DE PROTEÇÃO E RESTRIÇÃO

1.1. Direitos fundamentais: noções preliminares

1.1.1. Conceito de direitos fundamentais

Em poucas palavras, poder-se-ia afirmar que fundamentais⁵ são todos os direitos que, considerados essenciais às pessoas, encontram-se plasmados no ordenamento constitucional, ainda que os “seus conteúdos não se distanciem de forma estanque daqueles apresentados como direitos humanos e que aparecem cada vez mais em documentos internacionais”⁶.

Seriam, portanto, aqueles tidos como imprescindíveis ao próprio resguardo de uma vida baseada na dignidade e calcada num mínimo vital que assegure uma existência livre e igualitária. Nesse sentido, Jorge Bacelar Gouveia define direitos fundamentais como sendo as “posições jurídicas activas das pessoas integradas no Estado-Sociedade, exercidas por contraposição ao Estado-Poder, positivadas no texto constitucional”⁷. Em linha semelhante caminha George Marmelstein, afirmando que os direitos fundamentais “são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico”⁸.

Nesse quadro, interessante é o conceito de Luigi Ferrajoli, o qual, em suas próprias palavras, propugna uma definição meramente formal ou estrutural, concebendo como fundamentais “todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a ‘todos’ os

⁵ Com certa frequência se verifica a utilização das expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos” como sinônimas, o que não guarda estreito compromisso com a melhor doutrina. Por todos, registramos aqui a lição de José Joaquim Gomes Canotilho: “direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**, 7 ed., 20ª reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2003, 1522p. ISBN 978-972-40-2106-5, p. 393). Assim, tais expressões – “direitos fundamentais” e “direitos humanos” –, embora não se distanciem propriamente em conteúdo, haja vista que não raro se verificam direitos positivados de forma idêntica ou semelhante em tratados internacionais e também nos ordenamentos constitucionais de diversos países, afastam-se quanto à forma. Aquela expressão é reservada ao plano externo, aos diplomas internacionais, enquanto esta última pertence e compõe o ordenamento jurídico interno.

⁶ CARVALHO, Osvaldo Ferreira – **Restrições aos direitos fundamentais no estado constitucional**. Curitiba: Juruá, 2019, 474p. ISBN 978-85-362-8884-0, p. 158.

⁷ GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Manual de direito constitucional** – Vol. 2, 4 ed. Coimbra: Almedina, 2011, 1571p. ISBN 978-972-40-4681-5, p. 1031.

⁸ MARMELSTEIN, George – **Curso de direitos fundamentais**, 8 ed. São Paulo: Atlas, 2019, 552p. ISBN 978-85-97-01941-4, p. 18.

seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir”⁹, sendo prescindível, para tanto, a análise da natureza dos interesses e das necessidades tuteladas com o seu reconhecimento enquanto direitos fundamentais; indispensável seria ater-se “unicamente sobre o caráter universal da sua imputação”¹⁰, haja vista que a sua definição “não nos diz ‘quais são’, ou ‘quais deveriam ser’ ou ‘quais e em que medida são de fato garantidos’, mas somente ‘o que são’ os direitos fundamentais”¹¹.

Como se vê, a *universalidade* é o traço estrutural marcante do seu conceito, aproximando-o do entendimento de que a fundamentalidade de um direito se dá essencialmente pelo seu conteúdo, de modo totalmente desvinculado da respetiva forma, uma vez que a sua definição, assim afirma o autor italiano, “prescinde da circunstância de fato de que nesse ou naquele ordenamento tais direitos sejam ou não formulados em cartas constitucionais ou em leis fundamentais e, por assim dizer, do fato de que eles sejam (*ou não*) enunciados em normas de direito positivo”¹². Para Ferrajoli, portanto, a universalidade que marca e caracteriza um direito fundamental poderia até mesmo prescindir da respetiva positivação normativa, ainda que realizada no plano meramente infraconstitucional¹³.

E é nesse ponto específico que reside certa crítica, porquanto a positivação no plano constitucional – ainda que indiretamente¹⁴ – é, via de regra, e na generalidade da doutrina, elemento da própria definição de direito fundamental¹⁵. De fato, não se poderia conceber que um direito extremamente relevante e considerado essencial não esteja revestido de supremacia hierárquica ou que possa ser alterado sem a observância dos ritos impostos pela rigidez constitucional, razão pela qual “devem ser definidos com base em sua força formal decorrente da maneira de sua positivação, deixando de lado considerações sobre o maior ou menor valor

⁹ FERRAJOLI, Luigi – **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**, 1 ed., 3 tiragem. Tradução: Alexandre Salim *et al.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, 122p. ISBN 978-85-7348-726-8, p. 9.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi – **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**, 1 ed., 3 tiragem. Tradução: Alexandre Salim *et al.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, 122p. ISBN 978-85-7348-726-8, p. 10.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi – **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**, 1 ed., 3 tiragem. Tradução: Alexandre Salim *et al.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, 122p. ISBN 978-85-7348-726-8, p. 93.

¹² FERRAJOLI, Luigi – **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**, 1 ed., 3 tiragem. Tradução: Alexandre Salim *et al.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, 122p. ISBN 978-85-7348-726-8, p. 09.

¹³ Muito embora o próprio autor também acabe por afirmar que, em princípio, a “previsão de tais direitos por parte do direito positivo de um determinado ordenamento é, de alguma maneira, condição da sua existência ou vigor naquele ordenamento, mas não incide sobre o significado do conceito de direitos fundamentais.” (FERRAJOLI, Luigi – **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**, 1 ed., 3 tiragem. Tradução: Alexandre Salim *et al.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, 122p. ISBN 978-85-7348-726-8, p. 10).

¹⁴ Nesse sentido, a previsão do princípio de não-tipicidade ou de cláusula aberta contida no n.º 1 do artigo 16º da Constituição da República Portuguesa, segundo o qual os direitos fundamentais insertos no catálogo constitucional não excluem outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.

¹⁵ CARVALHO, Osvaldo Ferreira – **Restrições aos direitos fundamentais no estado constitucional**. Curitiba: Juruá, 2019, 474p. ISBN 978-85-362-8884-0, p. 161.

moral de certos direitos”¹⁶. Por outro lado, como também nos lembra José Adércio Leite Sampaio, nessa ordem de ideias propostas por Ferrajoli, se “um direito trivial ou fútil, como o direito a ser saudado na rua pelos conhecidos ou o direito a fumar, for estabelecido como de ‘todos’, universalmente considerado, será reputado como fundamental”¹⁷.

Por tais motivos, há quem afirme – e não sem razão – não ser tarefa fácil estabelecer um conceito exato e absoluto de direitos fundamentais, haja vista que, muitas vezes, “o pressuposto teórico que fica como pano de fundo de quem se compromete nessa empreitada fica sem elucidação. A consequência direta disso é que o conceito acaba ficando preenchido de uma imprecisão dogmática ou, na pior das hipóteses, temos uma repetição estéril de características sem que saibamos o porquê de suas exigências”¹⁸.

Com efeito, muitos são os pressupostos teóricos ou concepções filosófico-jurídicas que tentam justificar, digamos assim, a razão de ser dos direitos fundamentais.

Para os jusnaturalistas, os direitos fundamentais refletiriam direitos naturais dos seres humanos, inatos e anteriores à vontade do próprio Estado – a Constituição não criaria, mas apenas reconheceria esses direitos –, enquanto para os positivistas, seriam faculdades outorgadas pela lei ou texto constitucional. Por outro lado, para as concepções idealistas, os direitos fundamentais seriam princípios abstratos, ideais que se projetam no tempo e que acabam pelo processo histórico sendo acolhidas, o que já não reflete o pensamento dos realistas, para quem seriam a consequência de lutas políticas, económicas e sociais. Por fim também se destacam as correntes subjetivistas e objetivistas. Para estas, os direitos seriam vistos como realidades ou valores objetivamente identificáveis. Para aquelas, seriam manifestações particularizadas do indivíduo, calcadas exclusivamente na autonomia da vontade humana.

A verdade é que a dificuldade de unificação dessas correntes acaba por trazer à tona o questionamento quanto à própria utilidade do estudo de tais embasamentos filosóficos, mesmo porque seria inegável admitir, mesmo diante da aparente – por vezes, concreta – situação excludente mantida entre muitos, que também exista, por outro lado, uma certa e contraditória complementaridade entre tais embasamentos.

Assim é que a própria diversidade de direitos fundamentais aponta para a inconveniência de se concentrar os esforços na busca de uma base única e inflexível, sendo

¹⁶ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo – **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, 330p. ISBN 978-65-5065-243-2, p. 24.

¹⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite – **Direitos fundamentais: retórica e historicidade**, 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, 448p. ISBN 978-85-384-0109-4, p. 26.

¹⁸ FERNANDES, Bernardo Gonçalves – **Curso de direito constitucional**, 12 ed. Salvador: JusPodvim, 2020, 2208p. ISBN 978-85-442-3469-3, p. 360

mais salutar aferir os motivos pelos quais são elevados à categoria de fundamental. Afinal, não basta que “um direito encontre bons motivos filosóficos, aceitos no momento, para ser positivado; é indispensável, ainda, o concurso de condições sociais e históricas favoráveis para que se incorpore aos estatutos vinculantes”¹⁹. Não se pode olvidar, *v.g.*, que os direitos à vida e à liberdade possam ser encarados como inatos, anteriores e até mesmo superiores à vontade do Estado. No entanto, ao longo dos tempos necessitaram ser positivados para que verdadeiramente fossem garantidas, de modo efetivo, as suas respectivas proteções. Por outro lado, ideais hoje considerados abstratos podem futuramente se projetar no processo histórico e se materializar por meio de reivindicações sociais e políticas. Aliás, do ponto de vista histórico-constitucional, os direitos fundamentais apresentam uma especial proximidade com a política, pois foram conquistados e ainda hoje permanecem sendo – em certo grau e medida – politicamente interpretados e aplicados²⁰; refletem, invariavelmente, uma aquisição evolutiva implementada por meio de acontecimentos histórico-políticos, ainda que se possa neles identificar um fundo embrionário mais tendente ou vinculado ao lado social ou económico a desencadear os mais diversos focos de lutas ou revoluções.

E ainda que possam ser vistos como uma realidade objetivamente identificável – como o próprio direito à vida –, sobre os direitos fundamentais sempre incidirão variáveis e interferências provenientes da autonomia da vontade humana, tal como se dá com o tema da renúncia sobre o qual pretendemos refletir com mais vagar no decorrer deste trabalho.

De todo o modo, impõe-se registrar que a abordagem do tema direitos fundamentais significa reconhecer a existência de três elementos constitutivos básicos: o indivíduo, o Estado e o texto normativo. O primeiro, porque falar em direito fundamental pressupõe conceber a pessoa enquanto ser moral, independente e autónoma. O segundo, porque é justamente contra o Estado-Poder, ou ao menos por seu intermédio, que poderão ser exercidos os direitos. E o terceiro, porque o papel regulador entre os dois primeiros é indubitavelmente desempenhado pela Constituição, que declara e garante – enfim, normatiza – determinados direitos e os elenca como sendo fundamentais, viabilizando ao particular, primeiramente, conhecê-los e, conseqüentemente, exercê-los sem interferências, assim vinculando o Estado a determinadas regras que impeçam o cerceamento injustificado da sua liberdade individual²¹.

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de direito constitucional**, 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, 1662p. ISBN 978-85-53602-87-2, p. 139.

²⁰ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard – **Direitos fundamentais**. Tradução: António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, 578p. ISBN 978-85-02-13036-4, p. 29

²¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo – **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, 330p. ISBN 978-65-5065-243-2, p. 24.

A mesma lição nos é dada por Jorge Bacelar Gouveia, para quem, no entanto, merecem ser chamados de elemento subjetivo, elemento objetivo e elemento formal. Quanto ao subjetivo, destaca que os direitos fundamentais, em “sua génese, evolução e função, não se explicam senão num contexto dicotómico entre o Poder e a Sociedade, devendo por isso ser titulados por pessoas que se integram na Sociedade e em relação ao Poder se possam contrapor”²². O elemento objetivo reflete o conjunto de vantagens outorgados em favor dos titulares, inerente aos objetos e conteúdos protegidos por cada direito fundamental, enquanto o elemento formal evidencia a necessidade de os direitos se consagrarem e se positivarem em nível máximo, ou seja, no bojo da própria Constituição, assim acabando por traduzir, em última análise, a chamada constitucionalização – fundamentalidade formal – dos respetivos direitos subjetivos, ou seja, a incorporação e materialização dessas faculdades em normas constitucionais que, dessa forma, acabam por subtrair do legislador ordinário o poder de reconhecimento ou de disponibilidade²³, garantindo-lhes, então, rigidez constitucional e supremacia hierárquica.

Apresenta-se, enfim, diante da sua importância e essencialidade, perceptível que “os valores mais caros da existência humana merecem estar resguardados em documento público com força vinculativa máxima, indene às maiorias ocasionais formadas na efervescência de momentos adversos ao respeito devido ao homem”²⁴.

1.1.2. Funções dos direitos fundamentais

O direito fundamental desempenha variadas funções dentro do ordenamento jurídico, porquanto, considerado em sua completude e complexidade estrutural, é como “um feixe de faculdades ou poderes de tipo diferente e diverso alcance, apontados em direcções distintas”²⁵, sendo clássica a abordagem da chamada teoria dos *Status* de Jellinek, dividida em *status* negativo, *status* positivo, *status* ativo e, por fim, *status* passivo.

Antes, porém, merece ser consignado o alerta feito por Robert Alexy. É de suma importância compreender que o termo *status*, para Georg Jellinek, significa alguma forma de relacionamento com o Estado que acaba por qualificar o indivíduo e, portanto, o “status deve

²² GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Manual de direito constitucional** – Vol. 2, 4 ed. Coimbra: Almedina, 2011, 1571p. ISBN 978-972-40-4681-5, p. 1032.

²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**, 7 ed., 20ª reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2003, 1522p. ISBN 978-972-40-2106-5, p. 378.

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de direito constitucional**, 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, 1662p. ISBN 978-85-53602-87-2, p. 135.

²⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de – **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 6 ed. Coimbra: Edições Almedina, 2019, 387p. ISBN 978-972-40-7922-6, p. 159.

ser uma *situação*, e, como tal, diferenciar-se de um direito. Isso porque o status, na forma como Jellinek o expressa, tem como conteúdo o ‘ser’ e não o ‘ter’ jurídico da pessoa”²⁶. É, em outras palavras, a posição – e não o direito em si – que o particular ocupa frente ao Poder Público.

O *status* negativo ou *libertatis* pode ser definido, como o próprio nome sugere, como sendo o estado de liberdade em face do poder público, em que o indivíduo pode reger sua vida e seus relacionamentos particulares de forma independente – esfera individual de liberdade – e sem a interferência do Estado, englobando aquilo que não é obrigatório ou tampouco proibido. Esse mesmo *status* acaba, assim, por outorgar ao indivíduo o direito de exigir a abstenção de ingerências ou limitações que surjam ou estejam na iminência de ocorrer; trata-se daquilo que se convencionou denominar de direito ao não-embaraço, ou seja, direito de defesa do qual exsurge a pretensão de resistência à intervenção do Estado. É dizer, outorga à pessoa a pretensão de exigir uma atuação negativa das autoridades, uma abstenção proibitiva quanto à imposição de quaisquer determinações ou atos coativos não legalmente fundamentados.

O *status* positivo ou *civitatis*, por outro lado, traduzir-se-ia naquelas hipóteses em que o indivíduo possui o direito de exigir do Estado uma atuação positiva: a realização de um fazer, de uma prestação de algo que, de algum modo, venha a lhe beneficiar ou favorecer.

Nesse sentido, e dado que, não só no aspecto positivo, mas também no negativo, possui a pessoa direito a exigir algo do Estado, este *status* acaba por manter, em certa medida, uma estreita relação com aquele primeiro. É que o *status* negativo protege a liberdade individual pela pretensão ao seu reconhecimento e a consequente proibição de que as autoridades estatais perturbem o cidadão, pretensão essa que, no entanto, pertence “como qualquer outra, a uma determinada conduta estatal, [*pretensão*] ao *status* positivo do indivíduo”²⁷; ao “contrário do que por vezes apressadamente se conclui, os direitos de defesa não se traduzem apenas em faculdades de impedir, implicam também, no caso de violação, o direito e o dever de suspensão das eventuais intromissões ilegítimas, bem como o direito e o dever de reposição da situação anterior ou de eliminação das consequências já verificadas de tais intromissões ou ofensas”²⁸.

Não obstante, se acabam por se aproximar na forma – outorga-se o direito à pretensão de exigir algo –, distanciam-se quanto ao conteúdo. No *status libertatis*, a pretensão possui um caráter fundamentalmente negativo, ou seja, de abstenção de condutas estatais. No *status*

²⁶ ALEXY, Robert – **Teoria dos direitos fundamentais**, 5 ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, 669p. ISBN 978-85-7420-872-5, p. 255.

²⁷ JELLINEK, George *apud* ALEXY, Robert – **Teoria dos direitos fundamentais**, 5 ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, 669 p. ISBN 978-85-7420-872-5, p. 260.

²⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de – **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 6 ed. Coimbra: Edições Almedina, 2019, 387p. ISBN 978-972-40-7922-6, p. 164-5.

civitatis, a pretensão do indivíduo possui um traço eminentemente positivo, qual seja, de exigência de uma prestação de alguma conduta – obrigação de fazer, de dar – do Estado. Afinal, e ainda como critério de diferenciação, vale observar que, se o *status* negativo traduz uma liberdade sem a presença das autoridades, o positivo “é o estado em que o particular *não pode ter sua liberdade sem o Estado*”²⁹; neste último, a pessoa depende das autoridades para a criação das condições necessárias e da consequente conservação da sua existência livre.

Já o *status* ativo ou de cidadania ativa, por seu turno, é aquele em que é assegurado à pessoa o direito de participação, enquanto cidadão, nos rumos e na formação da vontade do Estado, tendo a possibilidade de contribuir e de exercer direitos cívico-políticos. Esse *status*, costuma-se afirmar, dá-se por meio do gerenciamento de competências, haja vista ser necessário que a norma outorgue determinada aptidão ou legitimidade ao indivíduo, aqui entendida como uma capacidade que esteja além da sua liberdade natural³⁰, tal como no direito ao voto.

Há, por fim, o chamado *status* passivo ou *subiectionis*. Nesse, o indivíduo se encontra submetido a um conjunto de regramentos, assim ficando subordinado aos poderes públicos; mantém-se, portanto, em um estado de passividade ou sujeição frente às autoridades. E é por essa razão que a sua alocação como verdadeiro *status* dentro da teoria de Jellinek³¹ se mostra

²⁹ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard – **Direitos fundamentais**. Tradução: António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, 578p. ISBN 978-85-02-13036-4, p. 63.

³⁰ ALEXY, Robert – **Teoria dos direitos fundamentais**, 5 ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, 669p. ISBN 978-85-7420-872-5, p. 268.

³¹ Essa teoria, ainda hoje, mantém sua atualidade e utilidade para estudo dos direitos fundamentais, inclusive figurando como base para o surgimento de outras teorias, como aquela que acaba por dividir as suas funções em direitos de defesa e em direitos à prestação, muito embora receba críticas, como, v.g., estar demasiadamente ancorada em uma perspectiva analítica dos direitos fundamentais sob a ótica do Estado que, hodiernamente, tende a ter a sua centralidade relativizada, especialmente quando se fala em eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Da mesma forma, lembra Robert Alexy a crítica feita por Konrad Hesse e por Peter Häberle. Para o primeiro, o carácter puramente formal do *status negativo* não tomaria por base o cidadão da vida real e nem refletiria as relações concretas e específicas da vida, por isso sendo formalista e abstrata demais. Já para Häberle, os diferentes *status* estariam “isolados e estanques lado-a-lado em um modo de pensar espacial”, faltando-lhe, portanto, mediação e integração. Não obstante, em defesa da teoria dos *status* de Jellinek, a qual considera como um exemplo formidável de construção teórico-analítica no âmbito dos direitos fundamentais, Alexy assevera: “Com esses comentários, aos quais seria possível adicionar vários outros, foram introduzidos os principais tópicos de uma crítica geral ao carácter formal da teoria dos *status* de Jellinek. São eles: formalismo, abstração, espacialização, indivíduo isolado, obsoletismo. As contrapartes são: realidade, concretude, mediação, comunidade/sociedade, atualidade. Essa contraposição demonstra que, em última instância, trata-se da velha oposição entre teorias formais e teorias materiais. Mas com essa qualificação do problema já está implícito que a polémica fundamental acerca da teoria (formal) dos *status* não é uma questão de verdadeiro ou falso, mas de relevância ou irrelevância. Se as normas jurídicas regulam a relação entre o indivíduo e o Estado, então, isso somente pode ocorrer se determinadas condutas, individuais ou estatais, forem obrigatórias, proibidas ou facultadas e se ao indivíduo forem concedidos determinados direitos a algo e determinadas competências. Se isso ocorre, é possível fazer abstrações sobre classes de obrigações e proibições, de faculdades, de direitos a algo e de competências. Mas se assim é, então, é possível falar em quatro *status*. As qualificações das posições jurídicas dos cidadãos assim realizadas têm um carácter puramente analítico.” (ALEXY, Robert – **Teoria dos direitos fundamentais**, 5 ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, 669p. ISBN 978-85-7420-872-5, p. 269-273).

um pouco controvertida. Alguns autores, como Jorge Miranda³², Bodo Pieroth e Bernhard Schlink³³, fazem referência a uma divisão tripartida, limitando-se a abordar os três primeiros estados, enquanto outros expressamente se referem à teoria dos *quatro* status, tal como o faz Robert Alexy³⁴, controversia essa que, de certo modo, apresenta-se meramente aparente. É que todos os *status* acabam, em última análise, por corresponder às formas de relacionamento entre o indivíduo e o Estado, muito embora apenas os três primeiros, justamente em decorrência da posição qualificada ocupada pela pessoa, digam respeito aos *direitos* ou pretensões facultadas aos cidadãos. Em outras palavras, no que respeita ao *status* passivo, a “sujeição do indivíduo não aparece na tripartição porque não corresponde aos direitos dos indivíduos e sim aos seus deveres. Mas é fundamental para entender a perfeição lógica da classificação que apresenta as quatro possíveis relações entre Estado e indivíduo, duas positivas e duas negativas”³⁵.

Outra distinção de destaque bastante abordada é aquela que diferencia os direitos fundamentais entre direitos de defesa e direitos de prestação, imprimindo, a partir de algumas adaptações, uma nova roupagem à teoria precedente, considerada precursora.

Nesse passo, os direitos de defesa se caracterizariam, em inegável similaridade com o *status* negativo de Jellinek, por impor às autoridades um dever de abstenção ou de não interferência no âmbito da autodeterminação das pessoas. Os direitos de prestação – jurídica ou material –, por sua vez, corresponderiam à pretensão a obrigações de fazer ou de dar visando a afastar ou amenizar eventuais desigualdades, tudo no intuito de que os cidadãos possam usufruir das liberdades já alcançadas. Assim, se “os direitos de defesa asseguram as liberdades, os direitos prestacionais buscam favorecer as condições materiais indispensáveis ao desfrute efetivo dessas liberdades”³⁶, o que, mais uma vez, não destoaria em essência do *status* positivo.

Para essa reformulação teórica, não se cogitou de nenhuma categorização à semelhança do *status* passivo, justamente porque, como visto, tal se refere às obrigações ou deveres a que estão sujeitos os indivíduos, e não propriamente aos direitos fundamentais que lhes assistem.

Mas, para alguns, seria necessário entender essa classificação a partir de uma visão tríplice, com a inclusão dos chamados direitos de participação que, em síntese, seriam

³² MIRANDA, Jorge – **Direitos fundamentais**, 2 ed. Coimbra: Almedina, 2017. 562p. ISBN 978-972-40-7217-3, p. 107.

³³ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard – **Direitos fundamentais**. Tradução: António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, 578p. ISBN 978-85-02-13036-4, p. 62.

³⁴ ALEXY, Robert – **Teoria dos direitos fundamentais**, 5 ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, 669p. ISBN 978-85-7420-872-5, p. 255.

³⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo – **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, 330p. ISBN 978-65-5065-243-2, p. 70.

³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de direito constitucional**, 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, 1662p. ISBN 978-85-53602-87-2, p. 159.

representados pelos direitos cívicos que viabilizariam ao cidadão uma participação ativa na formação da vontade sócio-política do Estado, o que, se por um lado, aproxima-se do conceito de *status* ativo anteriormente abordado, por outro não encontra consenso teórico quanto à sua pertinência, já que muitos autores “situam os diversos direitos políticos, conforme as suas características, entre os direitos a prestação ou entre os direitos de defesa. Com isso, não cogitam dos direitos de participação como um terceiro grupo de direitos fundamentais. Mesmo quem adota essa terceira categoria não nega que esses direitos de participação possuem características mistas de direitos de defesa e direitos a prestação”³⁷.

Ainda, e por oportuno, válido consignar que também há quem negue até mesmo a possibilidade de se estabelecer categorias – correlacionando-as com determinadas funções – aos direitos fundamentais, sob o argumento de que, ao fim e ao cabo, todos os direitos ou pretensões exigem a atuação positiva das autoridades e, portanto, demandam direcionamento de recursos e financiamentos públicos³⁸, o que ocorreria ainda que se tenha em mente o *status* negativo e a sua consequente pretensão de abstenção, de modo que, *v.g.*, a própria liberdade de locomoção, considerada um direito de primeira geração ou dimensão, demandaria uma atuação estatal efetiva e positiva, no sentido de criar, organizar e manter um conjunto de medidas, preventivas e repressivas, o que incluiria a presença ostensiva de policiais nas vias públicas.

Esse posicionamento minoritário, entretanto, é criticado por confundir os conceitos de direitos fundamentais e de garantias de organização, dado que estas últimas pressupõem, justamente, a conceção de instituições estatais que assegurem e sustentem o exercício daqueles, como os tribunais e a própria força policial, assim desempenhando uma função de proteção dos bens jurídicos considerados indispensáveis e essenciais. De mais a mais, não se pode perder de vista que “num mesmo direito fundamental unitariamente designado podemos encontrar poderes de exigir um comportamento negativo dos poderes públicos, combinados com poderes de exigir ou de pretender prestações positivas, jurídicas ou materiais, ou com poderes de produzir efeitos jurídicos na esfera de outrem, poderes que têm muitas vezes recortes diferentes

³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de direito constitucional**, 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, 1662p. ISBN 978-85-53602-87-2, p. 167.

³⁸ Como nos lembra Bernardo Gonçalves Fernandes, é “importante observarmos, que, se seguirmos Stephen Holmes e Cass Sunstein, temos que essa “*distinção cerrada e estanque*” (direitos de defesa X direitos de prestação) estaria, em certo sentido, superada, pois, para os autores, todos os direitos são positivos (ou seja, prestacionais, tendo um suporte *econômico-financeiro dispendioso*), incluindo as liberdades. Nesse sentido, entendem que é injustificada a noção de que os direitos de defesa estariam sujeitos a apenas uma política de não intervenção (abstenção), uma vez que eles também implicam no direcionamento de recursos públicos para sua efetivação.” (FERNANDES, Bernardo Gonçalves – **Curso de direito constitucional**, 12 ed. Salvador: JusPodvim, 2020, 2208p. ISBN 978-85-442-3469-3, p. 374).

e aos quais correspondem, conforme os casos, deveres de abstenção ou de não-intromissão, deveres de acção e de prestação, deveres de tolerar ou sujeições”³⁹.

De qualquer forma, é importante consignar que, a despeito das classificações e tentativas de sistematização das suas funções, a principal finalidade dos direitos fundamentais é a de limitar a atuação estatal, positiva ou negativamente. O Estado não pode atuar arbitrariamente, mas apenas dentro dos modos e limites conferidos pelos próprios direitos fundamentais que, nesse sentido, continuam sendo direitos público-subjetivos dos indivíduos, alternando-se a perspectiva: “o que os direitos fundamentais dão ao particular em margem de decisão e de atuação, retiram-no ao Estado objetivamente, isto é, independentemente de saber se o particular o usa ou se apenas o invoca”⁴⁰. Daí se afirmar que os direitos fundamentais, em derradeira instância, impõem ao Poder Público normas de competência negativa: “aquilo que, do ponto de vista do particular, constitui um direito fundamental, representa, visto pela perspectiva do Estado, uma norma de *competência negativa* que restringe suas possibilidades de atuação”⁴¹.

1.1.3. Dimensões objetiva e subjetiva

Os direitos fundamentais possuem uma dupla dimensão, uma subjetiva e outra objetiva, esta de conceção e reconhecimento mais recente em âmbito teórico-constitucional.

A tradicional dimensão subjetiva funciona “como fonte de direitos subjetivos, gerando para os seus titulares uma pretensão individual de buscar a sua realização através do Poder Judiciário”⁴², como um mecanismo de tutela da liberdade e da autonomia da vontade.

Ocorre que os preceitos fundamentais não podem ser pensados apenas individualmente, tão só no interesse dos seus titulares, mas também do “ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe prosseguir, em grande medida através da acção estadual”⁴³, ou seja, deve também ser encarada sob uma perspectiva objetiva, como uma espécie de sistema de valores orientador da ordem constitucional.

³⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de – **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 6 ed. Coimbra: Edições Almedina, 2019, 387p. ISBN 978-972-40-7922-6, p. 159.

⁴⁰ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard – **Direitos fundamentais**. Tradução: António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, 578p. ISBN 978-85-02-13036-4, p. 67.

⁴¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo – **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, 330p. ISBN 978-65-5065-243-2, p. 65.

⁴² MARMELESTEIN, George – **Curso de direitos fundamentais**, 8 ed. São Paulo: Atlas, 2019, 552p. ISBN 978-85-97-01941-4, p. 377.

⁴³ ANDRADE, José Carlos Vieira de – **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 6 ed. Coimbra: Edições Almedina, 2019, 387p. ISBN 978-972-40-7922-6, p. 107.

O bem tutelado pelo direito fundamental deve ser, igualmente, encarado como um valor merecedor de fomento e abrigo, o que acaba por trazer importantes repercussões, porquanto passa a legitimar “restrições aos direitos subjetivos individuais, limitando o conteúdo e o alcance dos direitos fundamentais em favor dos seus próprios titulares ou de outros bens constitucionalmente valiosos”⁴⁴, além de estabelecer um dever de proteção, em maior ou menor escala – consideradas as particularidades do caso concreto –, contra agressões futuras ou atuais, dessa forma ficando autorizada até mesmo a prevenção e repressão por meio de normas penais.

Nessa perspectiva, a dimensão objetiva pode ser melhor compreendida como “a dimensão dos direitos fundamentais cuja percepção independe de seus titulares, vale dizer, dos sujeitos de direito”⁴⁵, mostrando-se inegável a sua influência e interferência na dimensão subjetiva e na vontade dos seus titulares. Nas palavras de José Carlos Vieira de Andrade, a “dimensão objectiva reforçaria, assim, a imperatividade dos ‘direitos’ individuais e alargaria a sua influência normativa no ordenamento jurídico e na vida da sociedade”⁴⁶.

1.1.4. Eficácia horizontal e vertical

Muito embora se costume afirmar que os titulares dos direitos fundamentais os exerçam por meio de contraponto ao poder público, há de se observar que nem sempre a atuação ou abstenção deste último colocará, automaticamente, em xeque o exercício dessas faculdades.

Por vezes, será na ausência ou apenas por meio da intermediação do Estado – neste último caso, atuando como aliado ou em auxílio –, que o particular terá de fazer valer, como meio de defesa, e com base no rol de direitos fundamentais, suas liberdades e direitos frente a terceiros, igualmente particulares, quando da sua inserção num relacionamento interpessoal.

Isso porque, ao lado da conhecida eficácia vertical, que se verifica no embate Estado-cidadão, tem-se também a chamada eficácia dos direitos fundamentais no contexto das relações privadas, que, nesse sentido, dá-se de modo horizontal. Ao contrário do que “ocorre com o Estado, que é somente *destinatário* dos direitos fundamentais, isto é, seu sujeito passivo, mas

⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de direito constitucional**, 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, 1662p. ISBN 978-85-53602-87-2, p. 168.

⁴⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo – **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, 330p. ISBN 978-65-5065-243-2, p. 24.

⁴⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de – **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 6 ed. Coimbra: Edições Almedina, 2019, 387p. ISBN 978-972-40-7922-6, p. 107.

não é *titular* desses mesmos direitos, qualquer relação entre particulares significa uma relação entre dois titulares dos mesmos direitos”⁴⁷.

A antiga tese da recusa ou da não produção de efeitos fora da exclusiva relação entre o poder público e o cidadão, que toma por base uma absolutização da teoria clássica – a função dos direitos fundamentais seria a de proteger as pessoas contra as violações do Estado – e da necessidade de fortalecer a autonomia das relações privadas, atualmente se encontra praticamente superada. A questão, hoje, cinge-se em saber se essa eficácia horizontal se daria de modo direto ou imediato ou, de outra forma, de modo indireto ou mediato.

Na forma mediata, os “direitos, liberdades e garantias teriam uma eficácia indirecta nas relações privadas, pois a sua vinculatividade exercer-se-ia *prima facie* sobre o legislador, que seria obrigado a conformar as referidas relações obedecendo aos princípios materiais positivados nas normas de direito, liberdades e garantias”⁴⁸. Isto é, a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas restaria sempre pendente da consagração de leis específicas.

Já na eficácia imediata, os direitos fundamentais, por si sós e na perspectiva de máxima efetividade que lhes é inerente, já reuniriam “condições de plena aplicabilidade nas relações entre particulares, dispensando a mediação infraconstitucional, não necessitando, portanto, da atuação (sindicalidade) do legislador e nem mesmo da interpretação da legislação infraconstitucional à luz da Constituição”⁴⁹.

Nessa senda, válido lembrar que a Constituição da República Portuguesa de 1976 categoricamente impôs a vinculação de quaisquer entidades, sejam essas públicas ou privadas, aos direitos e liberdades fundamentais, os quais lhes seriam diretamente aplicáveis. Daí a afirmação da doutrina, no sentido de que a ordem jurídica constitucional portuguesa, no seu plano horizontal, acabou por consagrar “inequivocamente a eficácia imediata em relação às entidades privadas (art. 18/1)”⁵⁰.

De todo modo, Virgílio Afonso da Silva lembra, ainda, que além da tese de total recusa e das teorias mediata e imediata dos efeitos, há uma “quarta possibilidade, que é a imputação das ações particulares ao Estado ou a equiparação dessas ações a ações estatais”⁵¹, o que se

⁴⁷ SILVA, Virgílio Afonso – **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005, 191p. ISBN 85-7420-696-2, p. 53

⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**, 7 ed., 20ª reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2003, 1522p. ISBN 978-972-40-2106-5, p. 1287.

⁴⁹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves – **Curso de direito constitucional**, 12 ed. Salvador: JusPodvim, 2020, 2208p. ISBN 978-85-442-3469-3, p. 360

⁵⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**, 7 ed., 20ª reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2003, 1522p. ISBN 978-972-40-2106-5, p. 1288.

⁵¹ SILVA, Virgílio Afonso – **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005, 191p. ISBN 85-7420-696-2, p. 68.

daria, no primeiro caso, por meio da teoria desenvolvida por Jürgen Schwabe e, no segundo, pela *state action* norte-americana.

Nesta, embora inadmitindo uma automática vinculação, por entender que, dentro de uma concepção liberal, os direitos fundamentais somente possuiriam aplicação quando o poder público estiver presente na relação, procura-se determinar quando, precisamente, um ato privado violador desses direitos poderá ser equiparado a uma ação estatal (*state action*) e, por conseguinte, sofrer o respetivo controlo jurisdicional. Naquela, diferentemente, as condutas particulares não são propriamente equiparadas a atos estatais. É a responsabilidade do ato que é transferida ao ente estatal.

Para Schwabe, se um particular desrespeita o direito fundamental de outro particular e a sua conduta violadora não estava prevista em lei, o seu ato deve ser considerado, ao menos para esse particular, como permitido; consequentemente, a lesão sofrida pelo terceiro prejudicado, que não teve condições de se defender ou de evitar a agressão em razão de uma omissão do poder público – que não agiu, infraconstitucionalmente, no sentido de protegê-lo – deve ser imputada exclusivamente ao Estado. As ações privadas, portanto, somente podem ser imputadas ao próprio particular violador se a conduta estiver disciplinada e vedada pela legislação⁵². Afonso da Silva, contudo, destaca e reconhece que ambos modelos padecem de falhas semelhantes e inaceitáveis, sendo a maior delas a artificialidade dos recursos utilizados para justificar ou a imputação de responsabilidade ou a equiparação das condutas. Na *state action*, inclusive, inexistiriam critérios rígidos ou pré-definidos, somente se verificando a alegada equiparação “quando já há o fim deliberado de coibir uma violação a um direito fundamental causada por uma ação privada”⁵³.

1.1.5. Matriz dos direitos fundamentais

Haveria uma matriz universal, ou seja, uma razão última capaz de justificar, de forma direta, linear e igualitária, uma mesma fundamentalidade ou sentido material a todo e qualquer direito fundamental? A resposta, que repousa em divergência, para muitos deve ser positiva, no sentido de que os direitos fundamentais encontram sua base imediata e inarredável no princípio

⁵² SILVA, Virgílio Afonso – **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005, 191p. ISBN 85-7420-696-2, p. 104-5.

⁵³ SILVA, Virgílio Afonso – **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005, 191p. ISBN 85-7420-696-2, p. 106.

da dignidade da pessoa humana – princípio fundamental –, do qual simplesmente traduziriam como que uma espécie de efetivação ou concretização daquele valor maior.

É o que sustenta, *v.g.*, José Carlos Vieira de Andrade, para quem essa matriz seria a própria dignidade da pessoa humana *individualmente* considerada, a qual estaria “na base de todos os direitos fundamentais consagrados, quer dos direitos e liberdades individuais, quer dos direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e dos direitos a prestações sociais”⁵⁴. A dignidade humana individual moldaria o conteúdo de todo direito fundamental, dando-lhes unidade e direção jurídico-constitucional.

Do mesmo entendimento já não parece comungar José Joaquim Gomes Canotilho, quando afirma que a base antropológica dos direitos fundamentais não é apenas a pessoa *individual*, mas também o ser humano enquanto inserido no contexto coletivo, nas mais diversas relações de cunho social, económico ou político, afirmando que essa tentativa de entrelaçar a dignidade humana diretamente à natureza de todos os direitos fundamentais, e o apego à ideia-princípio de dignidade individual, criaria até mesmo embaraços para justificar a consagração e expressa positivação de direitos às pessoas coletivas no texto constitucional vigente, tendo aquele autor de recorrer a expressões como “direitos individuais ainda que coletivizados”⁵⁵, concluindo, dessa forma, que aquela teoria acaba por expulsar “do catálogo material de direitos todos aqueles que não tenham um ‘radical subjetivo’, isto é, não pressuponham a ideia-princípio da dignidade da pessoa humana. O resultado a que se chega é um exemplo típico de uma teoria de direitos fundamentais não constitucionalmente adequada”⁵⁶.

Confirmando a divergência, Ingo Wolfgang Sarlet também assevera inexistir uma relação necessária e indissociável entre dignidade humana e direito fundamental, haja vista que a condição deste último decorre de uma “opção do constituinte (pelo menos no que diz com os direitos expressamente enunciados como fundamentais) que não necessariamente tem por fundamento a dignidade da pessoa humana ou pelo menos uma determinada concepção de dignidade, mas sim pode encontrar respaldo em uma série de outros valores ou mesmo se traduzir em resposta a demandas específicas do corpo social”⁵⁷.

⁵⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de – **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 6 ed. Coimbra: Edições Almedina, 2019, 387p. ISBN 978-972-40-7922-6, p. 94.

⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**, 7 ed., 20ª reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2003, 1522p. ISBN 978-972-40-2106-5, p. 407.

⁵⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**, 7 ed., 20ª reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2003, 1522p. ISBN 978-972-40-2106-5, p. 407.

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang – **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, 199p. ISBN 978-85-7348-957-6, p. 100.

Mas, se por um lado a questão evidencia a ausência de consenso, até mesmo porque nem todos os direitos possuem o mesmo grau de vinculação àquele princípio ⁵⁸, por outro não se pode colocar em dúvida a importância da dignidade e da inegável influência que, ainda que indiretamente, acaba por exercer sobre os direitos fundamentais, servindo, por exemplo, como critério de interpretação dos seus respectivos sentidos normativos e, até mesmo, como critério de acolhimento de novos direitos não enumerados constitucionalmente – numa função prospectiva, forçando o desenvolvimento e a maximização do ordenamento ⁵⁹. Mesmo que não se o admita como sendo a fundamentalidade material ou a matriz imediata de todos os direitos fundamentais, ainda assim, impõe-se reconhecer que a dignidade da pessoa humana pode e merece ser ao menos percebida como o fundamento global e reflexo da consagração de um rol constitucionalmente positivado de direitos fundamentais cuja finalidade é assegurar e preservar a autonomia, a liberdade e uma vida condigna ⁶⁰.

1.1.6. Características dos direitos fundamentais

Aponta Konrad Hesse que o desenvolvimento concreto dos direitos fundamentais se dá de maneiras diversas, de modo que a sua validade universal “não pressupõe uniformidade. A razão é bem conhecida: o conteúdo concreto e a significação dos direitos fundamentais para um Estado dependem de numerosos fatores extrajurídicos, especialmente das peculiaridades, da cultura e da história dos povos” ⁶¹, o que, todavia, não impede o estabelecimento de algumas características básicas consideradas comuns a todos os direitos fundamentais.

Dentre outras, costumam ser citadas como características habituais a historicidade, a universalidade, a aplicabilidade imediata, a relatividade, a inalienabilidade e, destacadamente a mais relevante e de maior interesse para o presente ensaio, a irrenunciabilidade.

⁵⁸ “É certo que nem todos os direitos fundamentais constitucionalmente enumerados apresentam o mesmo grau de proximidade àquele núcleo inspirador, na medida em que a respectiva consagração constitucional é, na realidade do facto constituinte, essencialmente determinada por um conjunto imponderável de circunstancialismos políticos ou jurídicos. As escolhas concretas de cada poder constituinte não têm de ser necessariamente adoptadas em qualquer outro Estado de Direito, ou seja, pode haver elevação de algumas garantias jurídicas à categoria de direitos fundamentais sem que elas correspondam, necessariamente, a exigências indeclináveis da dignidade” (NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais**, Volume 1, 2 ed. Coimbra: Edições Almedina, 2018, 209p. ISBN 978-972-40-7591-4, p. 78).

⁵⁹ GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Manual de direito constitucional** – Vol. 2, 4 ed. Coimbra: Almedina, 2011, 1571p. ISBN 978-972-40-4681-5, p. 808.

⁶⁰ NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais**, Volume 1, 2 ed. Coimbra: Edições Almedina, 2018, 209p. ISBN 978-972-40-7591-4, p. 76.

⁶¹ HESSE, Konrad *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de direito constitucional**, 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, 1662p. ISBN 978-85-53602-87-2, p. 167.

Fala-se em historicidade, na medida em que os “direitos não surgiram todos ao mesmo tempo, nem foram resultados de um *big bang* jurídico”⁶², mas repousam em fontes e processos históricos que conduzem à sua consolidação em um determinado contexto histórico, temporal e espacialmente considerado. O recurso a essa característica, aliás, justifica porque certos direitos, antes inexistentes, acabaram por ser reconhecidos e positivados pelo ordenamento jurídico-constitucional, admitindo-se, inclusive, eventuais modificações ou mutações.

Os direitos fundamentais são universais porque, em princípio, todos os seres humanos os possuem: todos “quantos fazem parte da comunidade política fazem parte da comunidade jurídica, são titulares dos direitos e deveres aí consagrados; os direitos fundamentais têm ou podem ter por sujeitos todas as pessoas integradas na comunidade política, no povo”⁶³. Diz-se em princípio, porque se trata de característica que deve ser apreendida com *granus salis*, na medida em que há direitos que exigem uma qualidade ou condição especial dos seus titulares. Há, assim, direitos atribuíveis a qualquer pessoa, como o direito à vida, mas também há aqueles que não poderão ser invocados por todos, como os direitos dos trabalhadores.

Aplicabilidade imediata. Hodiernamente, os textos constitucionais democráticos vêm mantendo uma preocupação em evitar que direitos e liberdades consideradas essenciais possam, simplesmente, ficar à disposição do legislador comum, com o que, em muitos casos, correr-se-ia o risco de se tornarem algo sem qualquer valor prático. Seguindo essa tendência, pela Constituição Portuguesa foi expressamente consignado que os preceitos constitucionais que digam respeito aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis (art. 18º, n.º 1). É dizer, os direitos fundamentais valem por si mesmos, sendo diretamente invocáveis e imediatamente exequíveis, regulando relações jurídico-materiais e vinculando o reconhecimento da validade das leis à existência de uma respetiva conformação à norma constitucional, afinal, “se, antes, os direitos fundamentais só existiam no quadro das leis, hoje, as leis só valem no quadro dos direitos fundamentais”⁶⁴. Calha lembrar, novamente, que o mesmo dispositivo constitucional também fez consignar que, além de diretamente aplicáveis, os direitos e liberdades fundamentais vinculam todas as entidades, públicas ou privadas. Ainda que se possa, numa primeira e superficial análise, pensar despicienda tal previsão – afinal, se são direta e imediatamente aplicáveis, e em função da própria força e supremacia hierárquico-

⁶² SAMPAIO, José Adércio Leite – **Direitos fundamentais: retórica e historicidade**, 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, 448p. ISBN 978-85-384-0109-4, p. 133.

⁶³ MIRANDA, Jorge – **Direitos fundamentais**, 2 ed. Coimbra: Edições Almedina, 2017, 562p. ISBN 978-972-40-7217-3, p. 277.

⁶⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de – **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 6 ed. Coimbra: Edições Almedina, 2019, 387p. ISBN 978-972-40-7922-6, p. 37.

constitucional, obviamente também devem ser dotadas de força vinculativa –, a previsão se mostra importante e salutar na medida em que, de forma expressa, reforça o alcance do preceito e a vontade originária do legislador constituinte, de modo a não suscitar dúvidas ou interpretações distorcidas. Tal vinculação, que se dá de modo vertical ao abarcar toda e qualquer entidade pública – em nível legislativo, administrativo e judiciário –, é igualmente dotada, como visto anteriormente, de eficácia horizontal no que diz respeito à ordem jurídica privada⁶⁵.

Relatividade. Recorrente é a afirmação de que nenhum direito fundamental merece ser considerado absoluto⁶⁶ ou ilimitado, porquanto, na análise do caso concreto, poderá ser relativizado quando da existência de eventual conflito. Isso se deve ao entendimento majoritário de que, na generalidade, em relação às normas fundamentais prevalece o caráter principiológico, assim podendo haver restrição em função de outro bem ou direito igualmente constitucional e fundamental, mormente por não existir entre eles uma hierarquia pré-fixada e rígida. O caráter absoluto, portanto, somente pode ser compreendido no sentido de que se encontram tais direitos no patamar mais alto do ordenamento jurídico e, por isso, desfrutam de prioridade – nesse sentido, sim, absoluta – frente a outros interesses individuais ou coletivos não essenciais, bem como por manter essa posição de prioridade no fomento de políticas públicas em geral, quer seja na atividade legiferante, quer seja na atividade administrativo-estatal ou, ainda, na própria atividade judiciária.

Nesse sentido, George Marmelstein destaca, por um lado, que o paradoxo é exatamente esse: “apesar de serem os valores mais importantes, ocupando o ponto mais alto da hierarquia jurídica, eles podem ser restringidos caso o seu exercício possa ameaçar a coexistência de outros valores constitucionais”⁶⁷, enquanto, por outro lado, adverte que o entendimento de que não há direitos absolutos não autoriza a “ideia equivocada de que as proteções constitucionais são frágeis e que podem ceder sempre que assim ditar o ‘interesse público’, expressão vaga que, no final das contas, pode justificar quase tudo”⁶⁸. O tema da relatividade dos direitos fundamentais e da possibilidade de lhes impor restrições ou limitações será gradativamente abordado no decorrer do trabalho, já que se liga, ainda que indireta e intuitivamente, à própria questão da

⁶⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**, 7 ed., 20ª reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2003, 1522p. ISBN 978-972-40-2106-5, p. 448.

⁶⁶ Muito embora, não raro, encontre-se quem afirme absolutos os direitos a não ser torturado e a não ser escravizado, haja vista que “seriam exceções à regra delineada pela doutrina majoritária, nos termos do art. 4 e art. 5 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948” (FERNANDES, Bernardo Gonçalves – **Curso de direito constitucional**, 12 ed. Salvador: JusPodvim, 2020, 2208p. ISBN 978-85-442-3469-3, p. 384).

⁶⁷ MARMELESTEIN, George – **Curso de direitos fundamentais**, 8 ed. São Paulo: Atlas, 2019, 552p. ISBN 978-85-97-01941-4, p. 377.

⁶⁸ MARMELESTEIN, George – **Curso de direitos fundamentais**, 8 ed. São Paulo: Atlas, 2019, 552p. ISBN 978-85-97-01941-4, p. 376.

renunciabilidade de um direito fundamental e os seus variados temas correlatos, como os critérios de resolução de conflitos, a utilização da proporcionalidade, da ponderação de valores e demais mecanismos de controlo.

Afirma-se, ainda, que os direitos fundamentais são indisponíveis, inclusive em relação ao seu titular. Essa indisponibilidade, que abarcaria duas vertentes – a inalienabilidade e a irrenunciabilidade –, atuaria como alerta para o fato de que a preterição de um direito não depende tão-somente do consentimento do seu titular. Diz-se inalienáveis, porque não seriam passíveis de alienação ou de qualquer outro ato de disposição negocial, não podendo a pessoa, por ato e vontade própria, tornar impossível o direito à saúde, à integridade física ou à vida, por exemplo, por atos de compra e venda de órgãos ou de partes do corpo. Nesse sentido, a indisponibilidade assumiria contornos absolutos.

Noutro giro, a irrenunciabilidade – que assim como a inalienabilidade, para alguns estaria igualmente atrelada ao princípio da dignidade humana⁶⁹ – ligar-se-ia também à ideia de autolimitação, igualmente vedada. Dessa forma, geralmente, não poderia o indivíduo simplesmente renunciá-los, porquanto não estariam os direitos fundamentais abarcados pelo poder de disponibilidade do seu respetivo titular que, no máximo, e sob certas condições, poderia deixar de exercê-los. A autolimitação, aqui, e ao menos em princípio, incidiria, pois, apenas sobre o exercício, e não sobre o direito em si, ideia essa baseada no entendimento de que os direitos fundamentais refletiriam a própria concretização do bem comum e dos valores sociais provenientes do interesse público, atuando, portanto, como princípios estruturantes da ordem constitucional e, assim, vedando à pessoa a livre disposição⁷⁰.

1.2. Proteção e restrições a direitos fundamentais

1.2.1. Âmbito de proteção e concretização

Para entender as possíveis restrições aos direitos fundamentais, deve-se, primeiramente, buscar apreender o respetivo âmbito de proteção que lhes é conferido, o que compreende a

⁶⁹ Para quem comunga dessa assertiva, que, como visto no item 1.1.5, não se apresenta pacífica ou simplesmente indene a divergências, insta observar que nem todos os direitos fundamentais seriam indisponíveis, mas tão-somente aqueles, direta ou indiretamente, ligados à liberdade e à autodeterminação das pessoas individualmente consideradas, ficando afastados, p. ex., os direitos fundamentais atinentes às pessoas jurídicas ou coletivas.

⁷⁰ Entretanto, essa premissa atualmente se encontra, cada vez mais, temperada pelo entendimento de que, a depender dos demais valores constitucionais em jogo – e desde que atendidos determinados pressupostos ou condições –, seria possível renunciar a um direito fundamental e, sob essa ótica, a característica da indisponibilidade já não seria mais tida como absoluta, admitindo exceções.

delimitação do bem jurídico propriamente dito – bem efetivamente protegido – e a identificação da extensão dessa proteção⁷¹, ou seja, para que tipo de agressão ou restrição existe a proteção.

Diz-se, por isso, que o âmbito de proteção de um direito fundamental abarca os diversos e diferentes pressupostos fáticos e jurídicos contemplados pelo ordenamento, frequentemente dependendo de “uma interpretação sistemática, abrangente de outros direitos e disposições constitucionais. Muitas vezes, a definição do âmbito de proteção somente há de ser obtida em confronto com eventual restrição a esse direito”⁷².

Há direitos fundamentais que são previstos de forma mais específica, facilitando a identificação do seu âmbito de proteção, como ocorre, por exemplo, com a proibição de submissão à tortura (CRP, art. 25º, n.º 2). Há outros, contudo, que são enunciados de forma extremamente genérica, não sendo possível extrair, de imediato, nenhum comportamento, positivo ou negativo, de pronto oponível ao poder público ou a terceiros. Neste caso, acaba-se por conferir ao legislador amplo poder de ingerência para a concretização ou conformação da norma constitucional por meio da legislação. Isso ocorre, para exemplificar a questão, quando a Constituição garante a todos o direito à propriedade privada (CRP, art. 62º), porquanto sequer oferece um conceito correspondente, forçando a atuação do legislador infraconstitucional como forma de concretizar ou conformar o direito fundamental que, sem o auxílio da lei, não seria passível de exercício. Sem a definição legal, no exemplo ora trabalhado, do que seja uma propriedade privada, seus requisitos à aquisição e pressupostos à transmissão, não se chegaria ao seu respectivo âmbito de proteção. Portanto, e desde já, verifica-se que nem toda ingerência ou intervenção legislativa pode ser considerada restritiva. Por vezes, a atuação do legislador ordinário se dará de forma ampliativa, viabilizando o exercício do direito.

O problema é que a concretização de um direito fundamental pode também traduzir ou acarretar a imposição de uma limitação legal, restando, então, saber se essa restrição estaria ou não autorizada pela norma constitucional. Nesse sentido, quanto “menos depender um direito fundamental da configuração infraconstitucional de sua área de proteção, mais suspeitas de inconstitucionalidade podem ser as leis supostamente concretizadoras, conformadoras ou configuradoras da área de proteção de um direito fundamental”⁷³, razão pela qual se mostra válida a advertência feita por Piero e Schlink: “O fato de o legislador ter de conformar um

⁷¹ SILVA, Christine Oliveira Peter da – **Hermenêutica de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, 308p. ISBN 85-7469-265-4, P. 109.

⁷² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de direito constitucional**, 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, 1662p. ISBN 978-85-53602-87-2, p. 193.

⁷³ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo – **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, 330p. ISBN 978-65-5065-243-2, p. 190.

direito fundamental não pode significar que ele possa dispor do direito fundamental. Tem de se impor, pois, ao legislador um limite, para além do qual ele já não conforma o âmbito de proteção, mas interfere nele e lhe impõe limites”⁷⁴.

1.2.2. Restrições a direitos fundamentais

A ideia de que não há direitos absolutos, por já se encontrar sedimentada no quotidiano jurídico-constitucional, dispensa maiores digressões argumentativas em torno da ideia central que envolve o tema: direitos fundamentais podem sofrer restrições. O cerne da questão, portanto, não reside em afirmar a possibilidade de delimitação do campo de abrangência dos direitos fundamentais, mas em estabelecer o conteúdo dessa delimitação, ou seja, a sua extensão e a sua forma, daí advindo a importância de se abordar e distinguir as chamadas teoria externa e teoria interna, ambas ligadas à questão da amplitude do suporte fático do direito fundamental e seus limites ou restrições.

A teoria externa parte do pressuposto de que existem duas categorias autónomas e perfeitamente distinguíveis lógica e juridicamente, o direito em si e, de outro lado, as possíveis restrições, estas sempre impostas externamente àquele. A relação entre direito e restrição, assim, não se daria de forma automática ou impositiva, mas sim contingente e casual, surgindo apenas quando da necessidade concreta de conciliação entre direitos fundamentais que se mostrem colidentes. Na teoria interna, por sua vez, o processo de delimitação ou de contenção de um direito fundamental é algo absolutamente intrínseco e interno, totalmente alheio a circunstâncias ou influências externas. Não mais há dois objetos distintos a considerar, mas um só, qual seja, o direito já acompanhado das respetivas limitações que lhe são imanentes.

Desde já, interessante notar que, se a definição do conteúdo e da extensão de cada direito não depende de fatores externos e, sobretudo, se não sofre possíveis colisões posteriores, pode-se concluir que, em termos de estrutura normativa, os direitos definidos a partir do enfoque da teoria interna têm sempre estrutura similar às regras: ou há direito subjetivo ou não há; e se há, ele pode ser normalmente exercido dentro dos seus próprios limites⁷⁵. É precisamente para não se vincular ao estigma de direitos absolutos e de exercício ilimitado que a teoria interna recorre

⁷⁴ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard – **Direitos fundamentais**. Tradução: António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, 578p. ISBN 978-85-02-13036-4, p. 121.

⁷⁵ SILVA, Virgílio Afonso da – **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**, 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, 279p. ISBN 978-85-392-0031-3, p. 129-30.

à ideia de limites imanentes – intrinsecamente compreendidos na essência do direito –, os quais seriam previstos, implícita ou explicitamente, pela própria ordem constitucional.

Necessário, nesse ponto específico, fazer uma pequena ressalva. À expressão *limites imanentes* nem sempre é dispensado o mesmo significado.

Nesse sentido, J.J. Gomes Canotilho a utiliza, não como significado ou alcance extraído da própria norma fundamental, mas sim como uma consequência do processo de ponderação entre diferentes valores constitucionais, afirmando que “os chamados ‘limites imanentes’ são o resultado de uma ponderação de princípios jurídico-constitucionais conducente ao afastamento definitivo, num caso concreto, de uma dimensão que, *prima facie*, cabia no âmbito protectivo de um direito, liberdade e garantia”⁷⁶. Virgílio Afonso da Silva, no entanto, afirma que não seria “acertado denominar *imane*nte um limite que não apenas surge somente com o caso concreto, como também dele depende. O próprio Canotilho adverte – e aqui fica ainda mais claro o uso diverso que faz da expressão ‘limites imanentes’ – que a restrição é a *posteriori*, ou seja, constitutiva, e não apenas declaratória”⁷⁷.

Na tentativa de explicar essa divergência, Jane Reis Gonçalves Pereira lembra que, de fato, o conceito de limites imanentes acaba por sofrer sutis alterações a depender das diferentes perspectivas dadas ao enfoque da restringibilidade, lembrando, por exemplo, que para Peter Häberle os limites imanentes demarcariam o chamado conteúdo essencial dos direitos fundamentais, dessa junção chegando ao que denominou de ‘limites dos direitos fundamentais conforme à essência’, enquanto Hans-Ulrich Gallwas empregaria a noção de abuso de direito, que se caracteriza pelo exercício visando finalidade diversa daquela que o orienta – exercício esse que, assim, restaria desamparado pelo ordenamento –, na determinação do que entende ser os limites imanentes, assim concluindo que “é possível constatar que o conceito de limites imanentes, de um modo geral, é condicionado pela visão que se adote sobre o problema da restringibilidade dos direitos fundamentais. De fato, a imprecisão conceitual que cerca os limites imanentes nada mais é do que um reflexo da discussão teórica, de fundo, relativa à possibilidade lógica de restringir direitos fundamentais sem reserva legal”⁷⁸⁻⁷⁹.

⁷⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**, 7 ed., 20ª reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2003, 1522p. ISBN 978-972-40-2106-5, p. 1282.

⁷⁷ SILVA, Virgílio Afonso da – **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**, 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, 279p. ISBN 978-85-392-0031-3, p. 166-7.

⁷⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves – **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, 471p. ISBN 978-85-472-2792-0, p. 230.

⁷⁹ A possibilidade de restrição legislativa de direitos fundamentais, sem a respectiva reserva legal de competência para tanto, será melhor abordada no item 1.2.4.

Independentemente, impõe-se observar que o conceito de *restrição* adotado pela teoria externa é, na teoria interna, substituído pelo de *limitação*, uma vez que o direito já possuiria, de forma intrínseca, um conteúdo pré-definido e definitivo, por isso não necessitando de restrições exteriores ao seu correto exercício, propositalmente porque, sendo os direitos fundamentais considerados regras ou posições definitivas, não admitiriam restrições de âmbito externo, já estando autolimitados pelos seus próprios conteúdos. Para a teoria externa, ao contrário, como os direitos são concebidos como uma categoria totalmente distinta das restrições, seriam eles tratados como princípios ou posições *prima facie*, sendo-lhes aplicável o mandamento da máxima otimização; embora inicialmente ilimitados, com a imposição de restrições casuísticas e adequadas, converter-se-iam em direitos limitados ou definitivos.

Daí se afirmar que o suporte fático, na teoria interna, é normalmente concebido de modo restrito⁸⁰ – afinal, se possui estrutura de regra ou de posição definitiva, seu conteúdo já se encontra delimitado, portanto, restrito –, enquanto na teoria externa o suporte fático é amplo e abarca múltiplas hipóteses, ou seja, inclui no âmbito de proteção de cada princípio de direito fundamental tudo aquilo que milita em seu favor⁸¹, razão pela qual, por vezes, necessitará ser sopesado quando de eventuais conflitos, impondo-se, conseqüentemente, restrições. Assim, a doutrina ainda salienta que a diferenciação entre os limites imanentes (teoria interna) e as restrições (teoria externa) pode ser também apreendida pelo binômio, respetivamente, declarar-constituir. Nesta, em caso de colisões, constituem-se novas restrições aos direitos, adequando-os, enquanto naqueles apenas se declara os limites previamente existentes⁸².

1.2.3. Restrições diretamente constitucionais e indiretamente constitucionais

Ab initio, é preciso compreender que as restrições a direitos fundamentais são normas que estabelecem privações ou supressões de certas formas de exercício desses direitos que,

⁸⁰ Normalmente restrito, porque, embora seja comum a associação entre teoria interna e a ideia de suporte fático restrito, assim como entre a teoria externa e o suporte fático amplo, há autores que acabam por quebrar essa dicotomia. Nesse sentido, e exemplificativamente, lembra Virgílio Afonso da Silva que Pieroth e Schlink, embora defendendo esta última teoria, acabam por se filiar à tese do suporte fático restrito. Para esses autores, uma demasiada ampliação do suporte redundaria numa banalização dos direitos fundamentais e exigiria uma constante justificação constitucional para toda ação do poder público, que poderia ser considerada uma indevida intervenção no âmbito de proteção, impondo-se uma criteriosa definição do que é ou não protegido pela norma, o que não pode ser feito de forma isolada, sem uma análise sistemática de outros direitos fundamentais e de outras disposições constitucionais (SILVA, Virgílio Afonso da – **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**, 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, 279p. ISBN 978-85-392-0031-3, p. 159-161).

⁸¹ ALEXY, Robert – **Teoria dos direitos fundamentais**, 5 ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, 669p. ISBN 978-85-7420-872-5, p. 322.

⁸² SILVA, Virgílio Afonso da – **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**, 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, 279p. ISBN 978-85-392-0031-3, p. 132.

inicialmente, estariam compreendidas no âmbito de proteção dos preceitos constitucionais que os consagram. Como o aspeto positivo do direito – condutas, estado de coisas e posições jurídicas garantidas – corresponde justamente ao seu âmbito de proteção, as restrições, por conclusão, ligam-se à dimensão negativa das normas de direito fundamental⁸³.

Dada a supremacia e a hierarquia constitucionais, os direitos fundamentais somente podem sofrer restrições estatuídas diretamente pela norma constitucional (restrição imediata) ou, de outro modo, por ela autorizadas ou determinadas (restrição mediata). Fora dessas hipóteses, não haveria restrição ou limitação, mas sim violação de direito fundamental.

Na imediata, é a própria Constituição quem a impõe por meio de uma cláusula restritiva. Como exemplo de restrição direta, e apenas para que se possa melhor contextualizar a questão, poderíamos citar o direito de reunião, que pelo próprio texto normativo fica restringido pelos termos “pacificamente” e “sem armas” (CRP, art. 45º, n.º 1). Daí porque também recebe o nome de restrição *diretamente* constitucional.

Essa espécie restritiva, pontua Robert Alexy, de certa forma acaba por se aproximar daquilo que, pela teoria interna, é preconizado como limite imanente. Nesses casos, poder-se-ia entender que não haveria uma verdadeira restrição externa, mas uma limitação imposta pela própria norma fundamental que, dessa forma, seria intrínseca – interna – ao próprio direito, destacando o autor, nesse sentido, que a “cláusula ‘pacificamente e sem armas’ pode ser interpretada como uma formulação resumida de uma regra, que transforma os direitos *prima facie* decorrentes do princípio da liberdade de reunião em não-direitos definitivos”⁸⁴. Por tal razão, e para se evitar eventuais confusões terminológicas, Jane Pereira afirma ser necessário “distinguir duas modalidades de limites dos direitos fundamentais: os imanentes e os ‘exmanentes’. Estes últimos seriam os limites explicitados no texto constitucional ou nas leis reguladoras, enquanto os *limites imanentes* são limites não escritos, que dimanam da própria essência dos direitos fundamentais, estando compreendidos em sua estrutura interna”⁸⁵.

Normalmente, as restrições imediatas ou diretamente constitucionais se dão na forma escrita, tal como no exemplo supracitado. Entretanto, as restrições também podem derivar de normas não-escritas ou principiológicas, no caso, de princípios de direitos fundamentais colidentes ou de outros valores jurídicos de hierarquia igualmente constitucional.

⁸³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves – **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, 471p. ISBN 978-85-472-2792-0, p. 234-5.

⁸⁴ ALEXY, Robert – **Teoria dos direitos fundamentais**, 5 ed. (Tradução: Virgílio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros, 2008, 669p. ISBN 978-85-7420-872-5, p. 287.

⁸⁵ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves – **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, 471p. ISBN 978-85-472-2792-0, p. 224.

É que, materialmente falando, as restrições a direitos ou preceitos jusfundamentais também podem estar – para alguns, sempre estarão – baseadas em normas-princípio de *status* constitucional, uma vez que as respectivas restrições ou limitações surgem quando princípios, que possuem suporte fático amplo, entram em rota de colisão, ocasião, então, em que caberá ao juiz, no caso concreto – mesmo na ausência de previsão legislativa –, decidir qual princípio cederá em favor daquele considerado mais importante e prevalente⁸⁶. Afinal, os direitos fundamentais possuem, por natureza, uma “reserva geral de ponderação, que tem precisamente aquele sentido: independentemente da forma e força constitucional que lhes é atribuída, eles podem ter de ceder a maior força ou peso que apresentem, no caso concreto, os direitos, bens, princípios ou interesses de sentido contrário”⁸⁷⁻⁸⁸.

Essa hipótese – restrição baseada em princípios –, contudo, não merece ser associada ou simplesmente confundida com aquela atinente ao direito constitucional de colisão que será melhor aprofundado logo adiante. Isso porque, em apertada síntese e já ingressando na questão, se entre elas há uma aproximação pela inexistência de cláusula de reserva de competência, afastam-se na medida em que na colisão de princípios a solução é dada pelo julgador do caso concreto, enquanto no direito de colisão a restrição é estabelecida pela lei.

Já as restrições mediatas, por outro giro e conforme asseverado inicialmente, são aquelas intervenções limitadoras que são permitidas ou determinadas pela norma constitucional, quer o faça de forma simplificada ou de forma qualificada.

1.2.3.1. Restrição legal simples e restrição legal qualificada

Destaca Canotilho que, quando “nos preceitos constitucionais se prevê expressamente a possibilidade de limitação dos direitos, liberdades e garantias através de lei, fala-se em direitos

⁸⁶ SILVA, Virgílio Afonso da – **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**, 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, 279p. ISBN 978-85-392-0031-3, p. 142-3.

⁸⁷ NOVAIS, Jorge Reis – Direitos como trunfos contra a maioria – sentido e alcance da vocação contramajoritária dos direitos fundamentais no estado de direito democrático. In **Direitos Humanos e Democracia**. Coord. CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; e PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 79-113. ISBN 978-85-309-2488-1, p. 100-1.

⁸⁸ “Esta ideia de reserva geral imanente de ponderação não deve, em caso algum, ser confundida com a teoria dos limites imanentes dos direitos fundamentais e pode mesmo dizer-se que se lhe opõe radicalmente. A reserva de ponderação de que falamos é o pressuposto lógico ou o fundamento constitucional implícito que justifica a limitabilidade dos direitos fundamentais, enquanto direitos garantidos por normas formalmente constitucionais.” (NOVAIS, Jorge Reis – Direitos como trunfos contra a maioria – sentido e alcance da vocação contramajoritária dos direitos fundamentais no estado de direito democrático. In **Direitos Humanos e Democracia**. Coord. CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; e PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 79-113. ISBN 978-85-309-2488-1, p. 100-1).

sujeitos à reserva de lei restritiva”⁸⁹. As restrições legais, simples ou qualificada, configuram hipóteses de restrições mediatas⁹⁰ que encontram seu suporte no texto constitucional. Valem-se, para a sua existência e validade, das chamadas cláusulas de reserva legal, ou seja, de disposições constitucionais que expressamente autorizam ou determinam intervenções nos direitos fundamentais por meio da legislação ordinária.

Mas é preciso bem observar que essas reservas constitucionais “não restringem os direitos fundamentais, apenas fundamentam sua restringibilidade. Por isso, as reservas legais não são, enquanto tais, restrições; elas apenas fundamentam a possibilidade jurídica das restrições”⁹¹. São, portanto, restrições *indiretamente* constitucionais: permite-se a restrição da área de proteção do direito fundamental por meio da legislação comum.

Nas reservas legais simples, a competência para estabelecer restrições é pura e simplesmente garantida pela norma constitucional, enquanto que, para a restrição qualificada, resta estipulado ou condicionado, de antemão, a finalidade ou até mesmo o âmbito temático e de abrangência dessa intervenção restritiva, o que pode ser exemplificado pelo art. 47º, n.º 1, da Constituição Portuguesa, ao dispor que, embora seja livre a escolha da profissão ou trabalho, a lei poderá impor restrições – apenas – em nome do interesse coletivo. Nesse caso, verifica-se

⁸⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**, 7 ed., 20ª reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2003, 1522p. ISBN 978-972-40-2106-5, p. 1269.

⁹⁰ Muito embora as restrições mediatas comumente tomem por base cláusulas de reserva *explícitas*, como no caso da restrição legal simples e da restrição legal qualificada – essas seriam as hipóteses de restrições *expressamente* autorizadas pela norma constitucional –, válido observar que também existem as chamadas restrições *implicitamente* autorizadas. Não obstante, Robert Alexy também alerta que “não tão simples é a classificação de cláusulas que, de um lado, não contém nenhuma autorização expressa para o estabelecimento de restrições, mas que, de outro, fazem referência a normas que, pelo menos em parte, têm caráter infraconstitucional” (ALEXY, Robert – **Teoria dos direitos fundamentais**, 5 ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, 669p. ISBN 978-85-7420-872-5, p. 288), usando como exemplo o termo “direitos de terceiros”, constante do art. 2º, § 1º, da Constituição Alemã de 1949, para asseverar que esses direitos dos outros seriam restrições diretamente constitucionais apenas se, e na medida em que, possuírem *status* e hierarquia constitucional; caso contrário, se a previsão se der a partir da legislação ordinária, passam a ser indiretamente constitucionais, assim autorizando inferir que, nesse caso, dada a ausência de uma cláusula expressa a autorizar a intervenção legislativa, ter-se-ia aqui uma espécie de autorização constitucional implícita. Da mesma forma, e dentro do campo das restrições *implicitamente* autorizadas, mostram-se emblemáticos os casos de *conceitos ou institutos jurídicos indeterminados*, tal como ocorre com a Constituição Portuguesa ao se referir a “flagrante delito” como exceção ao direito de liberdade individual (CRP, art. 27º) ou, ainda, como exceção à inviolabilidade do domicílio (CRP, art. 34º). O conceito de situação de flagrante delito somente é dado pela legislação infraconstitucional, por isso asseverando a doutrina que “Há, basicamente, duas categorias de intervenções legais implicitamente autorizadas. De um lado, reconhece-se a competência do parlamento em promover a harmonização dos diversos – e, por vezes, antagônicos – bens e valores constitucionais, o que poderá implicar, em certos casos, a compressão [restrição] de uns em detrimento de outros. Noutro giro, há hipóteses em que a Constituição, sem prever de modo explícito a reserva legal, indica restrições aos direitos fundamentais que hão de ser concretizadas pela via legislativa ao ter em vista sua abertura semântica ou, ainda, o fato de serem mencionados institutos jurídicos que demandam regulamentação infraconstitucional” (CARVALHO, Osvaldo Ferreira – **Restrições aos direitos fundamentais no estado constitucional**. Curitiba: Juruá, 2019, 474p. ISBN 978-85-362-8884-0, p. 309).

⁹¹ ALEXY, Robert – **Teoria dos direitos fundamentais**, 5 ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, 669p. ISBN 978-85-7420-872-5, p. 282.

que há um claro direcionamento quanto à restrição a ser implementada. Há, portanto, uma limitação ao conteúdo dessa intervenção restritiva.

Conquanto as expressões “simples” e “qualificada” possam, à primeira vista, equivocadamente sugerir que aquela se destinaria a assuntos, digamos assim, menos complexos do que esta última, em realidade ambas nomenclaturas se ligam exclusivamente ao grau de restringibilidade do âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Por outro lado, e também de forma diversa do que pode ser vislumbrado, impõe-se observar que na reserva legal simples há uma ampla – não ilimitada – autorização de intervenção e restrição, enquanto que na qualificada há um condicionamento, razão pela qual a primeira também é conhecida como reserva legal plena ou absoluta e a segunda como reserva limitada ou relativa, já que nesta é indicado “pelo menos um dos seguintes elementos: o tipo, a finalidade ou o meio de intervenção autorizados, dos quais o legislador poderá se valer quando de sua concretização da limitação constitucional do direito fundamental consubstanciado na reserva legal qualificada” ⁹².

Assevera a doutrina, na hipótese das reservas legais qualificadas, que a liberdade do legislador não é bastante para efetuar restrições de qualquer tipo, modo ou extensão, pois a norma constitucional o vincula a meios ou fins específicos, o que não quer significar nenhum espaço de liberdade, já que existe uma multiplicidade de situações a serem consideradas quanto à justificação da intervenção legislativa na previsão jusfundamental ⁹³.

1.2.3.2. Restrições constitucionais excepcionais ou casuísticas

As restrições constitucionais excepcionais ou casuísticas seriam aquelas operadas em casos de anormalidade da ordem jurídica, nas quais, apenas excepcionalmente e diante de uma realidade fática anômala, admite-se a limitação ou restrição transitória – suspensão, parcial ou total – de alguns direitos, liberdades e garantias fundamentais.

É o que ocorre com a declaração de estado de sítio ou de estado de emergência, que pode abranger parte ou, inclusive, todo o território nacional português em casos de agressão efetiva ou iminente por forças estrangeiras, de grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática ou, ainda, de calamidade pública (CRP, art. 19º). Há, por exemplo, autorização para que a lei fixe o prazo de duração do estado de sítio ou de emergência (CRP,

⁹² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo – **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, 330p. ISBN 978-65-5065-243-2, p. 69.

⁹³ CARVALHO, Osvaldo Ferreira – **Restrições aos direitos fundamentais no estado constitucional**. Curitiba: Juruá, 2019, 474p. ISBN 978-85-362-8884-0, p. 308.

art. 19º, n.º 5) e, igualmente, altere a normalidade constitucional, desde que, neste caso, sejam preservadas as regras relativas à competência e ao funcionamento dos órgãos de soberania e do governo próprio das regiões autónomas ou os direitos e imunidades dos respetivos titulares (CRP, art. 19º, n.º 7), evidenciando, mesmo nessas hipóteses, a existência de cláusulas de reserva qualificada, porquanto a própria norma constitucional portuguesa está a limitar o objeto e o âmbito de abrangência da intervenção.

Embora a ordem constitucional expressamente autorize a suspensão de direitos, liberdades e garantias fundamentais, não outorga ao legislador poderes plenos ou absolutos a uma livre regulação de tais restrições, desde já restando terminantemente vedadas interferências no direito à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, devendo também ser mantida a não retroatividade da lei criminal, o direito de defesa dos arguidos e a liberdade de consciência e de religião (CRP, art. 19, n.º 6). Há, aqui, uma cláusula de reserva reflexa, na medida em que a liberdade qualificada conferida pelo n.º 7 do mesmo art. 19º também deverá observar as vedações impostas neste dispositivo, ou seja, a liberdade conferida à legislação comum para a alteração da normalidade constitucional, além das condicionantes já existentes no próprio dispositivo constitucional (n.º 7), também ficará limitada ou qualificada pelas regras proibitivas insertas no n.º 6 do mesmo artigo.

1.2.4. Direitos sem previsão de reserva legal e o direito de colisão

Em que pese a Constituição, no caso de direitos fundamentais sem qualquer reserva legal expressa, simples ou qualificada, não ressaltar qualquer possibilidade de intervenção legislativa, forçoso reconhecer, sem maiores hesitações, que também em relação a esses direitos se pode vislumbrar a potencial ocorrência de eventuais conflitos.

Esse perigo iminente de conflitos se dá porque os direitos fundamentais são, via de regra, limitáveis, não havendo direitos absolutos, já que todos, a depender das particularidades que os envolvam ou dos valores igualmente dignos e constitucionais que se lhes oponham, poderão, em maior ou menor grau, ter de ceder.

Dessa forma, afora a hipótese de restrições impostas diretamente por princípios e valores constitucionais – mesmo na ausência de previsão constitucional quanto a restrições diretas ou indiretas, tal como já analisado no item 1.2.3. –, também se concebe a possibilidade de “o legislador justificar sua intervenção com fundamento nos direitos de terceiros ou em outros

princípios de hierarquia constitucional”⁹⁴, hipótese essa a que se dá o nome de *direito constitucional de colisão* que, no entanto, não pode ser analisado ou utilizado pelo legislador comum de forma indiscriminada, devendo ser observados dois pontos importantes.

O primeiro deles é que, se em relação ao direito fundamental questionado o poder constituinte já tiver estabelecido uma cláusula de reserva, simples ou qualificada, o recurso ao direito de colisão restará, de modo geral, vedado. Conforme Dimoulis e Martins, nesses casos “a única limitação possível é aquela decorrente da correta aplicação da reserva legal, com especial observância dos pressupostos definidos nas reservas legais qualificadas. Não se trata, portanto, de limites sobrepostos, mas alternativos, sendo o limite do direito constitucional de colisão apenas permitido no caso dos direitos fundamentais sem reserva”⁹⁵.

A segunda observação a ser feita se refere à extensão dos poderes conferidos ao legislador infraconstitucional. No caso de direitos fundamentais com reserva simples, a liberdade legislativa será mais ampla; no caso daqueles com reserva qualificada, é menor; e, naqueles sem reserva de lei, será muito restrita, não podendo a atuação se estender além do estritamente necessário à solução do conflito. Neste último caso, os poderes do legislador infraconstitucional não poderão, no fundo, ir mais longe do que reforçar os limites do alcance dos âmbitos de proteção dos direitos fundamentais⁹⁶.

⁹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de direito constitucional**, 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, 1662p. ISBN 978-85-53602-87-2, p. 211.

⁹⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo – **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, 330p. ISBN 978-65-5065-243-2, p. 204.

⁹⁶ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard – **Direitos fundamentais**. Tradução: António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, 578p. ISBN 978-85-02-13036-4, p. 132.

2. RENÚNCIA A DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS PRESSUPOSTOS

2.1. A renunciabilidade dos direitos fundamentais

2.1.1. Renúncia a direitos fundamentais e institutos afins

Renunciar a um direito fundamental significa dele expressamente abdicar, mediante a exteriorização, clara e inequívoca, da respetiva manifestação de vontade. Significa, pois, rejeitar ou desistir de posições ou de pretensões jurídicas garantidas por um direito fundamental ou, de outra forma, aceitar a imposição de uma restrição ou de uma interferência mais intensa sobre esse mesmo direito, possibilidade essa que traduz tema bastante conflituoso e que, além de não encontrar consenso, frequentemente é abordado apenas de forma tangencial por grande parte da doutrina, sem maiores aprofundamentos jurídicos e sem que lhe seja imposta uma sistematização técnico-científica mais rigorosa, o que talvez ainda seja bastante impulsionado, como exposto anteriormente, pelo dogma da indisponibilidade dos direitos fundamentais que, por isso, seriam inegociáveis e inalienáveis e, portanto, igualmente irrenunciáveis.

Não obstante, o fato é que há muito esta última característica – indisponibilidade, em especial a irrenunciabilidade – não mais tem sido vista sob esse viés absolutamente proibitivo. Pelo contrário, tem sido cada vez mais relativizada com base na ideia de flexibilização e regulação das liberdades – *réglémentation des libertés*⁹⁷ –, consolidando-se o entendimento de que seria plenamente admissível a renúncia a direitos fundamentais pelo seu respetivo titular, especialmente porque esse poder de disposição fortaleceria o direito de liberdade e autodeterminação, reforçando, conseqüentemente, a dignidade da pessoa.

Atualmente, portanto, não mais parece haver espaço para a dúvidas em contrário. Aliás, a renúncia está presente na rotina das pessoas e é diariamente exercida. Isso ocorre sempre que alguém, voluntariamente, realiza uma escolha que, por si só, acaba por acarretar uma redução ou enfraquecimento a um direito seu ou, de outra forma, uma ampliação ou alargamento da margem de interferência de terceiros, seja poder público ou outro particular qualquer, sobre interesses constitucionalmente protegidos, tal como ocorre, *v.g.*, quando alguém literalmente ‘abre mão’ do seu direito à intimidade e à vida privada para participar de programas televisivos, com destaque para aqueles comumente denominados *reality shows*.

⁹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**, 7 ed., 20ª reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2003, 1522p. ISBN 978-972-40-2106-5, p. 463.

Esse único exemplo casuístico, por si só, parece já bem delinear a questão e demonstrar a validade, ao menos em determinados casos, do ato renunciatório efetivado pelo titular do direito, de modo que, hodiernamente, o dilema de maior interesse parece estar em definir os limites concretos à aceitação dessa vontade renunciatória particular, ou seja, saber “até que ponto a legitimação para ser titular de direitos fundamentais está à disposição do particular”⁹⁸, já que, conforme adverte Jorge Reis Novais, uma coisa é o conceito de renúncia, outra “é saber até onde vai, no sentido de até onde é admissível, o correspondente poder de disposição individual, ou seja, até à renúncia total ou apenas parcial, até a renúncia ao direito ou só à renúncia ao exercício, até a renúncia definitiva ou tão só temporária”⁹⁹.

Mas antes de propriamente tentar delinear os contornos do instituto, faz-se necessário observar que a compreensão – nesse primeiro momento, ainda em linhas gerais – do que seja ou efetivamente signifique uma renúncia a direito fundamental perpassa, mesmo que brevemente, pela análise dos respetivos institutos ou figuras afins, uma vez que o “uso vulgar e leigo da expressão ‘renúncia’ é muito mais amplo que o conceito jurídico e pode facilmente levar à utilização do termo para situações jurídicas que não são verdadeiramente renúncias”¹⁰⁰, sendo, por isso, importante ater-se aos conceitos de perda, de suspensão e de não-exercício.

Na perda verifica-se “um enfraquecimento da posição jurídica individual tutelada por uma norma de direito fundamental, mas diferentemente do que acontece na renúncia, esse enfraquecimento – na sua causa e na sua medida – é determinado, não já pela vontade concordante do interessado, mas pela ordem jurídica com base na verificação de certos pressupostos de facto”¹⁰¹. O ponto nodal que a diferencia da renúncia reside, pois, no fato de que, para a perda, a vontade ou a concordância do titular do direito é dispensável e, até mesmo, irrelevante, haja vista que os efeitos – o perdimento do direito – são impostos pelo ordenamento jurídico e se encontram, no mais das vezes, vinculados a um comportamento, intencional ou não, do próprio titular do direito em questão. Em que pese o entendimento doutrinário de que não seria tolerável a ideia de perda de direitos fundamentais pela sua utilização abusiva¹⁰²,

⁹⁸ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard – **Direitos fundamentais**. Tradução: António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, 578p. ISBN 978-85-02-13036-4, p. 89.

⁹⁹ NOVAIS, Jorge Reis – Renúncia a direitos fundamentais. In **Perspectivas Constitucionais nos 20 Anos da Constituição de 1976**, Vol. I. Coord. MIRANDA, Jorge. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 263-335. ISBN 972-32-0752-4, p. 271-2.

¹⁰⁰ LABAND, Paul *apud* ADAMY, Pedro Augustin – **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011, 224p. ISBN 978-85-392-0053-5, p. 30.

¹⁰¹ NOVAIS, Jorge Reis – Renúncia a direitos fundamentais. In **Perspectivas Constitucionais nos 20 Anos da Constituição de 1976**, Vol. I. Coord. MIRANDA, Jorge. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 263-335. ISBN 972-32-0752-4, p. 273.

¹⁰² CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**, 7 ed., 20ª reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2003, 1522p. ISBN 978-972-40-2106-5, p. 461.

válido consignar que a própria Constituição Portuguesa, por exemplo, contém dispositivo autorizando a perda do direito fundamental à cidadania, cuja definição das respetivas hipóteses e condições legais é delegada exclusivamente à Assembleia da República (CRP, art. 164º, ‘f’).

Já na suspensão, diferentemente do que ocorre com a perda que, em princípio, apresenta-se de forma definitiva¹⁰³, a privação do direito fundamental se dá de forma temporária, ou seja, somente enquanto durarem os efeitos dessa suspensão. Mas, se por um lado assemelha-se à perda por ignorar o consentimento do respetivo interessado, por outro distancia-se por não restar o enfraquecimento da posição jurídica ligado, necessariamente, ao comportamento do titular do direito, podendo ocorrer em razão de fatos excepcionais ou de circunstâncias jurídico-políticas. Tanto é assim que a ordem constitucional admite que alguns direitos, liberdade e garantias, observado o princípio da proporcionalidade, sejam suspensos em casos de estado de sítio ou de emergência (CRP, art. 19º).

Por seu turno, o não-exercício se dá quando o titular de um direito fundamental, possuindo, com respaldo – direto ou indireto – no ordenamento jurídico em vigor, a opção de exigir ou não determinada posição jusfundamental, opta por não exercê-la, escolha essa que, no mais das vezes, acaba por retratar uma situação fática ou não-jurídica. É dizer, o titular apenas deixa de exercitar uma pretensão que lhe é assegurada pelo direito que lhe assiste, fazendo-o por vontade própria – e não por imposições fático-jurídicas –, sem que essa vontade sofra qualquer exteriorização expressa, o que já não ocorre na renúncia.

O não-exercício pode ser visto ou compreendido por um duplo sentido ou significado: o próprio e o impróprio. O primeiro, traduz uma ideia de mera abstenção do cidadão, que decide não exercer um direito ou pretensão jurídica, por não ser esse direito de exercício obrigatório, como, p. ex., o direito à ação judicial. Tem-se, aqui, o clássico não-exercício de um direito. O segundo, por sua vez, atua como uma espécie ou modalidade de exercício ou, de outra forma, como uma falsa abstenção ou, ainda, uma abstenção aparente. É que o não exercer uma conduta pode, justamente, ser a escolha do modo de exercício buscado pelo cidadão que, dentro das liberdades que lhe são conferidas pela ordem jurídica, entende que o não-fazer lhe será mais proveitoso. Assim, ao exigir algo (faceta positiva) ou simplesmente abster-se de exigi-lo (faceta negativa – sentido impróprio), estará, em verdade, a exercitar uma das alternativas colocadas à disposição pelo direito fundamental que se encontre em debate.

¹⁰³ Existem hipóteses em que a pessoa poderá “readquirir” o direito fundamental perdido. Contudo, nesses casos, comumente dependerá de circunstâncias externas que fogem à simples vontade, tal como ocorre com a própria reaquisição da cidadania portuguesa perdida, cujas hipóteses e procedimentos são matérias de competência exclusiva da Assembleia da República (CRP/76, art. 164º, ‘f’).

O não-exercício, se comparado com a perda e com a suspensão, é o que encontra uma maior similitude com a renúncia. Mas com ela, em absoluto, não se confunde. Muito embora toda renúncia abarque, em seu bojo, um não-exercício, a via contrária não encontra correspondência: o não-exercício não pressupõe uma renúncia.

Assim é que, quem decide trabalhar na iniciativa privada não está, exclusivamente por isso, renunciando ao direito de acesso à função pública (CRP, art. 47º, 2). Quem decide não exercer nenhuma profissão não está a renunciar o direito constitucional de liberdade de profissão (CRP, art. 47º, 1). Quem decide não adquirir imóveis não está, perentória e automaticamente, a renunciar ao seu direito à aquisição de propriedade (CRP, art. 62º, 1). No não-exercício, o indivíduo, simplesmente, por suas próprias forças e independentemente de declaração de vontade – o que já não ocorre na renúncia –, deixa de exercer, deixa de levar a efeito algo que lhe assiste, podendo futuramente voltar a exercer tais faculdades, a qualquer tempo e sem maiores formalidades, porquanto, ao menos em princípio, como regra geral não resta a pessoa, em nenhum momento, afastada da titularidade do direito. Na renúncia genuína, há um afastamento da titularidade do direito, ainda que não de forma perpétua.

Válido observar que, tanto no caso da perda como no da suspensão, as causas que as determinam são consideradas heterónomas, isto é, externas ao titular do direito afetado, nisso residindo uma diferença marcante em relação ao instituto da renúncia. Nesta, a causa é considerada autónoma, assim como também ocorre no não-exercício, muito embora neste último caso não exista, tal como na renúncia, a necessidade de ser a vontade do titular do direito exteriorizada por meio de uma expressa e vinculativa declaração. Vale dizer, no caso da renúncia, a exteriorização da vontade é essencial, ou seja, é imprescindível e vinculativa, enquanto no não-exercício ela é sempre accidental ou prescindível.

2.1.1.1. Colisão e concorrência de direitos fundamentais

Conforme destaca José Carlos Vieira de Andrade, as situações de conflito de direitos fundamentais, que “são inevitáveis e devem considerar-se típicas do sistema, surgem cada vez com mais frequência, em face do alargamento doutrinal e jurisprudencial do âmbito e da intensidade de protecção dos direitos fundamentais”¹⁰⁴.

Por essa razão, visando a evitar equívocos terminológicos que possam impedir a exata compreensão da questão, e para que se possa intentar chegar-se à correta solução de um

¹⁰⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de – **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 6 ed. Coimbra: Edições Almedina, 2019, 387p. ISBN 978-972-40-7922-6, p. 107.

problema constitucional com base no estudo do instituto da renúncia a direitos fundamentais, primordial que, antes de mais nada, seja verificada e delimitada qual a espécie de conflito, prioritariamente, está-se diante, ou seja, se o caso concreto traduz a hipótese de uma colisão ou, de modo diverso, de uma concorrência – também chamada de concurso – de direitos fundamentais, mormente porque a conclusão por esta ou por aquela modalidade de conflito definirá o método mais adequado¹⁰⁵ de análise e, inclusive, de controlo da validade de eventual ato efetivamente renunciatório.

Existe concorrência de direitos fundamentais quando o comportamento de uma mesma pessoa ou o bem jurídico ou pretensão que lhe assista preenche os pressupostos de fato de mais de um direito fundamental, o que pode ocorrer de duas formas, por meio de “um cruzamento de direitos fundamentais, ou seja, o comportamento de um titular é incluído no âmbito de proteção de vários direitos fundamentais”¹⁰⁶ ou, de outro modo, quando há uma acumulação de direitos fundamentais, onde não é mais o “comportamento que pode ser subsumido no âmbito de vários direitos que se entrecruzam entre si, mas, sim, um determinado bem jurídico o qual leva à acumulação, na mesma pessoa, de vários direitos fundamentais”¹⁰⁷.

Por outro lado, há colisão – autêntica – de direitos fundamentais quando o seu exercício por uma pessoa interfira, obstaculizando ou restringindo, no exercício de um direito fundamental por outro titular. Aqui “não estamos perante um *cruzamento* ou *acumulação* de direitos (como na concorrência de direitos), mas perante um ‘choque’, um autêntico *conflito* de direitos”¹⁰⁸, o que, da mesma forma, não deve ser confundido com a chamada colisão imprópria ou inautêntica porque, nesta última, o direito fundamental colide com outros bens constitucionalmente protegidos.

Portanto, e como o próprio nome sugere, na colisão os direitos fundamentais de titulares diversos caminham literalmente na contramão de direção e, por isso, acabam por se chocar, impedindo ou restringindo mutuamente a efetivação dos seus exercícios, o que já não ocorre na

¹⁰⁵ As figuras jurídicas da colisão e da concorrência de direitos fundamentais desempenham papéis dogmáticos diversos. A “colisão deve ser enfrentada somente no momento da possível justificação de uma intervenção estatal”, enquanto que a concorrência “diz respeito a um problema bastante diverso que no exame de constitucionalidade tem caráter de questão preliminar e, por isso, muitas vezes, é tratado no exame de admissibilidade (interesse processual de agir). No âmbito da concorrência se determina o parâmetro de avaliação” (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo – **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, 330p. ISBN 978-65-5065-243-2, p. 210).

¹⁰⁶ SILVA, Christine Oliveira Peter da – **Hermenêutica de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, 308p. ISBN 85-7469-265-4, p. 109.

¹⁰⁷ SILVA, Christine Oliveira Peter da – **Hermenêutica de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, 308p. ISBN 85-7469-265-4, p. 109.

¹⁰⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**, 7 ed., 20ª reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2003, 1522p. ISBN 978-972-40-2106-5, p. 1270.

concorrência. Nesta, uma “determinada situação ou conduta pode ser subsumida no âmbito de protecção de diversos direitos fundamentais” ¹⁰⁹, ou seja, conforme assevera J.J. Gomes Canotilho, a concorrência oferece “dificuldades quando os vários direitos concorrentes estão sujeitos a limites divergentes, devendo determinar-se qual, dentre os vários direitos concorrentes, assume relevo decisivo” ¹¹⁰, o que parece espelhar de forma mais precisa o assunto a ser aprofundado – renúncia – na presente pesquisa, haja vista que, ao fim e ao cabo, o verdadeiro “problema dos concursos é o de saber *qual, dentre vários* direitos fundamentais do mesmo titular, que à primeira impressão são pertinentes, é respectivamente o *decisivo*”¹¹¹.

2.1.2. Dimensões e modalidades de renúncia

Afirma-se que a renúncia possui duas *dimensões* distintas. À semelhança do que ocorre no não-exercício impróprio, a renúncia também pode ser vista como um modo de atuação perante o direito fundamental, porquanto, da mesma forma, pode, justamente, ser a escolha buscada pelo cidadão-titular que, dentro das liberdades que lhe são conferidas pela ordem jurídica, entende que renunciar lhe será mais vantajoso do que o exercício e a própria manutenção da titularidade do direito em questão. Dessa forma, ao renunciar estaria a pessoa, em realidade, a valer-se de uma das alternativas colocadas à disposição pela ordem jurídica, alternativas essas cujo modo de implementação passariam, obrigatoriamente, pela autonomia individual, a qual, por sua vez, deve sempre ser avaliada em conjunto com o indissociável direito de liberdade e de livre desenvolvimento da personalidade que, em última análise, encontra-se atrelado – sem que isso signifique uma ausência de limites – aos demais direitos fundamentais em razão da sua íntima ligação com a dignidade da pessoa humana. Já no que diz respeito à segunda dimensão, a renúncia atua como autolimitação ou autorrestricção, traduzindo uma permissão, dada pelo próprio titular – restrição autónoma, portanto – de interferência e enfraquecimento no âmbito de protecção que a norma fundamental naturalmente lhe confere.

É o que leciona Jorge Reis Novais, quando afirma que o exercício de um direito fundamental, em algum modo e sentido, inclui a possibilidade de sua disposição na forma de autolimitação, podendo assim materializar a concretização de interesses próprios considerados

¹⁰⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de direito constitucional**, 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, 1662p. ISBN 978-85-53602-87-2, p. 254.

¹¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**, 7 ed., 20ª reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2003, 1522p. ISBN 978-972-40-2106-5, p. 1269.

¹¹¹ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard – **Direitos fundamentais**. Tradução: António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, 578p. ISBN 978-85-02-13036-4, p. 156.

mais relevantes ou melhor alcançáveis pelo seu exercício negativo; no entanto, “não significa isto dizer que os requisitos de admissibilidade da decisão de não exercício e da decisão de renúncia sejam os mesmos, mas apenas que o fundamento de um e de outro poder é o mesmo, ou seja, o reconhecimento na pessoa do titular do direito fundamental, porque é o titular do direito, de um poder básico de disposição onde a sua vontade é juridicamente relevante”¹¹².

Por outro lado, a renúncia também pode ser vista sob duas *modalidades*: renúncia ao próprio direito fundamental e renúncia ao exercício do direito fundamental. Na primeira hipótese, há uma renúncia à titularidade do direito; na segunda, uma renúncia à capacidade de exercício. Abordando novamente a questão, Jorge Reis Novais refere que a vantagem do reconhecimento dessa distinção é a de tornar evidente os valores que devem ser ponderados quando da análise da validade de uma renúncia, porquanto renunciar à titularidade de uma posição tutelada pela norma é abdicar totalmente à capacidade jurídica de exercício das faculdades ou poderes decorrentes do direito renunciado, enquanto que a renúncia ao mero exercício não é, ao menos em princípio, definitiva, uma vez que, continuando o indivíduo na titularidade da posição jurídica, sempre poderá, ao menos potencialmente, reassumir a plenitude da capacidade de exercício com a revogação da declaração renunciatória¹¹³.

O grande dilema que se insere se dá em relação a alguns poucos direitos fundamentais que, pela sua própria natureza e função, parecem não autorizar qualquer ato renunciatório ou, até mesmo, o mero não-exercício, como no caso do direito à vida que, em caso de não-exercício ou de renúncia, restará atingido na sua própria essência e, portanto, aniquilado, questão essa que oportunamente pretendemos melhor aprofundar.

2.2. Pressupostos à admissibilidade da renúncia a direitos fundamentais

2.2.1. Por que estabelecer pressupostos à renúncia?

Vários são os temas passíveis de uma abordagem mais rigorosa pelo viés da renúncia a direitos constitucionalmente protegidos, destacando-se aqueles que acabam por despertar, no campo social, político e jurídico, um maior embate argumentativo, geralmente envolvendo – de

¹¹² NOVAIS, Jorge Reis – Renúncia a direitos fundamentais. In **Perspectivas Constitucionais nos 20 Anos da Constituição de 1976**, Volume I. Coord. MIRANDA, Jorge. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 263-335. ISBN 972-32-0752-4. p. 288.

¹¹³ NOVAIS, Jorge Reis – Renúncia a direitos fundamentais. In **Perspectivas Constitucionais nos 20 Anos da Constituição de 1976**, Volume I. Coord. MIRANDA, Jorge. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 263-335. ISBN 972-32-0752-4. p. 283.

forma isolada ou conjunta – questões ligadas, *v.g.*, ao direito à saúde, à integridade pessoal, à intimidade da vida privada, à liberdade religiosa e à vida humana.

Nesse sentido, inúmeros questionamentos são frequentemente colocados em discussão: o cidadão pode, de forma ilimitada e irrestrita, renunciar um direito fundamental visando à obtenção de uma benesse que lhe pareça proveitosa? Podem os pais recusar um tratamento médico – negando o direito à saúde – ao filho menor? O direito à liberdade religiosa poderia legitimar esta recusa dos genitores? E se esta recusa colocar em xeque, inclusive, o direito à vida do filho? Haveria, por outro lado, uma verdadeira renúncia a um direito no caso da interrupção voluntária da gravidez? E a morte medicamente assistida, merece ser aceita em nome da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento da personalidade, sempre que evidenciado um intenso sofrimento decorrente de dores atrozes e da inexistência de cura para a enfermidade a que se encontra o paciente acometido?

Afinal, o que seria necessário à aceitação do instituto da renúncia? Quais seriam os requisitos para se admitir uma autolimitação a direitos fundamentais?

Por esses e outros questionamentos é que se mostra imprescindível estabelecer quais seriam os pressupostos de admissibilidade do ato renunciatório, abordando questões como a capacidade e a titularidade do direito em causa, a temporalidade e a revogabilidade do ato, a exigência ou não da obtenção de algum benefício àquele que renuncia, assim como a própria manifestação de vontade e as condições de quem a exterioriza e nas quais é exteriorizada, pois somente após o estabelecimento de um panorama geral de condições mínimas se poderá sopesar e ponderar os valores em jogo e corretamente abordar a validade material de uma renúncia.

A fixação desses pressupostos de admissibilidade do ato renunciatório se mostra de suma importância porque, em última análise, o cerne da questão a envolver a renúncia a direitos fundamentais reside em saber se o indivíduo, enquanto pessoa maior e capaz, deve ser protegido contra si mesmo – e, caso positiva a resposta, em que medida e extensão essa proteção deverá ser implementada – ou, de modo diverso, se merece ser integralmente livre para tomar todas as decisões – boas ou ruins – que entender melhor adequadas a si próprio.

2.2.2. Pressupostos subjetivos à renúncia

2.2.2.1. *Capacidade e titularidade*

De um modo geral, e nos termos da legislação ordinária, a capacidade das partes é sempre indispensável à validade do ato jurídico, identificando-se, genericamente, com a própria

ideia de personalidade jurídica, de modo que, em regra, tendo-se esta, tem-se também capacidade. Contudo, diferentemente do que acontece com a personalidade, que se traduz em um conceito absoluto e alheio a gradações – não se é mais ou menos pessoa¹¹⁴ –, a capacidade, por possuir caráter meramente relativo, mostra-se suscetível de ser concretizada de formas variadas; daí o porquê da diferenciação entre capacidade de exercício e de gozo. Esta última consiste na suscetibilidade para ser sujeito ativo ou passivo de relações jurídicas. De forma mais clara, sem a capacidade de gozo – que não poderá ser suprida – o sujeito não poderá ser destinatário das respetivas consequências jurídicas, adquirindo direitos ou contraindo obrigações. Já aquela primeira, retratando uma qualidade ou aptidão da pessoa, mostra-se suprável por meio de representação, fenómeno esse em que há “uma separação, entre quem age (representante) – o *actor* – e aquele em cuja esfera jurídica se produz a eficácia jurídica da ação (representado) e a quem é imputada a autoria do agir representativo – o *autor*”¹¹⁵.

Não obstante, quanto ao exercício dos direitos fundamentais e, mais especificamente, ao tema atinente à renúncia, não existe essa relação estritamente necessária entre capacidade de gozo e capacidade de exercício. Assim é que, a título exemplificativo, uma criança, mesmo considerada pela legislação civil como absolutamente incapaz, pode, mesmo sem qualquer representação legal, exercer o seu direito fundamental à liberdade religiosa e, sem maiores problemas, professar livremente a sua fé. Quando a Constituição Portuguesa de 1976 afirma ser inviolável a liberdade de religião (art. 41, n.º 1) ou quando assevera que ninguém poderá ser perseguido ou privado de direitos em razão das suas convicções ou práticas religiosas (art. 41, n.º 2), refere-se, indubitavelmente, a toda e qualquer pessoa de cidadania portuguesa¹¹⁶, independentemente da sua capacidade civil. É que o exercício de um direito fundamental, quase sempre, é um exercício de fato e, portanto, a capacidade jurídica perde o seu caráter de elemento essencial à eficácia do direito ou à fruição das posições jurídicas que dele decorrem.

Em relação aos direitos fundamentais – especialmente aos, assim chamados, direitos de liberdade – que não necessitam de um determinado conhecimento, de uma maior compreensão ou da tomada de decisões específicas, não haverá necessidade de se questionar sobre a existência da capacidade. Em outras palavras, o seu exercício ou eventual renúncia, na maior parte dos casos, independerá da capacidade civil, que será apenas exigível de forma

¹¹⁴ TELLES, Inocêncio Galvão – **Manual dos contratos em geral**, 4 ed., refundido e actualizado. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. 551p. ISBN 972-32-1103-3, p. 386.

¹¹⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Teoria geral do direito civil**, 8 ed. Coimbra: Almedina, 2015, 708p. ISBN 978-972-40-6265-5, p. 284-5.

¹¹⁶ Assim como, nos termos do artigo 15º da Constituição da República Portuguesa, também aos estrangeiros, apátridas em solo português e cidadãos europeus.

excepcional. Ainda assim, não há como se fixar uma regra inflexível à capacidade para o exercício dos direitos fundamentais, sendo sempre necessário que “se perquirir, no caso concreto, da real e efetiva necessidade da capacidade civil para o exercício daquele direito fundamental específico. Uma vez verificada a impossibilidade pelo civilmente incapaz, tornar-se-á, de plano, necessária a representação por pessoa capaz” ¹¹⁷.

Portanto, para o exercício dos direitos fundamentais e, consequentemente, para a renúncia desses direitos, a capacidade, em certa medida, confunde-se com a própria personalidade jurídica, salvo quando, excepcionalmente, prevê de forma diversa a própria ordem constitucional, tal como ocorre, v.g., com o artigo 49º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, ao asseverar que o direito ao sufrágio é estendido a todos os cidadãos maiores de dezoito anos, além de ressaltar as incapacidades previstas na lei geral. Ou seja, ao direito de sufrágio foi exigida uma condição/qualidade, qual seja, ser maior de dezoito anos de idade e não apresentar nenhuma incapacidade eventualmente disciplinada pela lei.

Daí porque, no mais das vezes, mostra-se mais importante – especialmente, mais uma vez, no que respeita aos direitos de liberdade, foco primordial do presente ensaio – investigar a titularidade do direito. Como a capacidade para exercer o direito fundamental traz consigo a capacidade para renunciá-lo, forçoso se torna afirmar que a renúncia só poderá ser operada pelo próprio titular do direito, de modo que essa “relação direta entre capacidade e titularidade traz para o campo da titularidade todos os problemas envolvidos na capacidade” ¹¹⁸.

A titularidade é, pois, condição *sine qua non* à perfectibilização da renúncia, o “que pressupõe, desde logo, que quem renuncia seja o titular dessa posição jurídica e possa dispor dela” ¹¹⁹. Mas só titularidade – e ausência de exceções impeditivas quanto à capacidade – não basta. O ato de renúncia sempre toma também por base o poder de disposição sobre o direito que estiver sendo questionado ou sobre as posições jurídicas que dele advém.

De fato, a disponibilidade mantém íntima ligação com a renunciabilidade, valendo consignar o alerta de que o “poder de disposição – e a conseqüente possibilidade de renúncia – será tanto maior quanto o direito fundamental tiver relação tão somente com o indivíduo, isto é, afetar somente a ‘esfera de liberdade individual’ e será tão mais relativizado quanto a

¹¹⁷ ADAMY, Pedro Augustin – **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011, 224p. ISBN 978-85-392-0053-5, p. 61.

¹¹⁸ ADAMY, Pedro – Renúncia a direitos fundamentais. In **Curso de direito constitucional**. Coord. ALVIN, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão; e STRECK, Lenio. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 173-84. ISBN 978-85-9477-165-0, p. 176.

¹¹⁹ NOVAIS, Jorge Reis – Renúncia a direitos fundamentais. In **Perspectivas Constitucionais nos 20 Anos da Constituição de 1976**, Volume I. Coord. MIRANDA, Jorge. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 263-335. ISBN 972-32-0752-4, p. 302.

proteção de outros valores constitucionais estiverem subjacentes ao direito fundamental, e o ato de disposição for dirigido em relação a algum ente estatal”¹²⁰.

2.2.2.2. *Direitos de terceiros*

A proposição que deve ser respondida nesse tópico diz respeito à validade de uma renúncia efetivada sobre direitos fundamentais de terceiros (renúncia direta) ou, de outra forma, sobre eventuais direitos – ainda que próprios – cujas consequências repercutirão, isolada ou conjuntamente, na esfera de direitos e interesses fundamentais alheios (renúncia indireta).

Por ser a titularidade imprescindível à renúncia, ou seja, se somente se pode dispor daquilo que lhe pertence, a declaração de vontade abdicativa no sentido de se autorizar uma intervenção sobre um direito do qual não se é titular se mostra, na generalidade dos casos, inadmissível. Essa é a resposta imediata – e até mesmo intuitiva – ao questionamento e que, a toda evidência, parecer mais acertada sob o ponto de vista hermenêutico: o ato renunciatório deve permanecer limitado aos interesses do próprio titular.

Nesse sentido, lembra Pedro Adamy que alguns autores, como Gerd Sturm, afirmam a “impossibilidade de renúncia ou consentimento em relação a direito de terceiros, devendo o ato renunciatório permanecer, sempre, na esfera de interesses do próprio titular, não alcançando direitos fundamentais que não sejam o do próprio titular”¹²¹.

Deve, portanto, ser considerada inválida a renúncia formalizada diretamente em relação a direitos de terceiros, raciocínio esse que também valerá para a renúncia que assim venha a ser porventura efetivada indiretamente, devendo ser considerada válida – se atendidos os respectivos requisitos e pressupostos – apenas naquilo que toca ao direito próprio do renunciante e, por outro lado, absolutamente inválida em relação a todas as demais consequências que venham a recair sobre o direito ou interesse alheio.

Isso, contudo, não significa que, de forma evidentemente excepcional, não se possa aceitar eventuais renúncias, por exemplo, dos pais em *favor* dos filhos menores. O que deve ser perentoriamente excluída é a possibilidade de renúncia feita em prejuízo de terceiros, mas não quando assim o forem efetivadas em seu benefício. Veja-se que uma coisa é autorizar uma intervenção cirúrgica visando ao restabelecimento da saúde do filho – haverá, ainda que

¹²⁰ ADAMY, Pedro Augustin – **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011, 224p. ISBN 978-85-392-0053-5, p. 82.

¹²¹ ADAMY, Pedro Augustin – **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011, 224p. ISBN 978-85-392-0053-5, p. 83-4.

reflexamente, uma renúncia à integridade corporal para que o procedimento médico seja realizado –, outra, bem diversa, e cujas conclusões quanto à sua admissibilidade serão sempre cercadas de polémica, seria autorizar, *v.g.*, a efetivação de uma eutanásia direta mediante a renúncia à vida do filho menor. Nesse ponto, válido lembrar que a regra basilar no instituto da representação – legal ou contratual/voluntária – é a de que o representante deva sempre atuar em nome e em benefício da pessoa representada, invariavelmente respeitando e agindo de acordo com os interesses desta última. A liberdade e a autonomia da vontade dos incapazes também hão de ser respeitadas em nome da dignidade da pessoa humana.

2.2.2.3. Declaração de vontade

Conforme ressaltado anteriormente, renúncia e não-exercício mantêm similitudes, mas nem por isso acabam por se confundir. Embora a renúncia traga em sua essência um não-exercício, não é possível percorrer com a mesma precisão o caminho inverso, justamente porque este último instituto não pressupõe uma necessária exteriorização da vontade do indivíduo que, no que se refere à renúncia a direitos fundamentais, atua como elemento central.

A existência de uma declaração de vontade apta a autorizar uma interferência ou dirigida a produzir um enfraquecimento do direito fundamental, ou das posições jurídicas que este oferece, é imprescindível¹²² à renúncia e deve se revestir de carácter voluntário.

Precisa, pois, ser feita de forma evidentemente consciente e voluntária, haja vista que essa declaração vinculará o seu titular ao desejo exteriorizado, o que evidencia que quem renuncia deve estar em plenas condições de avaliar as respectivas consequências; daí porque, em determinados casos, poderá ser “necessário submeter a renúncia à análise da maturidade decisória (*Entscheidungsreife*) ou da maturidade de compreensão (*Verstandesreife*)”¹²³, ou

¹²² Mas não isoladamente, por si só, considerado como suficiente à renúncia a direitos fundamentais. Calha apenas observar que o brocado *volenti non fit injuria*, segundo o qual o consentimento do titular sempre excluiria eventuais danos ou prejuízos, possui valor meramente relativo em se tratando de renúncia a direitos fundamentais. Contudo, mesmo chegando a ser tratado como “concepção ultrapassada” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**, 7 ed., 20ª reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2003, 1522p. ISBN 978-972-40-2106-5, p. 463), não se poderá olvidar que o princípio não perderá completamente a sua função, podendo até mesmo ser utilizado como embasamento argumentativo favorável à renúncia, quando em jogo estiverem aqueles “direitos em que não houver uma faceta protetiva, isto é, de necessidade de proteção estatal do direito fundamental, e que regule exclusivamente direitos individuais e disponíveis” (ADAMY, Pedro – Renúncia a direitos fundamentais. In **Curso de direito constitucional**. Coord. ALVIN, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão; e STRECK, Lenio. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 173-84. ISBN 978-85-9477-165-0, p. 175).

¹²³ ADAMY, Pedro – Renúncia a direitos fundamentais. In **Curso de direito constitucional** – Coord. ALVIN, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão; e STRECK, Lenio. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 173-84. ISBN 978-85-9477-165-0, p. 175.

seja, a declaração de vontade somente poderá ser validamente exteriorizada por quem esteja no pleno exercício das suas faculdades mentais e possua evidente aptidão de apreender o significado desse ato. *A contrario sensu*, não poderão ser aceitas renúncias por parte de quem, por exemplo, possua perturbações mentais ou que, em razão da idade – tenra ou avançada –, não esteja em condições de corretamente expressar sua vontade.

Ainda, importante observar que, além de voluntária e consciente, a declaração de vontade há de ser feita sempre de forma *inequívoca*, o que significa dizer que não poderá ser, simplesmente, presumida ¹²⁴. Mas, da mesma forma, também deverá ser inequívoca a ponto de não suscitar quaisquer dúvidas, seja quanto ao real significado da vontade renunciatória, seja em relação ao respetivo alcance e duração da declaração exteriorizada.

2.2.2.4. *Manifestação livre*

Apenas expressar inequivocamente a vontade e possuir condições de avaliar as consequências da decisão renunciatória não bastam para assegurar a existência de uma verdadeira voluntariedade. A declaração deve ser fruto de uma vontade exteriorizada de forma *totalmente livre*, de modo a se garantir a “autenticidade e genuinidade da manifestação de vontade do titular que justifica a restrição” ¹²⁵.

Deve ser feita, portanto, sem constrangimentos ou ameaças, não podendo a vontade estar viciada por eventual erro, dolo ou coação, porquanto deverá traduzir um “exercício autónomo de liberdade e não um mero disfarce de uma restrição heterónoma não admissível” ¹²⁶.

José Carlos Vieira de Andrade lembra que, com relação à coação, torna-se irrelevante a sua natureza física, moral ou até mesmo económica, especialmente, em relação a esta última, quando “se trate de uma pressão forte efectivamente exercida ou naqueles casos de vulnerabilidade em que exista um dever especial de protecção estadual, não devendo admitir-se, nesse sentido, o consentimento puramente *tolerante*” ¹²⁷, embora nos lembre Jorge Reis Novais que os casos de difícil resolução surgem sempre em uma zona fronteira, podendo ser

¹²⁴ Em se tratando de renúncia a direito fundamental, a única presunção admissível será a que caminha em sentido inverso: caso não seja feita de forma inequívoca, faltando-lhe precisão ou clareza, ou existindo dúvidas quanto à genuína vontade da pessoa renunciante, será viável presumir que não houve consentimento voluntário e assim concluir pela invalidade da declaração renunciatória levada a efeito.

¹²⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de – **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 6 ed. Coimbra: Edições Almedina, 2019, 387p. ISBN 978-972-40-7922-6, p. 304.

¹²⁶ NOVAIS, Jorge Reis – Renúncia a direitos fundamentais. In **Perspectivas Constitucionais nos 20 Anos da Constituição de 1976**, Volume I – Coord. MIRANDA, Jorge. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 263-335. ISBN 972-32-0752-4. p. 304.

¹²⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de – **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 6 ed. Coimbra: Edições Almedina, 2019, 387p. ISBN 978-972-40-7922-6, p. 304.

muito difícil discernir entre o consentimento voluntário e o consentimento condicionado ou forçado pelas circunstâncias de desigualdade material ou de dependência, já que sempre haverá algo de não espontaneamente querido na decisão de renúncia ¹²⁸.

Válido observar, nesse particular, que a forma livre e autodeterminada da declaração não se confunde com as condições pessoais para a avaliação dos reflexos do ato renunciatório, razão pela qual cada caso deverá sofrer uma análise estanque e personalizada.

Assim é que, por exemplo, se uma pessoa estiver sendo coagida a renunciar a uma posição jusfundamental, a vontade que acabará por expressar estará, desde o início, viciada na própria raiz. Mas isso, necessariamente, e por si só, não lhe retirará a capacidade de avaliar as consequências daquela renúncia. Mesmo avaliando o ato renunciatório e tendo plena ciência que não lhe será vantajoso sob aspecto algum, poderá, mesmo assim, acabar se vendo pressionado ou obrigado a assim o declarar.

É que o sujeito coagido mantém íntegra a sua capacidade de discernimento, muito embora se veja impedido de prosseguir de acordo com suas conveniências ou preferências pessoais. Haverá, no caso, uma falsa voluntariedade, absolutamente incapaz de dar validade à renúncia. É que induzir “ao erro é diferente de coagir a fazer algo. Na primeira situação, o sujeito enganado não tem o correto discernimento do que faz, pois houve uma projeção errônea dos fatos provocada pelo agente. Já na segunda, quem foi coagido tem discernimento, conhece a realidade fática, porém não consegue comportar-se conforme sua consciência e vontade”¹²⁹.

Portanto, muito importante observar, por vezes o vício estará – e assim deverá ser analisado – na própria vontade, não propriamente na clareza da respetiva declaração ou, de outra forma, na forma inequívoca como será exteriorizado esse pedido ou consentimento.

2.2.3. Pressupostos objetivos à renúncia

2.2.3.1. *Revogabilidade*

Sendo a renúncia a direito fundamental fruto de uma manifestação de vontade da pessoa, natural e intuitivo que, assim, também deva se sujeitar a possibilidade de revogação a qualquer momento, igualmente por meio da manifestação de vontade, agora revogatória.

¹²⁸ NOVAIS, Jorge Reis – Renúncia a direitos fundamentais. In **Perspectivas Constitucionais nos 20 Anos da Constituição de 1976**, Volume I – Coord. MIRANDA, Jorge. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 263-335. ISBN 972-32-0752-4, p. 305.

¹²⁹ MARTINELLI, João Paulo Orsini – **Paternalismo jurídico-penal: limites da intervenção na liberdade individual pelo uso das normas penais**, São Paulo: LiberArs, 2015, 246p. ISBN 978-85-64789-52-2, p. 141.

Caminhando nessa linha cognitiva, anota Canotilho que “a autolimitação voluntária ao exercício de um direito num caso concreto (uma renúncia geral de exercício é inadmissível) deve considerar-se sempre sob *reserva de revogação* a todo o tempo”¹³⁰. Essa reserva de revogação significa, justamente, a possibilidade de o titular do direito, a qualquer tempo, rever parcial ou integralmente a renúncia anteriormente formalizada, reassumindo todas as posições jurídicas até então vigentes antes do ato renunciatório, valendo alertar que essa revogação, no entanto, terá apenas efeitos *ex nunc*, ou seja, surtirá efeitos somente a partir da nova manifestação de vontade – declaração revogatória –, sempre a contar do momento em que a situação fática da renúncia deixou de ser desejada¹³¹.

Não há renúncia válida, enfim, sem que exista a possibilidade de sua revogação por iniciativa exclusiva do respetivo titular do direito posto em causa.

Esse ponto, contudo, não se apresenta unânime. Jorge Reis Novais, por exemplo, ao destacar a distinção entre renúncia à titularidade do direito e renúncia à capacidade de exercício de um direito fundamental, assevera que, nesta última hipótese, a renúncia não seria definitiva porque o sujeito continuaria na titularidade da posição jurídica e, por isso, poderia sempre, ao menos potencialmente, reassumir a plenitude da capacidade de exercício por meio da simples revogação da sua declaração de renúncia. Mas, por outro lado, prossegue o autor, em se tratando de uma renúncia à titularidade de uma posição jurídica tutelada haveria uma renúncia total à capacidade jurídica de exercício das faculdades ou poderes decorrentes dessa posição por todo o tempo previsto na declaração de renúncia, concluindo, assim, que a possibilidade de “reassunção da plenitude dos poderes dele decorrente já não dependeria só de uma decisão unilateral do próprio, mas antes e também de uma decisão heterónoma”¹³².

Esse posicionamento é criticado, v.g., por Pedro Adamy, para quem a “conclusão do professor português é válida para demonstrar que existe a diferença entre a renúncia ao direito e ao exercício do direito. Entretanto, equivoca-se no sentido de que condiciona a revogação da renúncia a uma decisão heterónoma. Com efeito, a renúncia – tanto ao exercício quanto à titularidade – pode ser revogada, a qualquer tempo, por iniciativa do próprio titular”¹³³.

¹³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**, 7 ed., 20ª reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2003, 1522p. ISBN 978-972-40-2106-5, p. 465.

¹³¹ ADAMY, Pedro Augustin – **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011, 224p. ISBN 978-85-392-0053-5, p. 115.

¹³² NOVAIS, Jorge Reis – Renúncia a direitos fundamentais. In **Perspectivas Constitucionais nos 20 Anos da Constituição de 1976**, Volume I. Coord. MIRANDA, Jorge. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 263-335. ISBN 972-32-0752-4, p. 283.

¹³³ ADAMY, Pedro Augustin – **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011, 224p. ISBN 978-85-392-0053-5, p. 57.

De nossa parte, entretanto, a pretensa divergência pode e merece ser conciliada mediante uma necessária e clara distinção de situações.

É que, *s.m.j.*, uma coisa é a revogação da renúncia, logo a partir da declaração revogatória exteriorizada, no sentido da cessação dos seus efeitos legais no campo da admissibilidade constitucional, ou seja, deixando de possuir validade para se constituir em um abuso passível de apuração e responsabilização. Outra, é a revogação da renúncia a ser operada em termos práticos, é dizer, no sentido de fazer valer a vontade renunciatória e efetivamente interromper, faticamente – não mais apenas no plano jurídico –, os atos até então autorizados pela renúncia antes efetivada, o que talvez fique mais claro a partir de um exemplo concreto.

Sabido que, nos termos da vigente Constituição da República Portuguesa, são consideradas nulas todas as provas obtidas mediante a abusiva intromissão em domicílio (art. 32º, n.º 8). Igualmente, sabe-se que a entrada no domicílio particular somente poderá legalmente ser efetivada se ordenada por autoridade judicial competente, salvo se assim for autorizado pelo próprio proprietário do imóvel, conforme se extrai, sem maiores dificuldades interpretativas, da redação inserta no artigo 34º, n.º 2, do texto constitucional.

Dessa forma, um cidadão que venha a consentir no ingresso de uma equipe policial em sua residência, acabará, em princípio, por renunciar ao direito à inviolabilidade do seu domicílio, com isso autorizando a entrada legal e válida na sua residência. Contudo, se minutos depois acaba por se arrepender e revoga a sua vontade inicial, expressamente exteriorizando-a aos agentes públicos que haviam ali ingressado e exigindo que deixem o local, estará a fazer uso da imprescindível reserva de revogação, que deve se manter sempre ao alcance do indivíduo. Nesse exato momento, a renúncia antes operada deixa de juridicamente existir, não mais encontrando validade no plano constitucional, de modo que os atos que porventura venham a ser doravante praticados – claro, ressalvados aqueles já efetivados e concluídos antes da revogação, efeito *ex tunc* –, traduzirão um abuso passível de apuração e punição. E para tanto, com a devida vénia, basta a vontade do titular do direito.

Por outro lado, considerando que o instituto da renúncia pressupõe exteriorização de vontade e que inicialmente restou autorizada a entrada no domicílio, fazendo com que a equipe policial lá estivesse de forma legal e plenamente harmónica com as normas constitucionais, forçoso concluir que a efetivação prática da superveniente renúncia, qual seja, o efetivo acatamento da revogação da autorização de ingresso no imóvel, não dependerá somente da vontade do titular, mas também de uma decisão a ser tomada, no exemplo ora trabalhado, pelos agentes públicos envolvidos, que devem paralisar suas atividades e deixar o imóvel daquele titular, restituindo-lhe a inviolabilidade domiciliar que lhe é assegurada por força

constitucional. Nesse sentido, sim, a revogação fática e efetiva da anterior renúncia dependerá de uma causa heterónoma.

De qualquer forma, parece-nos que, embora conciliáveis sob esse ponto de vista, as situações não se confundem e, em termos de abordagem e análise da questão sob o enfoque constitucional, há de se garantir sempre a existência de uma reserva de revogação a toda e qualquer renúncia, seja meramente ao seu exercício, seja em relação à titularidade da posição jurídica tutelada, garantindo-se, inclusive como forma de proteção dos direitos fundamentais, que os atos praticados contra comandos constitucionais que não contem com a anuência dos seus titulares, possam e devam ser taxados de abusivos.

De fato, caso não outorgado ao titular do direito esse poder de revogação a qualquer tempo, correr-se-ia o risco de, em termos práticos, transformar uma renúncia em uma descabida perda de direito fundamental sem que se tenha, em contrapartida, qualquer embasamento legalmente previsto no ordenamento jurídico para tanto, o que seria inadmissível. Pelo mesmo motivo, não pode a vontade revogatória restar sujeita ou submissa à boa vontade de terceiros particulares ou do próprio poder público, sob pena de violar a liberdade e a autodeterminação.

A possibilidade de renúncia, assim, deve decorrer sempre de uma causa interna, ou seja, de uma decisão autónoma posterior, expressada de forma contrária à renúncia antes exteriorizada. Afinal, conforme há muito já apontava Hegel, sendo a liberdade a própria substância de um ato voluntário – vontade livre –, pressupondo-se, invariavelmente, a existência de uma reflexão e de uma subordinação ao conteúdo do ato exteriorizado, há de se reconhecer que “o que pela decisão se escolhe, logo a vontade pode abandonar de novo” ¹³⁴.

2.2.3.2. Temporalidade e parcialidade

A renúncia deve, igualmente, preencher as características da temporalidade e da parcialidade. Enquanto esta se refere à extensão do direito ou das posições jurídicas fundamentais dele decorrentes, aquela diz respeito à durabilidade dos efeitos ou consequências do ato renunciatório levado a efeito.

Toda renúncia há de ser temporal, porque necessita estar localizada no tempo, isto é, deve possuir um prazo determinado ou, ao menos, determinável por condições ou termos que

¹³⁴ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich – **Princípios da filosofia do direito**. Tradução: Orlando Vitorino, 4 ed. Lisboa: Guimarães Editores, 333p.,1990, p. 40.

se vinculem à própria vontade renunciatória. Conforme destaca Vieira de Andrade, “tratando-se de uma limitação válida, há-de ser limitada temporalmente”¹³⁵.

Por outro lado, a renúncia há de ser parcial para que não seja o conteúdo essencial do direito aniquilado pela simples vontade do indivíduo. Como ser titular de um direito significa, em realidade, ser titular de um feixe de posições jurídicas fundamentais, a doutrina lembra que “a renúncia não pode recair sobre todas elas, invalidando-as, retirando a eficácia de todas as posições jurídicas advindas do direito fundamental”¹³⁶.

Nesse sentido, mostra-se válido observar que a temporalidade e a parcialidade dão suporte e mote à necessária reserva de revogação que deve acompanhar toda e qualquer renúncia a direito fundamental. A possibilidade de, por meio da vontade, revogar uma renúncia inicialmente exteriorizada de forma válida, deve se fazer sempre presente, deixando-se exclusivamente ao titular do direito renunciado a análise quanto aos critérios de conveniência e oportunidade à eventual manifestação revogatória posterior.

Uma renúncia eventualmente feita sob o caráter *ad aeternum* significaria a extinção do próprio direito, impossibilitando sua eventual revogação. Da mesma forma, uma renúncia que englobasse o direito em sua totalidade também equivaleria a extingui-lo por completo, extirpando qualquer possibilidade de seu exercício em tempo futuro ou, de outra forma, de seu exercício ainda que parcial. E é inegável que a revogação de renúncia também reflete uma das facetas umbilicalmente interligada ao próprio exercício do direito fundamental.

2.2.3.3. *Benefício legítimo*

Diz-se, ainda, que o ato de renúncia deve revelar a concessão de uma vantagem ou benefício legítimo e proporcional ao titular do direito renunciado, sob pena de, inexistindo, restar autorizada a presunção de que não teria ocorrido um consentimento verdadeiramente voluntário e, portanto, deverá ser este considerado inválido.

Assim se posiciona Jorge Reis Novais quando afirma que a invalidação de uma renúncia ocorreria em casos extremos, mas pouco susceptíveis de verificação em Estado de Direito, de evidente falta de voluntariedade ou naqueles “casos em que, por consequência da renúncia não se poder objectivamente traduzir para quem renuncia em qualquer vantagem, ou até o coloca

¹³⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de – **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 6 ed. Coimbra: Edições Almedina, 2019, 387p. ISBN 978-972-40-7922-6, p. 305.

¹³⁶ ADAMY, Pedro Augustin – **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011, 224p. ISBN 978-85-392-0053-5, p. 119.

em pior situação para prosseguir livremente os seus fins pessoais, se deve partir da presunção de que não houve consentimento voluntário e concluir pela invalidade da declaração”¹³⁷. No mesmo sentido, Pedro Adamy, para quem existe a necessidade de um benefício proporcional e legítimo, haja vista que aquele que renuncia “busca a obtenção de algum benefício ou melhora na sua condição”¹³⁸ individual.

Embora não se olvide da sua alocação enquanto pressuposto de uma renúncia, impõe-se apenas trazer à discussão uma pequena reflexão.

Falar em vantagem ou benefício legítimo ou proporcional significa admitir que exista uma espécie de controlo externo sobre a vontade do titular do direito que, se não bem observado e ponderado, poderá até mesmo violar direitos fundamentais outros, especialmente o direito de liberdade de se vincular pela sua vontade, arranhando, consequentemente, a sua autodeterminação e o livre desenvolvimento da sua personalidade, facetas essas que indubitavelmente se ligam à dignidade humana. Afinal, quem avaliará a existência desse benefício para se chegar à conclusão de que estão presentes todos os pressupostos?

A resposta, salvo melhor juízo, parece que levará, invariavelmente, ao acerto da afirmação inicial, qual seja, de que exigir uma rígida análise desse pressuposto – para além de um eventual caso extremo, em que reste evidente a falta de voluntariedade da declaração renunciatória – poderá traduzir uma indevida agressão, por presunção, à dignidade humana por meio de uma não autorizada invasão em sua liberdade de escolha e autodeterminação.

Trazendo à baila o anterior exemplo da pessoa que consente e autoriza o ingresso de uma equipe policial em sua residência, mesmo na ausência de terminação da autoridade judicial competente nesse sentido, pode-se indagar: qual a vantagem ou benefício legítimo ou proporcional o cidadão obteve ao autorizar o ingresso em seu domicílio sem a respetiva decisão judicial? Certamente que se poderá pensar em algum interesse pretensamente justificador. Mas o fato é que essa pessoa pode, simplesmente, entender que esse era o seu dever enquanto pessoa, ou seja, que essa era a coisa certa a fazer – colaborar com as forças policiais, como que uma auto-obrigação¹³⁹ que lhe é imposta enquanto cidadão –, sem sequer cogitar da obtenção de

¹³⁷ NOVAIS, Jorge Reis – Renúncia a direitos fundamentais. In **Perspectivas Constitucionais nos 20 Anos da Constituição de 1976**, Volume I. Coord. MIRANDA, Jorge. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 263-335. ISBN 972-32-0752-4, p. 307.

¹³⁸ ADAMY, Pedro Augustin – **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011, 224p. ISBN 978-85-392-0053-5, p. 120.

¹³⁹ “O sentido do ato de vontade que reconhece a norma (já existente) é uma norma estabelecida pelo sujeito reconhecente, norma a si mesmo dirigida. Quando o sujeito reconhece a norma de uma Moral heterônoma ou de um Direito heterônomo, ele estabelece uma norma que a si próprio prescreve a mesma conduta prevista como a norma reconhecida. Existe o que se qualifica, na maioria das vezes, como ‘auto-obrigação’” (KELSEN, Hans – **Teoria geral das normas**. Tradução: José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986, 509p., p. 104).

futuras ou imediatas vantagens ou melhorias na sua condição individual. E nem por isso – assim pensamos – poderá essa renúncia ao seu direito à inviolabilidade domiciliar, constitucionalmente assegurado, ser considerada, por si só, inválida.

Defender a inflexível necessidade de se avaliar se há ou não um benefício ou vantagem para que, somente assim, seja admitida a renúncia, será o mesmo que se afirmar correto invariavelmente invadir a esfera da liberdade e da autonomia individual alheias. Isso porque aquele que decide renunciar a um direito fundamental, certamente sopesando os prós e os contras de sua conduta, entende que tal renúncia lhe é, de alguma maneira, vantajosa e adequada; enfim, que é a conduta mais acertada para a hipótese.

Portanto, a melhor análise, a ser corretamente dispensada ao presente pressuposto, talvez seja a sua compreensão pela via inversa. A eventual invalidação de uma renúncia operada em razão de um dado direito fundamental ou de posições ou pretensões jurídicas teoricamente favoráveis somente poderá ser reconhecida, não diante da conclusão de uma suposta falta de alguma vantagem ou benefício, mas sim pela *existência de um evidente prejuízo* que, no contexto fático em que ocorra, mostre-se inaceitável e injustificável, porquanto há de se ter em mente que a “vontade actuante no seu fim encontra, na medida em que o orienta para uma existência dada, a representação das consequências”¹⁴⁰, e que aquele que decide renunciar a um direito próprio sempre o faz de acordo com as suas conveniências.

2.2.4. A questão da reserva de lei à renúncia

O tema da renúncia a direitos fundamentais também encontra um importante embate argumentativo no que diz respeito à exigência de reserva legal como requisito prévio de admissibilidade, o qual, no entanto, propositadamente deixamos de abordá-lo dentro dos tópicos destinados aos pressupostos subjetivos e objetivos à renúncia porque, em primeiro lugar, comungamos do entendimento segundo o qual o problema da reserva de lei não se liga à admissibilidade da renúncia em si, mas sim à dimensão de efetividade dessa autorrestrição. Em segundo lugar, porque o objetivo precípua da presente dissertação é analisar a admissibilidade e validade da renúncia frente à ordem constitucional. E em terceiro lugar, corolário lógico, porque, decisivamente, não haveria nenhum sentido lógico-hermenêutico em pautar o presente estudo na existência ou não de uma previsão infraconstitucional. Explica-se.

¹⁴⁰ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich – **Princípios da filosofia do direito**. Tradução: Orlando Vitorino, 4 ed. Lisboa: Guimarães Editores, 333p.,1990, p. 117.

Especificamente com relação à existência de previsão legal, como um requisito de admissibilidade ou caracterização à renúncia, há uma divisão na doutrina. Para uma primeira corrente, uma renúncia, se efetivada perante a Administração Pública, só será viável se houver lei autorizativa, porquanto não se poderia deixar de observar o princípio da legalidade.

Já para a segunda, a renúncia dispensaria a autorização legal em qualquer caso, devendo-se garantir o poder de disposição individual em respeito à autonomia da vontade e ao livre desenvolvimento da personalidade, que não podem ficar condicionados ou à mercê da vontade do legislador ordinário¹⁴¹, até mesmo porque a função da reserva legal é a de proteger o cidadão e de preservar os seus interesses, ou seja, a “reserva de lei está funcionalmente vinculada à protecção contra intervenções administrativas feitas contra a vontade do particular afectado; se este pressuposto não existe, a reserva de lei perde a sua função garantística”¹⁴².

Nesse ponto, Jorge Reis Novais muito bem dispõe sobre a questão ao ressaltar que se deve sempre atentar à dupla dimensão da renúncia, enquanto exercício e, simultaneamente, enquanto restrição. No primeiro nível, que ocorre precisamente no momento da declaração renunciatória, a restrição que aí se verifica, por sua própria natureza, não se sujeita à reserva legal por estar intimamente associada à dimensão da renúncia enquanto exercício do direito fundamental. O princípio da reserva legal, assim, somente teria lugar nas restrições que se verificam em momento posterior, mas nunca de uma forma generalizada ou indiscriminada. Aqui seria preciso observar que, numa grande e considerável parcela de casos, essa efetivação da renúncia não se concretizará numa atuação administrativa, mas se realizará e se esgotará em um não-exercício por parte do próprio titular. Então, conclui o autor, o âmbito objetivo de aplicação da reserva de lei ficará reduzido àqueles casos em que, por força e com base nos limites da renúncia levada a efeito, seja verificado, por parte da Administração Pública, uma atuação restritiva ou ablativa de um direito fundamental¹⁴³.

¹⁴¹ “O poder de dispor sobre posições subjetivas de direitos fundamentais não tem, em princípio, de estar previsto em lei prévia, embora em matérias particularmente sensíveis ou nas situações de renúncia em que os titulares dos direitos se encontrem numa posição de maior vulnerabilidade poderá ser de exigir um ato legislativo que venha estabelecer os termos dessa renúncia.” (CRORIE, Benedita Mac – Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares – algumas notas. In **Estudos em homenagem ao professor Doutor António Cândido de Oliveira** – Coord. FIGUEIRAS, Claudia Sofia Melo; FONSECA, Isabel Celeste Monteiro; ROCHA, Joaquim Freitas da; FROUFE, Pedro Madeira, 1 ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 141-150. ISBN 978-972-40-7080-3, p. 148).

¹⁴² NOVAIS, Jorge Reis – Renúncia a direitos fundamentais. In **Perspectivas Constitucionais nos 20 Anos da Constituição de 1976**. Vol. I – Coord. MIRANDA, Jorge. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 263-335. ISBN 972-32-0752-4. p. 313.

¹⁴³ NOVAIS, Jorge Reis – Renúncia a direitos fundamentais. In **Perspectivas Constitucionais nos 20 Anos da Constituição de 1976**. Vol. I – Coord. MIRANDA, Jorge. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 263-335. ISBN 972-32-0752-4. p. 314-7.

Por outro lado, ao se afirmar que o objetivo precípua deste trabalho é a análise da admissibilidade e da validade da renúncia frente à ordem constitucional, não se olvidou de que para a implementação prática e efetiva, *v.g.*, da chamada eutanásia direta – morte medicamente assistida – seja necessária a existência de previsão legislativa nesse sentido a autorizar a atuação por parte do profissional médico. Mas uma coisa é existir um consentimento, uma declaração renunciatória formal e materialmente válida; conquanto seja admissível, por si só, esta não é capaz de tornar eficaz a autolimitação eventualmente exteriorizada. Outra, completamente diferente, muito embora com aquela mantenha íntima correlação, é a existência da respetiva e prévia autorização da lei para tanto, somente mediante a qual se poderá dar efetividade prática à eventual renúncia ao direito à vida, autorizando que alguém, um terceiro estranho ao ato renunciatório, possa lícitamente colocar em prática o desejo formalizado pelo titular da pretensão de uma forma totalmente lícita. Enfim, para a efetivação da medida, tem-se como impositiva a observância do princípio da estrita legalidade dos atos estatais – isso quando a efetivação deles dependa –, direta ou indiretamente levados a cabo.

Por fim, e como acima igualmente assinalado, há que se novamente frisar que, *s.m.j.*, não haveria sentido lógico-hermenêutico em pautar todo o estudo envolvendo a possibilidade de renúncia a direitos fundamentais sobre a existência ou não de previsão infraconstitucional porque, em última análise, as normas legais não poderão, jamais, ser vistas como parâmetros de interpretação das normas constitucionais. O correto caminho hermenêutico a ser observado há de ser sempre o da via reversa, de modo que somente haverá real interesse numa análise mais aprofundada da questão normativa após a constatação da validade jurídico-constitucional¹⁴⁴ – em sentido formal e material –, do ato renunciatório efetivado pelo titular-particular do direito posto em causa. Caso verificada a inviabilidade da renúncia, prejudicada restará – porquanto totalmente desnecessária – qualquer análise sobre a eventual e respetiva lei ordinária; no caso, esta seria inconstitucional.

¹⁴⁴ “Vale frisar que não é uma questão de seres humanos terem direitos, mas que os direitos constroem o humano. A humanidade apresenta muitas tonalidades e tipos. (...) Mas a participação da lei na construção do humano é altamente volátil: a subjetividade jurídica pode ser dada e tomada de volta, e não há qualquer garantia de que o ‘natural’ e o homem jurídico irão coincidir.” (DOUZINAS, Costas – **O fim dos direitos humanos** (Tradução: Luzia Araújo). São Leopoldo, RS: Unisinos, 2009, 418p. ISBN 978-85-7431-333-7, 377).

3. LIMITES E MECANISMOS DE CONTROLO À RENÚNCIA

Estabelecer requisitos à admissão e caracterização de uma renúncia não pode, obviamente, ser confundido com a sua submissão a uma análise sob o espectro da legitimidade e validade quanto ao efetivo exercício do direito fundamental.

Em outras palavras, há igualmente de existir, além dos pressupostos à sua caracterização, barreiras constitucionais – nenhum direito fundamental é absoluto – e parâmetros de controlo dessa renúncia, a qual também terá de ultrapassar com aprovação a reflexão perante alguns tópicos importantes, que deverão ser considerados como autênticos limites – relativos ou absolutos – que lhe darão verdadeira condição de validade material.

3.1. Distinção entre regras e princípios

Costuma-se dizer que o convívio harmónico entre princípios e regras – sistema misto ou combinado – é considerado salutar e necessário, porquanto um sistema composto apenas de princípios – modelo puro de princípios – acabaria sendo demasiadamente flexível, haja vista que facilitaria e fomentaria até mesmo o desrespeito aos comandos normativos expressamente adotadas pela Constituição e assim conduziria à insegurança jurídica diante da total ausência de regramentos mais específicos. Por outro lado, se apenas regras – modelo puro de regras – existissem, teríamos um modelo extremamente formalista e, quiçá, inflexível. Enfim, um sistema de “limitada racionalidade prática”¹⁴⁵.

Conforme pondera Robert Alexy, a distinção entre princípios e regras representa a própria base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução dos problemas centrais que se inserem nessa dogmática, asseverando que sem “ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico”¹⁴⁶.

Há uma pluralidade de critérios distintivos propostos no intuito de estabelecer diferenças claras entre regras e princípios. Nesse sentido, por exemplo, e mesmo reconhecendo se tratar de tarefa complexa, J.J. Gomes Canotilho enumera cinco critérios: o grau de abstração, o grau

¹⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**, 7 ed., 20ª reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2003, 1522 p. ISBN 978-972-40-2106-5, p. 1162.

¹⁴⁶ ALEXY, Robert – **Teoria dos direitos fundamentais**, 5 ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, 669 p. ISBN 978-85-7420-872-5, p. 85.

de determinabilidade, o caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito, a proximidade da ideia de direito e a natureza normogenética¹⁴⁷. O fato é que a questão, em que pese não seja nova, ainda não encontra um consenso.

Embora o tema seja instigante e sobre ele ainda impere certa polémica, princípios e regras possuem pelo menos um ponto em comum: ambos pertencem – e isso praticamente não mais se discute – ao género norma jurídica. O que ainda não se conseguiu sistematizar, de uma forma segura e definitiva, é a correta definição e o real espectro de abrangência e aplicação de cada uma dessas espécies normativas, daí porque se mostra imperioso consignar, desde já, que não se possui nenhuma pretensão de esgotar esse tema em específico, mas apenas a de traçar algumas distinções que poderão auxiliar na apreensão e compreensão do tema da renúncia e das reflexões que o trabalho se propõe a enfrentar sobre o direito fundamental à vida.

Comum é a afirmação de que os princípios constituem as premissas de um sistema, aquilo que lhe serve de base e fundamento, motivo pelo qual seriam normas eminentemente finalísticas, com alto grau de abstratividade e generalidade, utilizadas pelo operador do direito para encontrar determinado mandamento e assim vincular sua atuação. Seriam normas que, por sua generalidade e abrangência, informariam e orientariam a aplicação e a interpretação das demais normas de direito, conferindo unidade ao ordenamento.

As regras, por sua vez, traduziriam a exteriorização das normas jurídicas, a sua expressão linguística, aplicáveis ao caso concreto por subsunção. Humberto Ávila¹⁴⁸ destaca que as regras seriam “normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da

¹⁴⁷ “Saber como distinguir, no âmbito do superconceito norma, entre regras e princípios, é uma tarefa particularmente complexa. Vários são os critérios sugeridos. a) *Grau de abstracção*: os *princípios* são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as *regras* possuem uma abstracção relativamente reduzida; b) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os *princípios*, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as *regras* são susceptíveis de aplicação directa; c) *Carácter de fundamentalidade* no sistema das fontes de direito: os *princípios* são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito); d) “*Proximidade*” da *ideia de direito*: os *princípios* são “standards” juridicamente vinculantes radicados nas exigências de “justiça” (Dworkin) ou na “ideia de direito” (Larenz); as *regras* podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional; f) *Natureza normogenética*: os *princípios* são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**, 7 ed., 20ª reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2003, 1522p. ISBN 978-972-40-2106-5, p. 1160-1).

¹⁴⁸ “Pode-se resumir a distinção entre princípios e regras feita por Humberto Ávila da seguinte maneira: regras são normas que prescrevem comportamentos, já princípios são as normas que prescrevem fins a serem alcançados, significando que os fins previstos pelos princípios devem ser efetivamente buscados (não é mera faculdade do aplicador do Direito, tendo em vista que o referido autor reconhece o carácter deontológico dos princípios)” (LOBO, Bárbara Natália Lages – **O direito à igualdade na Constituição Brasileira**, 2 ed., rev. e ampl. Washington: Global South Press, 2016, 238p. ISBN 978-1-943350-40-7, p. 37).

correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte e nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos”¹⁴⁹.

De um modo geral, pode-se afirmar que existem basicamente duas correntes principais sobre o tema. Para a primeira, os princípios seriam normas de elevado grau de abstração e generalidade, assim impondo, para a sua aplicação prática, um esforço que, no mais das vezes, acabaria por exigir um *alto grau de subjetividade* do aplicador, o que não ocorreria com as regras que, por possuírem pouco ou nenhum grau de abstratividade, demandariam uma aplicação mais objetiva. Para a segunda corrente, capitaneada por Dworkin e Alexy¹⁵⁰, os princípios seriam normas cuja aplicabilidade se caracterizaria, não pela subjetividade do operador, mas sim por meio de um correto processo de peso e ponderação de valores¹⁵¹.

Segundo Alexy, regras traduzem normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas, enquanto os princípios ordenam que algo seja realizado na maior medida e da melhor maneira possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, devendo ser, por isso, considerados como *mandamentos de otimização*. Regras e princípios, porém, serão sempre normas jurídicas, de modo que a distinção entre um e outro se dá exclusivamente no plano qualitativo, não se tratando de uma distinção de grau¹⁵².

¹⁴⁹ ÁVILA, Humberto – **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2015, 237p. ISBN 978-85-392-0280-5, p. 225.

¹⁵⁰ Conforme Bárbara Lobo, Habermas seria o “principal formulador de crítica à doutrina alexyana e à teoria da jurisprudência de valores, destacando as principais diferenças entre princípios e valores, sobretudo, quanto ao caráter deontológico dos primeiros e, teleológico, dos segundos. O autor também distingue normas de valores, considerando que as normas seguem uma lógica binária (são válidas ou inválidas), enquanto os valores são regidos por relações de preferência, bem como de que não é possível a convivência entre normas incoerentes no mesmo sistema (...) Tendo em vista essas distinções de ordem lógica, Habermas não admite que normas e valores sejam aplicados da mesma forma, distinguindo a teoria de Dworkin da teoria de Alexy, afirmando que os direitos fundamentais são vistos pelo primeiro como princípios deontológicos, ao passo que o segundo os vê como ‘bens otimizáveis do direito’ (HABERMAS, 1997, p. 318), opondo-se à teoria da ponderação devido à falta de segurança jurídica, na medida que aquilo que é bom para cada um de nós pode não significar o que é bom para todos.” (LOBO, Bárbara Natália Lages – **O direito à igualdade na Constituição Brasileira**, 2 ed., rev. e ampl. Washington: Global South Press, 2016, 238p. ISBN 978-1-943350-40-7, p. 33-4).

¹⁵¹ Para a solução de eventual conflito entre princípios e regras, a moderna doutrina salienta a necessidade de utilização “de novos métodos hermenêuticos: os critérios de ponderação, razoabilidade ou do chamado ‘princípio de proporcionalidade’, isto porque os métodos clássicos de interpretação jurídica (literal, lógico, teleológico etc.) foram concebidos em uma época em que o ordenamento jurídico processual era tido como repositório de ‘regras’, não sendo concebido naquele tempo, com maior profundidade, o estudo de princípios. Assim, no caso de os ‘princípios’ serem reputados ‘regras’, geralmente se aplica uma ou outra delas, por validade, de ordinário recorrendo-se à metodologia hermenêutica clássica. Uma das regras, portanto, sendo válida, provoca a invalidez de outra, pois regras são aplicáveis ao modo *all or nothing* (tudo ou nada) – na lição de Ronald Dworkin –, enquanto os princípios não são considerados inválidos. Ao contrário, continuam vigendo mesmo que não os apliquemos, somente que, em dado caso concreto, cedem passo a outro, reputado de maior valor para aquele caso, uma vez feita a ponderação dos valores em jogo.” (BONFIM, Edilson Mougenot – **Curso de processo penal**, 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, 1116p. ISBN 978-85-02-62235-7, p. 88).

¹⁵² ALEXY, Robert – **Teoria dos direitos fundamentais**, 5 ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, 669p. ISBN 978-85-7420-872-5, p. 90-1.

Nessa concepção, regras e princípios encontram seu ponto de maior distanciamento em relação ao modo de aplicação e ao modo de solução das antinomias.

As regras estabelecem mandamentos definitivos e são aplicadas por subsunção, enquanto os princípios fixam deveres provisórios e, por isso, são aplicados mediante o uso da ponderação com base na proporcionalidade, atribuindo-se uma dimensão de maior ou menor peso – sopesamento – a determinado princípio diante da análise do caso concreto.

Já quanto ao modo de solução de antinomias, o conflito entre regras acaba por exigir a declaração de invalidade de uma das normas-regra em jogo caso não seja aberta uma exceção, enquanto que a colisão entre princípios, que se apresenta sempre contingente, não implica na declaração de invalidade de nenhum deles, nem mesmo na introdução de uma regra de exceção, mas tão-só no estabelecimento de uma prevalência ou precedência de um, sempre diante de determinadas circunstâncias verificáveis no plano da eficácia das normas¹⁵³.

Ressalvadas eventuais críticas¹⁵⁴, esses são os critérios distintivos mais relevantes que, mesmo com algumas variações de posicionamento, de certo modo são hoje prevalentes e aceitos maioritariamente, de modo que auxiliarão no desenvolvimento do presente trabalho.

Vale apenas consignar, ainda, que, se é inegável que esses critérios de peso e ponderação ganharam força e atualmente encontram inegável guarida no meio acadêmico e forense, reforçando-se a ideia de maximização dos princípios e de certa diminuição do valor das regras para se incentivar uma ampliação dos primeiros como mandados de otimização (Alexy) e relegar as regras ao critério do tudo-ou-nada proposto por Dworkin, há quem alerte para o perigo do demasiado fechamento das regras e da excessiva abertura hermenêutica dos princípios que, por trazer e contextualizar infinitas possibilidades, sempre representará a possibilidade de “sérios problemas, tais como: a manutenção da discricionariedade; uma tendência de inferiorizar a legislação democraticamente estabelecida e a fragilização da autonomia do direito pelo moralismo do sujeito-juiz”¹⁵⁵.

¹⁵³ ÁVILA, Humberto – **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2015, 237p. ISBN 978-85-392-0280-5, p. 112.

¹⁵⁴ Certo que esses critérios não se mantêm imunes a críticas, salientando parte da doutrina que essas propostas de modelos de aplicação, por si só, seriam inadequados à diferenciação pretendida, na medida em que toda e qualquer norma jurídica é, ao fim e ao cabo, aplicada mediante uma espécie de processo de ponderação, seja ela uma regra, seja ela um princípio. O mesmo ocorre com relação ao modo de solução das antinomias, porque podem existir conflitos entre regras com as mesmas características dos conflitos que envolvem os princípios, ou seja, “concretos, contingentes e no plano da eficácia. Por esse motivo, descabe fundar uma distinção entre as espécies normativas no modo de solução de antinomias se ele, em vez de estremá-las, termina aproximando-as em alguns casos” (ÁVILA, Humberto – **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2015, 237p. ISBN 978-85-392-0280-5, p. 114).

¹⁵⁵ STRECK, Lenio – **Lições de crítica hermenêutica do direito**, 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, 168p. ISBN 978-85-69538-04-2, p. 59.

3.1.1. Norma-princípio e norma-regra de *status* constitucional

Corrente é a lição de que, quando “o legislador constituinte trata o direito fundamental como um todo, na sua globalidade, as normas constitucionais não assumem a natureza de regras, mas antes de princípios”¹⁵⁶. E sendo concebidas e assim entendidas como normas principiológicas, tem-se que os direitos fundamentais entram em colisão de forma parcial, não de forma total. Essa é a razão – colisão parcial de normas principiológicas – para o uso da técnica da ponderação e do sopesamento em relação a cada princípio envolvido, de acordo com as particularidades fático-jurídicas do caso concreto.

Oportuno trazer à baila, para melhor ilustrar, a classificação formulada por Alf Ross, para quem os conflitos ou antinomias – nas suas palavras, inconsistências – podem se dar de três formas. A primeira delas é a total-total, quando nenhuma das normas pode ser aplicada sem que entrem em conflito com as demais. A segunda, a total-parcial, ocorre quando uma das normas não pode, sob nenhuma circunstância, ser aplicada sem entrar em conflito com a outra, embora esta última mantenha um campo adicional de aplicação que não entra em conflito com a primeira, modalidade que surge quando estão envolvidas norma geral e norma particular ou especial. Por fim, a terceira, dá-se na forma parcial-parcial, ou seja, cada uma das duas normas envolvidas na solução do caso possui um campo parcial de aplicação em que o conflito é inevitável, mantendo outra parcela de campo adicional de aplicação insuscetível de conflitos¹⁵⁷.

Difícilmente haverá conflito absolutamente integral – total-total – ou relativamente integral – total-parcial – numa colisão entre princípios constitucionais, o que normalmente é relegado ao conflito entre regras, onde, se o conflito for total-total, uma das regras deve ser declarada inválida; se for total-parcial, existirá em uma das regras uma cláusula de exceção à resolução da colisão. Assim é que, como exemplo deste último, a ordem constitucional portuguesa assegura, como norma geral, a inviolabilidade do domicílio (art. 34º, n.º 1) para, logo na sequência, como regras especiais ou particulares, autorizar o respetivo ingresso, mesmo sem ordem judicial, quando para tanto haja autorização do titular (art. 34º, n.º 2) ou, ainda, mesmo durante a noite, quando latente uma situação de flagrante delito (art. 34º, n.º 3).

¹⁵⁶ NOVAIS, Jorge Reis – Direitos como trunfos contra a maioria: sentido e alcance da vocação contramajoritária dos direitos fundamentais no estado de direito democrático. In **Direitos Humanos e Democracia**. Coord. CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; e PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 79-113. ISBN 978-85-309-2488-1, p. 102.

¹⁵⁷ ROSS, Alf – **Direito e Justiça**, 2 ed. Bauru, SP: Edipro, 2007, 432p. ISBN 978-85-7283-592-3, p. 158.

Contudo, a par dessa concepção de princípios enquanto norma geral, não se pode olvidar de que os direitos fundamentais também podem ser estabelecidos pela ordem constitucional como regras. Nessa senda, e conforme Jorge Reis Novais, quando o legislador constituinte decide tratar especificamente de faculdades parcelares, garantias, pretensões ou direitos autonomizáveis, assim trazendo como exemplos a proibição de pena de morte ou a vedação de prisão perpétua, ao legislador ordinário, aos tribunais e à própria administração pública não sobra espaço para ponderar ou considerar a hipótese de eventuais outras limitações a um direito assim tão clara e definitivamente regulado, restando-lhes apenas aplicar a norma, sob pena de cometer uma inconstitucionalidade, isso porque, afirma o autor, em “*linguagem dworkiniana* ou *alexiana* diríamos que estas últimas normas constitucionais, ou normas deste tipo, são regras, têm a natureza de regras”¹⁵⁸.

Na mesma linha, complementa Robert Alexy ao asseverar que “quando, por meio de uma disposição de direito fundamental, é fixada alguma determinação em relação às exigências de princípios colidentes, então, por meio dela não é estabelecido somente um princípio, mas também uma regra”¹⁵⁹, o que traz à tona a questão da hierarquia entre os dois níveis normativos, concluindo o autor que “quando se fixam determinações em nível das regras, é possível afirmar que se decidiu mais que a decisão a favor de certos princípios (...). É por isso que as determinações estabelecidas no nível das regras têm primazia em relação a determinadas alternativas baseadas em princípios”¹⁶⁰.

De fato, se por um lado se poderia afirmar que “não há uma distinção radical entre princípios e regras, o que deve ser considerado é que ambos são normas e como tais devem ser realizados e respeitados, sem a supremacia de uma espécie normativa sobre outra”¹⁶¹, por outro seria completamente inviável, e de pronto invalidável, uma renúncia a um direito fundamental estabelecido como regra. Inadmissível, assim, que alguém validamente renuncie ao seu direito à vida para, por exemplo, postular que, em razão das suas inúmeras condenações por crimes violentos, seja-lhe aplicada a pena de morte. No caso, a própria Constituição da República Portuguesa expressamente veda tal medida ao disciplinar que “em caso algum haverá pena de

¹⁵⁸ NOVAIS, Jorge Reis – Direitos como trunfos contra a maioria: sentido e alcance da vocação contramajoritária dos direitos fundamentais no estado de direito democrático. In **Direitos Humanos e Democracia**. Coord. CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; e PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 79-113. ISBN 978-85-309-2488-1, p. 102.

¹⁵⁹ ALEXY, Robert – **Teoria dos direitos fundamentais**, 5 ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, 669p. ISBN 978-85-7420-872-5, p. 139-40.

¹⁶⁰ ALEXY, Robert – **Teoria dos direitos fundamentais**, 5 ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, 669p. ISBN 978-85-7420-872-5, p. 140.

¹⁶¹ LOBO, Bárbara Natália Lages – **O direito à igualdade na Constituição Brasileira**, 2 ed., rev. e ampl. Washington: Global South Press, 2016, 238p. ISBN 978-1-943350-40-7, p. 37.

morte” (art. 24º, n.º 2). Há, aqui, uma regra completa, aplicável independentemente de sopesamentos ou complementações, em que é fixado um mandamento definitivo e inflexível.

Isso não significa, bom desde já esclarecer, que não exista nenhum princípio constitucional agregado a essa regra. Não pode existir nenhuma dúvida de que tal encontra suas bases na dignidade humana. Toda regra constitucional, aliás, mantém ao seu lado um princípio que lhe dá suporte e fundamento. O princípio, no entanto, encontra-se encoberto pela regra constitucional disposta, o que, nesse particular, autoriza afirmar que, nesses casos, a própria ordem constitucional já realizou todos os sopesamentos e ponderações necessárias e possíveis, fixando uma determinação clara e definitiva em que, no caso em testilha, entendeu por bem que os menores pesos deveriam ser atribuídos à liberdade e à autonomia da pessoa, por conseguinte reservando à dignidade humana e à vida os maiores pesos e importâncias.

Princípios e regras estão reunidos sob o mesmo conceito de normas jurídico-constitucionais. Portanto, ambos podem estabelecer o dever-ser, ou seja, podem impor proibições e permissões. Não obstante, quando esse dever-ser resta estabelecido mediante uma regra constitucional, não há espaço para ponderações ou para a busca de soluções diversas com base na proporcionalidade ou em outros princípios de índole igualmente constitucional, porquanto, a “vontade do titular, além de não superar a regra constitucional, não assume relevância alguma na configuração dos limites ou das consequências jurídicas advindas”¹⁶².

Quando o direito fundamental estiver baseado em uma regra constitucional, enfim, haverá uma limitação absoluta a impedir a realização de uma renúncia válida.

3.2. A dignidade humana e o livre desenvolvimento da personalidade

Sendo pressuposto à renúncia um ato de vontade, manifestado mediante a exteriorização de uma declaração, intuitivo afirmar que a dignidade humana se apresenta como fundamento à possibilidade de autolimitação de direitos fundamentais, dignidade essa que deve ser invariavelmente compreendida enquanto garantia da autonomia dessa mesma vontade e da liberdade individual direcionada ao pleno desenvolvimento da personalidade.

A liberdade, aliás, sempre figurou e continua figurando como um anseio natural e ínsito do ser humano, sendo constantemente lembrada como um dos fundamentos do próprio direito para Immanuel Kant, considerado um dos principais filósofos da era moderna, para quem “se todo o ser racional tem vontade, ele necessariamente age com liberdade, entendida como o

¹⁶² ADAMY, Pedro Augustin – **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011, 224p. ISBN 978-85-392-0053-5, p. 136.

direito a não ser constrangido pela escolha alheia e que pertence a todos os homens em virtude da humanidade destes” ¹⁶³. A liberdade, assim, seria “pressuposta a todo ser racional, e só age livremente o ser capaz de se autoconduzir racionalmente” ¹⁶⁴. Já a dignidade humana seria o seu fundamento e, portanto, base à própria possibilidade de uma renúncia.

Dignidade e liberdade se encontram, assim, umbilicalmente ligadas, uma vez que aquela, traduzindo valores espirituais e morais inerentes às pessoas, manifestar-se-ia de forma muito singular na autodeterminação, ou seja, na livre escolha de vida realizada de forma consciente e responsável, trazendo consigo a pretensão de respeito mútuo por parte dos demais, o que constituiria um mínimo invulnerável a que todo estatuto jurídico deveria assegurar, somente admitindo limitações de forma muito excepcional ¹⁶⁵.

Contudo, ao mesmo tempo em que serve de base, a dignidade humana também deve atuar como um limite à possibilidade de autorrestrição a direitos fundamentais. Ao lado da sua natureza de “*trunfos*” ¹⁶⁶ contra interferências externas, a dignidade pode também atuar como limite aos limites dos direitos fundamentais, haja vista que “mesmo quando se admite que a limitação de um direito fundamental não é, em princípio, ilegítima, ainda assim a modalidade, a forma, a extensão ou o alcance da restrição, da intervenção restritiva ou da afectação negativa do direito em causa carecem de um controlo de constitucionalidade que, no fundo, é ainda, directa ou indirectamente, orientado e conformado pela dignidade humana” ¹⁶⁷.

Isso porque aquele que renuncia não pode se despir totalmente da sua dignidade, devendo-a conservar, ainda que parcialmente ou, ao menos, sob determinado enfoque fático-jurídico – a dignidade, em si mesma, dado o seu carácter estruturante e fundamental, não se apresenta passível de renúncia – mesmo em casos de limitação livre e voluntária a posições ou pretensões jurídicas garantidas por direito fundamental constitucionalmente assentado.

¹⁶³ DIAS, Roberto – **O direito fundamental à morte digna: uma visão constitucional da eutanásia**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, 239p. ISBN 978-85-7700-548-2, p. 110.

¹⁶⁴ SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna – **Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, 222p. ISBN 978-85-384-0237-4, p. 103-4.

¹⁶⁵ MORAES, Alexandre de – **Direitos humanos fundamentais**, 8 ed. São Paulo: Atlas, 2007, 335p. ISBN 978-85-224-4876-0, p. 46.

¹⁶⁶ “O problema é que a qualidade de trunfo deve ser adequadamente compreendida; se é verdade que a vontade de muitos vale o mesmo que a vontade de um para efeitos de peso na ponderação em que esteja em causa a eventual cedência de um direito fundamental – e aí se revela a força de trunfo –, isso não significa uma prevalência indiscriminada dos direitos fundamentais no confronto com outros bens, que podem, igualmente, ser trunfados por outros princípios ou interesses jusfundamentais (por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana ou direitos fundamentais colidentes).” (NOVAIS, Jorge Reis – Direitos como trunfos contra a maioria: sentido e alcance da vocação contramajoritária dos direitos fundamentais no estado de direito democrático. In **Direitos Humanos e Democracia**. Coord. CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Rio de Janeiro: Forense, 2007, ISBN 978-85-309-2488-1, p. 106).

¹⁶⁷ NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais**, Vol. I, 2 ed. Coimbra: Almedina, 2018, 210p. ISBN 978-972-40-7591-4, p. 187.

É nessa linha cognitiva, portanto, que a dignidade da pessoa humana, especialmente relacionada com a sua faceta de livre desenvolvimento da personalidade, além de fundamento à autolimitação, também constitui importante marco de controlo da validade da renúncia¹⁶⁸.

De inegável importância e influência, a dignidade humana coloca a pessoa no centro de toda a ordem jurídica, refletindo a ideia de que os indivíduos são livres e responsáveis porque dotados de competências racionais e moral-práticas à autodeterminação, por isso não sendo suscetíveis de instrumentalização ou objetivação¹⁶⁹. Adotando semelhante orientação, refere Jorge Miranda que a “Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na conceção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado”¹⁷⁰.

Propondo-se a tornar a dignidade da pessoa humana um conceito mais objetivo, claro e operacional, Luís Roberto Barroso assevera a existência de três elementos essenciais, quais sejam, o valor intrínseco, a autonomia e o valor comunitário. O primeiro concretiza a ideia de que a pessoa não pode ser coisificada, não pode ser tratada como um meio para a realização de metas ou projetos coletivos, mas sim como um fim em si mesmo, pressupondo a noção de que o Estado existe para o indivíduo – e não o contrário – e assim compreendendo vários direitos considerados básicos, dentre eles a vida, a igualdade e a integridade física e moral. Já a autonomia envolve a capacidade de autodeterminação, tanto na esfera privada (autogoverno) quanto na pública (participação nas deliberações democráticas), ou seja, o direito de decidir os rumos da sua própria vida e desenvolver livremente a sua personalidade, fazendo valorações morais e escolhas existenciais sem indevidas interferências externas. Subjacente à autonomia estaria, ainda, o conceito de ‘mínimo existencial’, porquanto, para ser verdadeiramente livre, igual e capaz, o indivíduo precisa ter satisfeitas as necessidades indispensáveis à sua existência física e psíquica. Por fim, o valor comunitário abrigaria o elemento social da dignidade humana, traduzindo uma conceção ligada a valores compartilhados e, por isso, ensejando restrições às

¹⁶⁸ Assevera-se que “a dignidade da pessoa humana desempenha um papel fundamental no controlo da constitucionalidade das restrições aos direitos fundamentais, não apenas enquanto fonte de dedução dos restantes limites aos limites, mas também enquanto critério ou parâmetro material autónomo de controlo”, acrescentando-se que a dignidade enquanto *limite aos limites* traz duas significações: “primeiro, a restrição ou intervenção restritiva sobre um direito fundamental não pode ir tão longe que viole a dignidade do seu titular, pelo que esta assume aí a natureza de limite absolutamente inultrapassável; segundo, o Estado tem de garantir um nível mínimo de concretização e de possibilidades de exercício do direito fundamental que corresponda às exigências da dignidade da pessoa humana.” (NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais**, Vol. I, 2 ed. Coimbra: Almedina, 2018, 210p. ISBN 978-972-40-7591-4, p. 176-7).

¹⁶⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes; e MACHADO, Jónatas E. M. – **Reality Shows e liberdade de programação**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, 112p. ISBN 972-32-1159-9, P. 44.

¹⁷⁰ MIRANDA, Jorge – **Direitos fundamentais**, 2 ed. Coimbra: Almedina, 2017, 56 p. ISBN 978-972-40-7217-3, p. 221.

liberdades individuais voltadas à proteção de direitos e interesses de terceiros, restando em evidência, sob esse aspecto, não as escolhas individuais, mas as responsabilidades e deveres a elas associados, acrescentando que essa vertente não tem na liberdade o seu componente central, mas, ao revés, é a dignidade que molda o conteúdo e o limite da liberdade¹⁷¹.

Essa proibição de coisificação liga-se à própria ideia de respeito devido à humanidade intrinsecamente contida em cada pessoa que, dessa forma, não pode ser degradada à condição de mero objeto ou de uma coisa fungível, mas sim ser tratada como um fim em si mesma, como sujeito; e enquanto sujeito, a pessoa não possui valor, mas sim dignidade¹⁷². Daí que haverá “violação da dignidade humana quando a pessoa é desrespeitada na sua humanidade, quando não lhe é reconhecida a sua natureza de sujeito e quando é colocada ou é abandonada numa situação ou num estado em que não dispõe de condições mínimas para desenvolver as suas capacidades de realização humana”¹⁷³.

Mas a par da ideia de que a dignidade da pessoa humana significa reconhecer no outro a autonomia necessária às escolhas pessoais daquilo que considera uma vida boa, não se pode olvidar do entendimento de que essa mesma dignidade também se presta à limitação da própria autonomia para impedir que as pessoas se submetam a situações indignas, ainda que decorrentes da sua própria vontade, daí podendo se falar, no primeiro caso, em dignidade como autonomia e, portanto, ligada ao aspeto subjetivo; no segundo, em dignidade como heteronomia¹⁷⁴, esta, por sua vez, ligada à dimensão objetiva do princípio, ou seja, com conteúdo autónomo e próprio, num “sentido normativo potencialmente destacável, tanto da sua titularidade individual, quanto da natureza subjectiva dos interesses que protege”¹⁷⁵, haja vista que, a “partir do momento em que logrou consagração nos textos constitucionais, a dignidade da pessoa humana passou a desenvolver potencialmente, enquanto valor constitucional objetivo, efeitos jurídicos restritivos da liberdade individual em diferentes planos normativos”¹⁷⁶.

¹⁷¹ BARROSO, Luís Roberto – **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação** [Em linha]. Versão provisória para debate público. Dezembro de 2010. [Consult. 12 Out 2021]. Disponível em https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf, p. 20-30.

¹⁷² “No reino dos fins, tudo tem um preço, uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente, mas quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto, não permite o equivalente, então tem ela dignidade” (KANT, Immanuel apud MIRANDA, Jorge – **Direitos fundamentais**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2017, 562p. ISBN 978-972-40-7217-3, p. 73).

¹⁷³ NOVAIS, Jorge Reis – **Princípios estruturantes do estado de direito**. Coimbra: Almedina, 2019, 289p. ISBN 978-972-40-7764-2, p. 62.

¹⁷⁴ SARMENTO, Daniel – **Dignidade da pessoa humana**, 2 ed., 3ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2019, 375p. ISBN 978-85-450-0175-1, p. 235-6.

¹⁷⁵ NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana: dignidade e inconstitucionalidade**, Vol. II, 2 ed. Coimbra: Almedina, 2018, 318p. ISBN 978-972-40-7734-5, p. 27.

¹⁷⁶ NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais**, Vol. I, 2 ed. Coimbra: Almedina, 2018, 210p. ISBN 978-972-40-7591-4, p. 107.

Dois casos, nesse particular, são comumente citados como exemplos do uso da dignidade humana como argumento de proteção do indivíduo contra si próprio: o arremesso de anão (*lancer de nain*), proibido na França, e o *peep show*, na Alemanha. Este consistia em apresentação realizada por uma mulher que, separada do cliente por um vidro, realizava as poses eróticas que lhe eram solicitadas. Naquele, um anão era literalmente lançado por frequentadores de uma casa noturna, como espécie de competição e divertimento entre os presentes.

Em ambos os casos, as decisões proferidas refutaram a importância da voluntariedade e autodeterminação na participação das pessoas envolvidas, mesmo sendo alegado por Manuel Wackenheim – o portador de nanismo – discriminação e violação da sua própria dignidade enquanto pessoa humana, porquanto seria aquele trabalho muito importante por lhe permitir prover o seu sustento com o mínimo de dignidade. Já em relação ao caso germânico, restou destacado que a violação da dignidade humana “não é eliminada ou justificada pelo fato de a mulher que participa do *peep show* fazê-lo voluntariamente. (...) Aqui, deve a dignidade humana, em razão do seu significado, que alcança além do indivíduo, também ser protegida contra a intenção do atingido, para superar as representações subjetivas que se distanciam do valor objetivo da dignidade humana”¹⁷⁷.

E ainda que possa ser discutível¹⁷⁸ o acerto dessas decisões, o fato é que elas claramente evidenciam o uso prático-forense do princípio como proteção da dignidade da pessoa mesmo contra a sua própria vontade, restrições essas que, em última análise, atuam sobre a própria liberdade de autodeterminação e livre desenvolvimento da personalidade. Aliás, e de acordo com Alexy, o “conceito de liberdade é, ao mesmo tempo, um dos conceitos práticos mais fundamentais e menos claros. Seu âmbito de aplicação parece ser quase ilimitado. Quase tudo

¹⁷⁷ SARMENTO, Daniel – **Dignidade da pessoa humana**, 2 ed., 3ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2019, 375p. ISBN 978-85-450-0175-1, p. 186.

¹⁷⁸ Lançando dúvidas em relação ao acerto da decisão proferida no caso do arremesso de anão, Jorge Reis Novais refere que “o problema da dignidade só surge porque a pessoa em causa é um anão”, ou seja, não ocorreria se fosse uma pessoa normal, sem aquele característico traço em particular, aduzindo, ainda, que muito embora fosse possível invocar, acertadamente, razões abrigadas pela dimensão objetiva da dignidade, como a afirmação de que “permitir espetáculo desse tipo degrada objectivamente a imagem social dos anões, diminui a sua autoestima e estimula a criação ou manutenção de preconceitos sociais contra o grupo”, essa invocação abstracta e excepcional “enquanto fundamento de protecção do próprio contra suas decisões livre e autonomamente tomadas, tal só seria admissível se, no caso concreto, o anão se tivesse colocado numa situação objectivamente denegridora do estatuto moral da pessoa humana ou em que tivessem sido anuladas ou irremediavelmente afectadas capacidades significativas de autodeterminação actual ou futura”, o que não teria ocorrido no caso em testilha, já que “não era, manifestamente, aquilo que ocorrera, pelo que, no fundo, o juiz arrogou-se, de forma constitucionalmente inadequada, o papel de legislador na protecção de um grupo”, efetivamente não existindo, nessa decisão, um argumento de defesa da dignidade da pessoa humana, mas sim a utilização de uma “ideia da dignidade de grupos”. (NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais**, Vol. I, 2 ed. Coimbra: Almedina, 2018, 210p. ISBN 978-972-40-7591-4, p. 114-22).

aquilo que, a partir de algum ponto de vista é considerado como bom ou desejável é associado ao conceito de liberdade”¹⁷⁹.

Nesse sentido, assevera Daniel Sarmiento que, se por um lado, há quem defenda a existência de um direito geral de liberdade – para essa corrente, qualquer restrição ou imposição de conduta significa uma indevida limitação a direito fundamental –, por outro, há também quem se oponha a esse entendimento, asseverando não existir “um direito à liberdade, mas sim direitos fundamentais a determinadas liberdades”¹⁸⁰, o que se mostraria muito relevante, inclusive como meio de objeção à banalização dos direitos fundamentais, uma vez que “o livre desenvolvimento da personalidade não confere carta branca ao indivíduo para buscar realizar-se como ser humano da maneira que melhor lhe aprouver. Limites e restrições ao seu livre desenvolvimento são cabíveis e, inclusive, necessários”¹⁸¹.

É lição de K. Hesse que uma liberdade ilimitada pode “dar lugar a que se vejam afetados outros interesses, quer se trate de direitos de terceiros, quer se trate de interesses essenciais da sociedade”¹⁸². A liberdade, pois, não pode ser vista ou assumida como um direito ou princípio em si mesmo ilimitado¹⁸³. Não se trata, apenas e tão somente, de pressupor a inexistência de embaraços à vontade individual. Isso não basta, porquanto “a liberdade de ação, tanto quanto a liberdade de vontade, é uma abstração em relação à liberdade das pessoas. A base do conceito de liberdade é constituída, portanto, por uma relação triádica entre um titular de uma liberdade (ou de uma não-liberdade), um obstáculo à liberdade e um objeto da liberdade”¹⁸⁴.

A própria dignidade humana, que merece ser tratada como princípio¹⁸⁵, porquanto a sua conformação “nas vestes de um direito fundamental à dignidade não reforça a sua forma

¹⁷⁹ ALEXY, Robert – **Teoria dos direitos fundamentais**, 5 ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, 669p. ISBN 978-85-7420-872-5, p. 218.

¹⁸⁰ SARMENTO, Daniel – **Dignidade da pessoa humana**, 2 ed., 3ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2019, 375p. ISBN 978-85-450-0175-1, p. 160.

¹⁸¹ ADAMY, Pedro Augustin – **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011, 224p. ISBN 978-85-392-0053-5, p. 156.

¹⁸² HESSE, Konrad – **Temas fundamentais do direito constitucional**. Tradução: Carlos dos S. Almeida, Gilmar F. Mendes e Inocêncio M. Coelho). São Paulo: Saraiva, 2009, 172p. ISBN 978-85-02-08147-5, p. 63.

¹⁸³ Refere Douzinas que, ao se analisar o problema da natureza humana e do sujeito individualmente considerado, por vezes se fica “com a ‘noção de sujeito humano como um agente soberano da escolha, uma criatura cujos fins são escolhidos, e não dados, que alcança seus objetivos e propósitos por meio de atos de vontade, em oposição, digamos, a atos de cognição’. Esta abordagem atomocêntrica pode ser um bônus para a política e o direito liberal, mas é cognitivamente limitada e moralmente empobrecida.” (DOUZINAS, Costas – **O fim dos direitos humanos**. Tradução: Luzia Araújo. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2009, 418p. ISBN 978-85-7431-333-7, p. 21).

¹⁸⁴ ALEXY, Robert – **Teoria dos direitos fundamentais**, 5 ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, 669 p. ISBN 978-85-7420-872-5, p. 220.

¹⁸⁵ “Com efeito, parece-nos já ter sido suficientemente repisado que a dignidade, como qualidade (atributo) do humano, não poderá ser ela própria concedida pelo ordenamento jurídico. Tal aspecto, embora seguindo sentido inverso, chegou a ser objeto de lúcida referência feita pelo Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, ao considerar que a dignidade da pessoa não poderá ser retirada de nenhum ser humano, muito embora seja violável a pretensão de respeito e proteção que dela (da dignidade) decorre.” (SARLET, Ingo Wolfgang – **Dignidade (da**

normativa e, com grande probabilidade, enfraquece-a”¹⁸⁶, parece não se revestir de um caráter absoluto, no sentido de não admitir relativizações. Atribuir feições absolutas à dignidade da pessoa humana poderia até mesmo esvaziar a proteção que se pretendeu a ela impor.

De fato, conforme Dieter Grimm, a “dignidade, se entendida como um direito absoluto, não pode ter um âmbito de incidência amplo (...) No caso de um direito absoluto, a limitação é igual a uma violação. Como consequência, o âmbito de proteção de um direito absoluto deve ser definido de modo estreito, para evitar-se resultados inaceitáveis. O campo de incidência estreito é o preço pela elevação ao *status* absoluto”¹⁸⁷.

É por isso que os direitos fundamentais, na generalidade, possuem um campo de incidência bastante largo, amplo, justamente porque estão sujeitos a limitações para que exista adequação e equilíbrio.

Igualmente defendendo o caráter relativo, Robert Alexy afirma que o fato de a dignidade prevalecer com um maior grau de certeza, em determinadas situações, significa apenas que, sob determinadas condições, o seu afastamento e sua inaplicabilidade serão inviáveis; contudo, essa “tese sobre a existência de uma posição nuclear também vale para outras normas de direitos fundamentais. Ela não afeta sua natureza de princípio. Por isso, é possível dizer que a norma da dignidade humana não é um princípio absoluto”¹⁸⁸.

Com efeito, até mesmo por uma perspectiva de maior proteção e eficácia, parece ser “preferível concebê-la como um princípio de amplo espectro de incidência, mas relativo, do que tratá-la como um comando absoluto, mas de abrangência restrita”¹⁸⁹. Enfim, muito embora extremamente importantes à interpretação constitucional, especialmente no que diz respeito ao tema dos direitos fundamentais, as peculiaridades que cercam a dignidade humana, assim como a própria liberdade ao desenvolvimento pessoal, parecem transparecer a certeza de que não podem, por um lado, nem oferecer um limite absoluto e, por outro, tampouco legitimar um fundamento inquestionável à possibilidade de renúncia, haja vista que, sempre que a renúncia a uma posição ou pretensão jurídica traduzir uma situação de futuro impedimento ou prejuízo ao exercício das potencialidades ligadas àquele mesmo direito, o ato renunciatório deverá ser

pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, 199p. ISBN 978-85-7348-957-6, p. 82).

¹⁸⁶ NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais**, Vol. I, 2 ed. Coimbra: Almedina, 2018, 210p. ISBN 978-972-40-7591-4, p. 91.

¹⁸⁷ GRIMM, Dieter *apud* SARMENTO, Daniel – **Dignidade da pessoa humana**, 2 ed., 3ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2019, 375p. ISBN 978-85-450-0175-1, p. 95.

¹⁸⁸ ALEXY, Robert – **Teoria dos direitos fundamentais**, 5 ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, 669p. ISBN 978-85-7420-872-5, p. 114.

¹⁸⁹ SARMENTO, Daniel – **Dignidade da pessoa humana**, 2 ed., 3ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2019, 375p. ISBN 978-85-450-0175-1, p. 96.

considerado inadmissível. Em resumo, e mais uma vez nas palavras de Jorge Reis Novais, a relevância da dignidade da pessoa humana na problemática da renúncia “não se traduz tanto em saber se o particular pode renunciar à pretensão de respeito e protecção da sua dignidade – o que seria inadmissível –, mas, sobretudo, na averiguação dos limites ao poder de o particular determinar por si próprio o sentido e o conteúdo da dignidade”¹⁹⁰.

3.2.1. A proporcionalidade e seus subprincípios ou vetores específicos

Consagrado na parte final do n.º 2¹⁹¹ do artigo 18º da Constituição Portuguesa de 1976 e sendo determinante para a solução de conflitos envolvendo restrições a direitos fundamentais, o estudo do princípio da proporcionalidade é tradicionalmente dividido em três subprincípios ou vetores específicos¹⁹², a saber: a) princípio da idoneidade, da aptidão ou da adequação¹⁹³; b) princípio da necessidade, da exigibilidade ou da indispensabilidade (menor onerosidade); e c) princípio da proporcionalidade em sentido estrito, também chamado de racionalidade.

Importante se ter em mente, desde já, que tais subprincípios não estão à disposição do cidadão. Embora se possa falar em renúncia a direitos fundamentais, ao titular da posição ou pretensão fundamental jamais é dado renunciar ao próprio controlo de proporcionalidade para,

¹⁹⁰ NOVAIS, Jorge Reis – Renúncia a direitos fundamentais. In **Perspectivas Constitucionais nos 20 Anos da Constituição de 1976**, Volume I. Coord. MIRANDA, Jorge. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 263-335. ISBN 972-32-0752-4. p. 329.

¹⁹¹ “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos” (CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa – **Diário da República** [Em linha]. Série I, N.º 86 (10-04-1976) [Consult. 26 Out. 2021]. Disponível em <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view>).

¹⁹² Deve-se registrar, por oportuno, o avançar teórico e jurisprudencial no sentido do reconhecimento de outros dois subprincípios, a razoabilidade e a determinabilidade, os quais são mais comumente relacionados à vertente da proibição de excesso. Nesse sentido, a determinabilidade normativa seria “também uma exigência da proibição de excesso, na medida em que uma restrição de contornos não antecipadamente bem firmados gera efeitos inibitórios no lado do exercício das liberdades, ampliando potencialmente a margem de actuação restritiva dos poderes constituídos a um plano não consentâneo com os princípios da repartição de Estado de Direito e de proibição do excesso” (NOVAIS, Jorge Reis – **Princípios estruturantes do estado de direito**. Coimbra: Almedina, 2019, 289p. ISBN 978-972-40-7764-2, p. 268). No que respeita à razoabilidade, já assentou o Tribunal Constitucional que o “princípio da razoabilidade surge relacionado com o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, e orienta-se para a avaliação da razoabilidade da imposição na perspectiva das suas consequências na esfera pessoal daquele que é afetado. Nesse plano, a questão não se coloca na adequação da gravidade do sacrifício imposto em relação à importância ou premência da realização dos fins prosseguidos, mas na circunstância de ocorrer uma afetação inadmissível ou intolerável do ponto de vista de quem a sofre e por razões atinentes à sua subjetividade” (TRIBUNAL Constitucional de Portugal – **Acórdão n.º 413/2014** [Em linha]. Processos 14/2014, 47/2014 e 137/2014. Relator: Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha. [Consult. 01 fev. 2022]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140413.html>).

¹⁹³ Há quem entenda inapropriada “a tradução desta máxima como *princípio da adequação* já que este último termo sugere uma aproximação de base axiológica e de valoração subjectiva que, aqui, não é a determinante. No princípio da aptidão lidamos, ao invés, com um controlo essencialmente baseado numa relação objectiva e empiricamente comprovável entre um meio e a aproximação de um fim” (NOVAIS, Jorge Reis – **Princípios estruturantes do estado de direito**. Coimbra: Almedina, 2019, 289p. ISBN 978-972-40-7764-2, p. 108).

assim, legitimizar uma medida que possa configurar uma autolimitação inadequada de uma posição jurídica, uma vez que “esse controle não pode ser renunciado porque ele é parte da supremacia do Estado de Direito e da norma constitucional”¹⁹⁴.

E no campo específico da renúncia, o princípio da proporcionalidade possui uma aplicação diferenciada, abarcando duas vertentes, pois atua sobre a própria renúncia e, da mesma forma, sobre as medidas restritivas que lhe sejam correlatas. Nas palavras de Jorge Reis Novais, essa aplicação se dá “enquanto limite à limitação do poder de disposição individual sobre as próprias posições de direitos fundamentais e enquanto limite à restrição de posições protegidas de direitos fundamentais efectuada com fundamento na renúncia do seu titular”¹⁹⁵.

Considera-se idónea ou adequada a restrição quando as medidas se mostrem viáveis à consecução da finalidade proposta ou contribuam para a alcançar, tratando-se, assim, de uma relação de aptidão entre meio e fim. Já a exigibilidade ou a necessidade do meio significa “que é ele, entre os que poderiam ser escolhidos *in abstracto* e sem colidirem com a Constituição, aquele que melhor satisfaz *in concreto* – com menos custos nuns casos e com mais benefícios noutros – a realização do fim”¹⁹⁶, ou seja, o meio escolhido deve ser o menos oneroso possível, visando sempre a menor ingerência. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito equivale à justa medida, à verificação do custo-benefício sem adoptar-se “medidas excessivas, desproporcionadas para alcançar os fins pretendidos”¹⁹⁷, isto é, as “vantagens obtidas mediante a intervenção no direito fundamental devem compensar os sacrifícios que ela implique para o seu titular ou para a sociedade em geral”¹⁹⁸.

Segundo Robert Alexy, a proporcionalidade mantém íntima conexão com os direitos e princípios fundamentais, inclusive asseverando que o terceiro subprincípio traduziria o mandamento ou a exigência do sopesamento propriamente dito¹⁹⁹, na medida em que a

¹⁹⁴ STERN, Klaus *apud* ADAMY, Pedro Augustin – **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011, 224p. ISBN 978-85-392-0053-5, p. 178.

¹⁹⁵ NOVAIS, Jorge Reis – Renúncia a direitos fundamentais. In **Perspectivas Constitucionais nos 20 Anos da Constituição de 1976**, Volume I. Coord. MIRANDA, Jorge. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 263-335. ISBN 972-32-0752-4. p. 332.

¹⁹⁶ MIRANDA, Jorge – **Direitos fundamentais**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2017, 562p. ISBN 978-972-40-7217-3, p. 325.

¹⁹⁷ TRIBUNAL Constitucional de Portugal – **Acórdão n.º 375/2008** [Em linha]. Processo n.º 2000/2008. Relator: Conselheiro Carlos Pamplona de Oliveira. [Consult. 20 out. 2021]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080375.html>.

¹⁹⁸ PULIDO, Carlos Bernal – **O direito dos direitos**: escritos sobre a aplicação de direitos fundamentais. Tradução: Thomas da Rosa de Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2013, 347p. ISBN 978-85-66722-03-1, p. 66.

¹⁹⁹ Nesse ponto, Jorge Reis Novais refere que, no seu entendimento, há de se ter “presente a noção da diferença entre a metodologia da ponderação a que se recorre quando se verifica a justificação ou o fundamento de uma restrição de direitos fundamentais (pode ou não um direito fundamental ser restringido em função do *peso* de um outro bem ou interesse que se pretenda prosseguir) e os juízos valorativos a que se procede quanto se analisa a proporcionalidade da medida restritiva (a medida foi ou não para além da justa medida, para além daquilo que é adequado)”, acrescentando, ainda, que “apurada que esteja, mediante ponderação dos bens em colisão, a

“máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas”²⁰⁰. Nesse mesmo sentido, Jorge Miranda e Rui Medeiros referem que a proporcionalidade em sentido estrito implica o recurso a uma metodologia de ponderação²⁰¹ de bens. De um lado o bem objeto da restrição, de outro o bem constitucional justificador dessa restrição, de modo que se visa a “determinar o peso relativo de cada um dos bens em confronto para, com base nesses dados, proscrever soluções legais que, apesar da idoneidade e da necessidade do meio utilizado, se revelem irrazoáveis ou irracionais”²⁰².

Os mesmos autores ainda acrescentam que, não se afigurando a solução adotada claramente desproporcional, a ponderação tenderá a conduzir a um dos seguintes resultados: “De um lado, a possibilidade de estabelecer uma *concordância prática* entre os bens ou direitos contrapostos, através de concessões recíprocas de alcance não muito díspar. Do outro lado, a inevitabilidade da *cedência* de um dos direitos em confronto – o direito restringido – relativamente ao outro direito ou a outro bem constitucional de superior valia – o direito ou interesse em que se sustem a restrição”²⁰³.

Esse recurso ao critério de harmonização ou de concordância prática imposto pelo princípio da proporcionalidade, de forma a sempre tentar melhor coordenar e sopesar os bens e princípios constitucionais em conflito e, dessa forma, evitar o sacrifício total de uns em relação

justificação da cedência de um bem protegido de direito fundamental, importa, depois, verificar a validade constitucional da medida restritiva consequentemente actuada e fazer esse controlo em função, entre outros requisitos, da sua proporcionalidade. Ou seja, trata-se, agora, de avaliar em que medida a concreta intervenção restritiva no direito fundamental (lei, acto administrativo, acto judicial) fundamentada no resultado daquela ponderação de bens não é excessiva, desproporcionada, não vai além do que aquilo que é necessário para prosseguir a realização do bem ou do interesse a que se atribuiu precedência.” (NOVAIS, Jorge Reis – **Princípios estruturantes do estado de direito**. Coimbra: Almedina, 2019, 289p. ISBN 978-972-40-7764-2, p. 118 e 131).

²⁰⁰ ALEXY, Robert – **Teoria dos direitos fundamentais**, 5 ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, 669p. ISBN 978-85-7420-872-5, p. 118.

²⁰¹ Analisando as críticas comumente feitas à ponderação – falta de precisão (fórmula ou técnica vazia, baseada em preferências subjetivas e ideológicas), incomensurabilidade (não há uma organização hierárquica ou medida objetiva que viabilize determinar o peso relevante dos princípios) e falta de previsibilidade (os resultados não podem ser previstos, sacrificando-se a certeza e a estabilidade jurídicas), Carlos Bernal Pulido, muito embora rebatendo todas elas, admite que “a ponderação não é um procedimento algorítmico que por si mesmo garante a obtenção de uma única resposta correta em todos os casos. (...) A ponderação se rege por certas regras que admitem uma aplicação racional, mas que de nenhuma maneira podem reduzir a influência da subjetividade do juiz na decisão e sua fundamentação. A graduação da afetação dos princípios, a determinação de seu peso abstrato, a certeza das premissas empíricas e a escolha da carga de argumentação apropriada para o caso conformam o campo em que se move dita subjetividade.” (PULIDO, Carlos Bernal – **O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais**. Tradução: Thomas da Rosa de Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2013, 347p. ISBN 978-85-66722-03-1, p. 106).

²⁰² MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – **Constituição Portuguesa Anotada** – Volume I, 2 ed. Lisboa: Universidade Católica, 2017, 1045p. ISBN 978-972-54-0541-3, p. 277.

²⁰³ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – **Constituição Portuguesa Anotada** – Volume I, 2 ed. Lisboa: Universidade Católica, 2017, 1045p. ISBN 978-972-54-0541-3, p. 277.

aos outros – ainda que não retrate “necessariamente uma *realização óptima* de cada um dos valores em jogo, uma harmonização em termos matemáticos” ²⁰⁴ – revela que as eventuais restrições ou, melhor, as autorrestrições não poderão ultrapassar, para mais ou para menos, aquilo que se possa considerar como justa medida.

É dizer, o princípio da proporcionalidade não convive com medidas restritivas além nem com medidas protetivas aquém do necessário à eficácia dos direitos fundamentais que, estando em conflito, possam ser atingidos. Ou seja, uma imposição restritiva – seja ela autónoma, seja ela heterónoma – somente poderá ser considerada proporcional se observados os seus respetivos subprincípios, os quais abarcam duas vertentes, atuando como uma espécie de dupla face: proibição de proteção insuficiente²⁰⁵ e proibição de excesso²⁰⁶. No caso da proibição de déficit ou de proteção deficiente, podem ser extraídas duas conclusões: o Estado deve garantir condições fáctico-jurídicas para que os titulares possam fazer suas escolhas de vida, e optar pela renúncia, e também deve proteger o direito fundamental, abstendo-se de estabelecer hipóteses legais que acarretem uma renúncia excessiva que prejudique os direitos fundamentais²⁰⁷, ainda que isso signifique vedar certas renúncias. Por outro lado, importante observar que na proibição de excesso a finalidade almejada mostra-se irrelevante, porquanto apenas se deve questionar se a renúncia restringirá excessivamente o respetivo direito ou posição jusfundamental.

Enfim, quando se trata dos direitos de defesa frente às intervenções estatais estes três vetores específicos “se agrupam sob o conceito de proibição do excesso. Diferentemente, quando o relevante são os direitos de proteção, os três subprincípios conformam a proibição de proteção deficiente”²⁰⁸. Noutras palavras, a proibição de excesso atua sempre no controlo da constitucionalidade sob o ponto de vista da afetação dos direitos de defesa do indivíduo,

²⁰⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de – **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 6 ed. Coimbra: Edições Almedina, 2019, 387p. ISBN 978-972-40-7922-6, p. 298.

²⁰⁵ Mais uma vez, impõe-se registrar a existência de posicionamento diverso, no sentido de ser tecnicamente equivocada a tendência de se considerar o princípio da proibição do déficit como simples reverso da proibição do excesso, porquanto no “controlo de insuficiência não está em causa saber se as três grandezas referidas se encontram ou não numa relação de equilíbrio, numa relação de proporcionalidade, mas saber se a protecção prestada a um direito (a um bem, a um interesse) foi ou não suficiente em função das exigências constitucionais. Não é um problema de proporcionalidade, é um problema de a protecção garantida ser bastante ou ser insuficiente à luz dos comandos constitucionais.” (NOVAIS, Jorge Reis – **Princípios estruturantes do estado de direito**. Coimbra: Almedina, 2019, 289p. ISBN 978-972-40-7764-2, p. 191-2).

²⁰⁶ Não se desconhece, nesse ponto, as críticas de Jorge Reis Novais, quando propugna ser de mais valia adotar o princípio da proibição do excesso como sendo o mais abrangente, por isso mostrando-se válido o registro: “Da nossa parte, pensamos ser mais feliz a proposta, originária de LERCHE, de tomar o princípio da proibição do excesso como o princípio mais abrangente onde se integram diferentes elementos constitutivos, entre os quais o da proporcionalidade.” (NOVAIS, Jorge Reis – **Princípios estruturantes do estado de direito**. Coimbra: Almedina, 2019, 289p. ISBN 978-972-40-7764-2, p. 103).

²⁰⁷ ADAMY, Pedro Augustin – **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011, 224p. ISBN 978-85-392-0053-5, p. 186.

²⁰⁸ PULIDO, Carlos Bernal – **O direito dos direitos**: escritos sobre a aplicação de direitos fundamentais. Tradução: Thomas da Rosa de Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2013, 347p. ISBN 978-85-66722-03-1, p. 128.

enquanto a atuação da proibição de déficit se dá “desde o ponto de vista da satisfação das exigências impostas pelos direitos de proteção”²⁰⁹ dos direitos fundamentais.

3.3. Salvaguarda ou proteção do núcleo essencial

Considerado como derradeiro e último limite às restrições a direitos fundamentais, o princípio proteção do núcleo essencial também possui assento constitucional, mas agora no n.º 3 do artigo 18º da Constituição da República Portuguesa, ao estabelecer que as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias não podem “diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”²¹⁰, disposição constitucional essa que, indubitavelmente, possui aplicação prática no que respeita ao instituto da renúncia e pressupõe uma ideia básica “aparentemente simples: existe um núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias que não pode, em caso algum, ser violado”²¹¹. Contudo, a correta análise dessa norma principiológica, visando à obtenção do seu real objeto e do preciso valor de proteção, traduz tarefa árdua que passa obrigatoriamente pelo exame das teorias que cercam a temática.

Quanto ao objeto de proteção desse núcleo essencial, tais teorias se dividem em objetiva e subjetiva. Para esta última, o dispositivo tutela os direitos fundamentais em sua dimensão subjetiva e individual, é dizer, a “proibição constitucional tem em vista a possibilidade de o direito fundamental, após a restrição, ainda conservar uma vertente subjetiva capaz de, em termos abstratos, conferir aos seus titulares posições jurídicas ativas com algum relevo”²¹². Já aquela teoria refere-se à salvaguarda do núcleo enquanto norma objetiva e estruturante – conteúdo essencial da garantia geral e abstrata –, com a finalidade de que não seja subvertido nenhum sentido consagrado pela ordem constitucional.

Diante desse impasse, costuma-se referir que a solução do problema não pode conduzir a alternativas radicais²¹³. A restrição de direitos deve observar a norma objetiva e ter em atenção a função dos direitos dentro da vida comunitária, sendo irrealista uma teoria que desconheça

²⁰⁹ PULIDO, Carlos Bernal – **O direito dos direitos**: escritos sobre a aplicação de direitos fundamentais. Tradução: Thomas da Rosa de Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2013, 347p. ISBN 978-85-66722-03-1, p. 133.

²¹⁰ CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa – **Diário da República** [Em linha]. Série I, N.º 86 (10-04-1976) [Consult. 26 Out. 2021]. Disponível em <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view>.

²¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**, 7 ed., 20ª reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2003, 1522p. ISBN 978-972-40-2106-5, p. 458.

²¹² MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – **Constituição Portuguesa Anotada** – Volume I, 2 ed. Lisboa: Universidade Católica, 2017, 1045p. ISBN 978-972-54-0541-3, p. 290.

²¹³ No mesmo sentido caminha Alexy, quando afirma que “A natureza dos direitos fundamentais como direitos dos indivíduos milita, no mínimo, a favor de uma coexistência de uma teoria subjetiva e de uma teoria objetiva” (ALEXY, Robert – **Teoria dos direitos fundamentais**, 5 ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, 669p. ISBN 978-85-7420-872-5, p. 297).

totalmente desta função, mas, ao mesmo tempo, não poderá abdicar da dimensão subjetiva e evitar restrições conducentes à aniquilação de um direito subjetivo individual ²¹⁴.

Por outro lado, no que diz respeito ao valor da proteção, tem-se as teorias absoluta e relativa. Para a primeira, haveria um núcleo intangível, prévia e abstratamente fixado, que jamais poderia ser violado, visando à defesa – por muitos, assim sustentado – da própria dignidade humana ²¹⁵. Essa “tese absoluta distingue, pois, em cada direito duas partes: um núcleo – que seria o conteúdo essencial – e uma parte acessória ou não essencial” ²¹⁶. Preconiza-se a existência de “uma linha estática e que define um limite absoluto, insuscetível de recuar diante do grande peso ou da forte ressonância axiológica dos direitos ou interesses constitucionais carregados por eventuais leis restritivas que se lhe oponham” ²¹⁷.

Já para a segunda corrente, a relativa, o conteúdo essencial seria o resultado da ponderação dos bens e direitos objetos da restrição e aqueles que atuam de forma contraposta, como bens e direitos justificadores da medida restritiva. Não há mais uma linha fixa e invariável, mas sim dinâmica e flexível, já que “o conteúdo essencial é aquilo que resta após o sopesamento. Restrições que respeitam a máxima da proporcionalidade não violam a garantia do conteúdo essencial nem mesmo se, no caso concreto, nada restar do direito fundamental. A garantia do conteúdo essencial é reduzida à máxima da proporcionalidade (...) teria simplesmente um significado declaratório” ²¹⁸⁻²¹⁹.

²¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**, 7 ed., 20ª reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2003, 1522p. ISBN 978-972-40-2106-5, p. 459.

²¹⁵ “Mas neste domínio é, sobretudo, enquanto delimitação de um núcleo ou conteúdo essencial em cada um dos direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos que a relevância da dignidade tem encontrado maior reconhecimento doutrinário e jurisprudencial. Com efeito, de há muito se desenvolveu uma teoria que, associando a dignidade da pessoa humana aos direitos fundamentais, diferencia, todavia, os dois termos através da identificação do conceito de dignidade não já como a protecção mais abrangente de direito fundamental, mas, apenas, com o seu núcleo, com a ideia de conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Haveria, portanto, um núcleo do conteúdo de cada direito fundamental identificado ou caracterizado como sendo a expressão essencial da dignidade da pessoa humana no domínio jusfundamental protegido por aquele direito” (NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais**, Volume 1, 2 ed. Coimbra: Edições Almedina, 2018, 209p. ISBN 978-972-40-7591-4, p. 191).

²¹⁶ “*La tesis absoluta distingue pues en cada derecho dos partes: un núcleo – que sería el contenido esencial – y una parte accesorio o no esencial.*” (MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis – **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales - CEC, 1997, 150p. ISBN 84-259-1017-X, p. 22).

²¹⁷ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – **Constituição Portuguesa Anotada** – Volume I, 2 ed. Lisboa: Universidade Católica, 2017, 1045p. ISBN 978-972-54-0541-3, p. 289.

²¹⁸ ALEXEY, Robert – **Teoria dos direitos fundamentais**, 5 ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, 669p. ISBN 978-85-7420-872-5, p. 298.

²¹⁹ Natureza meramente declaratória é, justamente, a posição defendida por Peter Häberle que, ao desenvolver estudo sobre a norma constitucional alemã que estabelece o dever de proteção do núcleo essencial (LF, art. 19.2), asseverou se tratar, *ab initio*, de uma norma constitucional de conteúdo vazio, embora sempre merecedora de adequado preenchimento para, assim, evitar abusos do legislador: “*El artículo 19.2 LF, por tanto, dice de modo declarativo simplemente lo que resulta de una interpretación adecuada del derecho fundamental afectado. En el fondo, se puede decir: el artículo 19.2 LF es una norma constitucional ‘vacía’. No contiene nada que no tuviese vigencia sin ella.*” (HÄBERLE, Peter – **La garantía del contenido esencial de los derechos**

É exatamente sobre essa redução à máxima da proporcionalidade que reside a maior crítica à teoria relativa, haja vista que, conforme assevera Martínez-Pujalte, “estimar que todo direito pode restar limitado com amparo em outros bens constitucionalmente protegidos, sem se exigir mais do que a proporcionalidade da medida limitadora em relação aos objetivos perseguidos, equivale a relativizar por completo o estatuto jurídico dos direitos fundamentais, sujeitando-os a possibilidade de uma permanente restrição, que pode inclusive levar ao seu completo sacrifício”²²⁰. De fato, seria inadmissível reduzir-se o comando de salvaguarda do núcleo essencial ao critério da proporcionalidade, uma vez que este tem como finalidade, em última análise, um exame de causalidade entre os fins almejados e meios escolhidos, enquanto aquele parece melhor se adaptar à ideia de controlo pelo critério da vedação de excesso.

Ademais, há que se relembrar que o princípio da proporcionalidade encontra assento constitucional no n.º 2 (as restrições devem restar limitadas ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos), enquanto que o princípio da proteção do núcleo essencial está previsto no n.º 3 (as restrições não poderão diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais), ambos do artigo 18º da Constituição de República Portuguesa. Não faria, pois, nenhum sentido que ambos os preceitos pudessem manter idênticos sentido e aplicação hermenêutico-constitucionais.

Por essa razão, a intangibilidade do conteúdo essencial, além de ser um instrumento conceitual de proteção última dos direitos fundamentais, deve representar “também *uma barreira contra o próprio princípio da proporcionalidade* e as suas operações de balanceamento entre bens jusfundamentais”²²¹, de modo que, sob pena de redundância, o conteúdo essencial há de compreender, para além da proibição de absoluta instrumentalização do ser humano, algo “que permita afirmar com segurança que estão presentes aquelas faculdades do direito que são indispensáveis para que o bem jurídico que o anima ainda esteja

fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Madrid: Dykinson, 2003, 240p. ISBN 84-9772-123-3, p. 221). Não obstante, em sentido contrário, J.J. Gomes Canotilho entende que deve ser rejeitada a ideia de “que a garantia do núcleo essencial nada mais é que ‘uma mera proclamação e sinalização da ponderação e vinculação do legislador ordinário e restante poderes constituídos pelos direitos fundamentais’” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**, 7 ed., 20ª reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2003, 1522p. ISBN 978-972-40-2106-5, p. 461).

²²⁰ “Y es evidente que de esta forma se altera de un modo notable la posición constitucional de los derechos: estimar que todo derecho puede quedar limitado con amparo en otros bienes constitucionalmente protegidos, sin querer más que la proporcionalidad de la medida limitadora en relación con los objetivos perseguidos con ella, equivale a relativizar por completo el estatuto jurídico de los derechos fundamentales, sujetándolos a la posibilidad de una permanente restricción, que puede incluso llegar a su completo sacrificio.” (MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis – **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales - CEC, 1997, 150p. ISBN 84-259-1017-X, p. 28).

²²¹ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – **Constituição Portuguesa Anotada**, Vol. I, 2 ed. Lisboa: Universidade Católica, 2017, 1045p. ISBN 978-972-54-0541-3, p. 291.

efetivamente protegido”²²². Daí porque sustenta-se a necessidade de se recorrer a uma teoria mista, ao mesmo tempo absoluta e relativa: “*relativa*, porque a própria delimitação do núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias tem de articular-se com a necessidade de protecção de outros bens ou direitos constitucionalmente garantidos; *absoluta*, porque, em última análise, para não existir aniquilação do núcleo essencial, é necessário que haja sempre um *resto substancial* de direito, liberdade e garantia, que assegure a sua *utilidade constitucional*”²²³.

3.3.1. O paternalismo jurídico e a possibilidade de renúncia

O termo paternalismo tem sua raiz embrionária na palavra *pater* que, sendo proveniente do latim, significa *pai* e representa, em um sentido amplo, um comportamento protetivo dentro de uma relação de superioridade – “entre iguais não há coação possível”²²⁴ –, mais ou menos à semelhança daquele que é normalmente dispensado pelo pai em favor do filho, sempre na presunção de que a criança seria um ser naturalmente vulnerável e que, por isso, necessitaria de orientação e suporte para que não seja enganado ou sirva somente a propósitos alheios.

Igualmente, e de certo modo adotando como fundamento essas mesmas premissas básicas, o paternalismo jurídico²²⁵ assenta-se na ideia de que o poder público também sabe o que é melhor para cada indivíduo, independentemente da vontade do respetivo titular do direito afetado. Substitui-se, pois, a noção da relação do pai para com o filho, analogicamente no seu lugar colocando-se a relação do Estado para com o cidadão, nisso surgindo a “maior crítica ao

²²² MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – **Constituição Portuguesa Anotada**, Vol. I, 2 ed. Lisboa: Universidade Católica, 2017, 1045p. ISBN 978-972-54-0541-3, p. 292-3.

²²³ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa anotada**, Volume I, 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 1152p. ISBN 978-85-203-3044-9, p. 395.

²²⁴ Ao abordar a característica da intervenção coativa, afirma Atienza: “*En primer lugar, porque la característica de la intervención coactiva que, hemos visto, parece poner en la definición de paternalismo, implica precisamente relación desigualitaria (entre iguales no hay coacción posible), de manera que ambos puntos de vista (que el paternalismo suponha intervención coactiva, pero no necesariamente una relación de jerarquía) parecen ser incompatibles.*” (ATIENZA, Manuel – **Discutamos sobre paternalismo** [Em linha]. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Vol. 5 (1988), p. 203-204. ISSN 0214-8876. Universidad de Alicante. [Consult. 21 out. 2021]. Disponível em https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10875/1/Doxa5_11.pdf, p. 208-9)

²²⁵ Desde já, válido observar que paternalismo jurídico não se confunde com perfeccionismo jurídico. Embora ambos tenham como traço característico a imposição de limitações à liberdade dos cidadãos, este último “se baseia no propósito de ajustar a vida e a conduta do indivíduo a modelos de virtude e vida boa” (SARMENTO, Daniel – **Dignidade da pessoa humana**, 2 ed., 3ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2019, 375p. ISBN 978-85-450-0175-1, p. 167), enquanto aquele visa a evitar eventuais danos, ainda que esses sejam expressamente consentidos pelo titular do direito. Nesse sentido, o “paternalismo corresponde a uma esfera maior, em cujo interior se situa o perfeccionismo. Todo perfeccionismo é paternalista, mas nem todo paternalismo é perfeccionista, já que o último pode se voltar para a proteção e promoção de interesses e concepções do bem que o próprio agente tem, e não à imposição de visões externas” (SARMENTO, Daniel – **Dignidade da pessoa humana**, 2 ed., 3ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2019, 375p. ISBN 978-85-450-0175-1, p. 169).

paternalismo: ele infantiliza os indivíduos, tratando-os como se não fossem capazes de tomar decisões apropriadas sobre as suas próprias vidas. Daí a sua tensão potencial com o princípio da dignidade humana, que demanda que as pessoas sejam tratadas como sujeitos, e não como objetos da ação de terceiros, ainda que benevolente”²²⁶.

E como alhures afirmado, uma das questões centrais à renúncia a direitos fundamentais reside, justamente, em saber se o indivíduo, enquanto maior e capaz, deve ser protegido contra si mesmo ou, de modo diverso, merece ser integralmente livre para tomar as decisões – boas ou ruins – que entender melhor adequadas a si próprio. Essencial, pois, buscar uma resposta adequada à questão do paternalismo jurídico “porque é a proteção da pessoa contra si mesma que está muitas vezes na origem dos limites que se estabelecem ao poder de disposição sobre posições subjetivas de direitos fundamentais”²²⁷. Aliás, o “paradigma do paternalismo é a restrição da liberdade das pessoas, contra sua vontade, para seu próprio bem”²²⁸.

Daí porque, sendo a renúncia uma forma de exercício de um direito fundamental, legitimamente ancorada na autodeterminação e no livre desenvolvimento da personalidade, enquanto expressões genuínas da dignidade humana, em princípio não se deveria permitir nenhum paternalismo²²⁹ contrário à vontade das pessoas, porquanto, se assim fosse admitido, aquele “apelo paternalista ao interesse público poderia traduzir-se no seguinte absurdo: é porque há sempre um interesse público na colocação de um bem protegido de direito fundamental à disposição de um indivíduo que o indivíduo deve ser privado de dispor desse bem”²³⁰.

Insurgindo-se contra o que denominou ‘ditadura do direito indisponível’, Giorgio Maniaci igualmente se opõe fortemente ao paternalismo jurídico como vedação à liberdade e à autodeterminação. Analisando o caso *Englaro*, em que o Tribunal de Recurso de Milão, sob o

²²⁶ SARMENTO, Daniel – **Dignidade da pessoa humana**, 2 ed., 3ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2019, 375p. ISBN 978-85-450-0175-1, p. 170-1.

²²⁷ CRORIE, Benedita Mac – Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares – algumas notas. In **Estudos em homenagem ao professor Doutor António Cândido de Oliveira**. Coord. FIGUEIRAS, Claudia Sofia Melo; FONSECA, Isabel Celeste Monteiro; ROCHA, Joaquim Freitas da; FROUFE, Pedro Madeira, 1 ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 141-150. ISBN 978-972-40-7080-3, p. 144.

²²⁸ MARTINELLI, João Paulo Orsini – **Paternalismo jurídico-penal: limites da intervenção na liberdade individual pelo uso das normas penais**. São Paulo: LiberArs, 2015, 246p. ISBN 978-85-64789-52-2, p. 85.

²²⁹ “Há uma ligação estreita entre a defesa da pessoa contra si mesma e o paternalismo estadual, na medida em que se considera paternalista um comportamento do Estado que visa impor proteção, independentemente da questão de saber se essa proteção é ou não desejada pela pessoa protegida. Ora, se se restringe a possibilidade de renúncia para o bem dos próprios cidadãos, por se considerar que estes poderão não ter em devida conta as consequências desse ato de disposição, estamos perante uma medida paternalista” (CRORIE, Benedita Mac – Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares – algumas notas. In **Estudos em homenagem ao professor Doutor António Cândido de Oliveira**. Coord. FIGUEIRAS, Claudia Sofia Melo; FONSECA, Isabel Celeste Monteiro; ROCHA, Joaquim Freitas da; FROUFE, Pedro Madeira, 1 ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 141-150. ISBN 978-972-40-7080-3, p. 144).

²³⁰ NOVAIS, Jorge Reis – Renúncia a direitos fundamentais. In **Perspectivas Constitucionais nos 20 Anos da Constituição de 1976**, Volume I. Coord. MIRANDA, Jorge. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 263-335. ISBN 972-32-0752-4, p. 296.

argumento de que a vida e a integridade física seriam indisponíveis, acabou negando relevância às declarações antecipadas de uma paciente que, posteriormente, em razão de um acidente de automóvel, acabou entrando em um estado vegetativo permanente (Eluana Englaro), Maniaci asseverou ser inadmissível a utilização de uma interpretação paternalista da dignidade contra a autonomia da vontade, o que apenas redundaria em argumentos pouco plausíveis, retoricamente ineficazes e contrários aos desejos e valores das pessoas²³¹.

Da mesma forma, Dimoulis e Martins asseveram que a imposição de limitações externas às pessoas, apenas com base na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, faria com que o Estado assumisse “uma postura paternalista, que alega conhecer o interesse do indivíduo melhor do que ele mesmo. Limitações de direitos fundamentais são medidas onerosas que somente podem ocorrer no âmbito dos conflitos entre direitos fundamentais, mas nunca sob o pretexto de tutelar o titular do direito”²³². Aliás, refere Garzón Valdés que o “paternalismo jurídico

²³¹ Conforme se extrai do seguinte trecho original: *“In realtà, sebbene la costituzione italiana non contenga espressamente alcuna disposizione perfezionista non liberale (che invochi ideali di eccellenza morale o di human flourishing) o paternalista, parte della giurisprudenza, come si evince dal caso Englaro (si veda supra n. 1), introduce nell’ordinamento principi perfezionisti non liberali o paternalisti tramite un’interpretazione paternalista del principio della dignità umana, che viene utilizzato contro l’autonomia dell’individuo, ad esempio, affermando che l’eutanasia è contraria alla dignità dell’uomo (oppure interpretando, appunto, soprattutto il diritto alla vita in modo indisponibile). Come già dimostrato altrove, l’argomento della dignità umana da solo si rivela insufficientemente razionale, perché affetto da grave indeterminatezza semantica, perché parassitario, in quanto nasconde, dietro il velo della dignità, un argomento perfezionista (ad esempio bisogna perseguire l’ideale del coraggio, cioè ciascuno deve essere forte e resistere al dolore, alla sofferenza fisica in caso di malattia, e non richiedere l’eutanasia), o un argomento teologico (“Dio dà la vita e nessuno può disporre di ciò che non gli appartiene”), inutilizzabile in una democrazia laica, attenta al valore del pluralismo culturale e religioso. L’argomento perfezionista applicato in favore dell’indisponibilità del diritto alla vita, sebbene logicamente corretto, si rivela poco plausibile, retoricamente inefficace, poco persuasivo, in quanto palesemente in contrasto con i desideri e i valori della maggioranza delle persone nel mondo occidentale e con il fatto che l’intera pratica medica è orientata ad evitare ed alleviare la sofferenza, non ad imporla o lasciare che il paziente trovi la forza interiore per resistere.”* (“Na verdade, embora a constituição italiana não contenha expressamente qualquer disposição perfeccionista não liberal (invocando ideais de excelência moral ou de florescimento humano) ou paternalista, parte da jurisprudência, como se pode ver no caso Englaro (ver supra n. 1), introduz princípios perfeccionistas não liberais ou paternalistas no ordenamento jurídico por meio de uma interpretação paternalista do princípio da dignidade humana, que é utilizada contra a autonomia do indivíduo, por exemplo, ao afirmar que a eutanásia é contrária à dignidade (ou ao interpretar, sobretudo, o direito à vida de forma inalienável). Como já foi demonstrado noutros locais, o argumento da dignidade humana revela-se por si só insuficientemente racional, porque é afectado por uma grave indeterminação semântica, porque é parasitário, na medida em que esconde, por detrás do véu da dignidade, um argumento perfeccionista (por exemplo, há que perseguir o ideal da coragem, ou seja, todos devem ser fortes e resistir à dor, ao sofrimento físico em caso de doença, e não pedir a eutanásia), ou um argumento teológico (“Deus dá a vida e ninguém pode dispor do que não lhe pertence”), inutilizável numa democracia laica, atenta ao valor do pluralismo cultural e religioso. O argumento perfeccionista aplicado a favor da indisponibilidade do direito à vida, embora logicamente correcto, revela-se pouco plausível, retoricamente ineficaz, pouco persuasivo, pois contrasta claramente com os desejos e valores da maioria das pessoas no mundo ocidental e com o facto de toda a prática médica estar orientada para evitar e aliviar o sofrimento, não para impô-lo ou deixar que o paciente encontre a força interior para lhe resistir”) (MANIACI, Giorgio. **La dittatura dei diritti indisponibili** [Em linha]. *Rivista Diritto & Questioni Pubbliche*, Universidade de Palermo, 2014 [Consult. 11 Ago. 2021]. Disponível em http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2014_n14/22-studi_Maniaci.pdf).

²³² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo – **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, 330p. ISBN 978-65-5065-243-2, p. 154.

sustenta sempre existir uma boa razão em favor de uma proibição ou de um mandamento legal, imposto também contra a vontade do destinatário dessa mesma proibição ou mandamento, quando assim for necessário para evitar danos físicos, psíquicos ou econômicos à pessoa a quem se impõe essa medida”²³³ restritiva²³⁴⁻²³⁵. Não obstante, e em que pese se mantenha contrário ao paternalismo jurídico na generalidade dos casos – ao paternalismo injustificável, nas suas palavras –, esse mesmo autor acaba por admiti-lo se reunidas duas condições: se estiver ausente aquilo que denominou de capacidade ou competência básica – assim entendida a capacidade de racionalmente fazer frente aos desafios ou problemas quotidianos – e se a medida adotada visar a superar o défice gerado por esta incompetência²³⁶, porque “o paternalismo justificável aponta para a superação da desigualdade que resulta de uma incompetência básica”²³⁷.

²³³ “*El paternalismo jurídico sostiene que siempre hay una buena razón en favor de una prohibición o de un mandato jurídico, impuesto también en contra de la voluntad del destinatario de esta prohibición o mandato, cuando ello es necesario para evitar un daño (físico, psíquico o económico) de la persona a quien se impone esta medida.*” (VALDÉS, Ernesto Garzón – **Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?** [Em linha]. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Vol. 5 (1988), p. 155-173. ISSN 0214-8876. Universidad de Alicante [Consul. 21 out. 2021]. Disponível em https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10872/1/Doxa5_08.pdf).

²³⁴ Analisando o conceito de paternalismo jurídico de Garzón Valdés, e embora elogiando a finalidade estabelecida por este autor – o segundo elemento da sua conceituação –, por permitir – ao vincular o dano aos planos físico, psíquico e/ou económico – distinguir o paternalismo de outras figuras como o moralismo jurídico, cuja finalidade seria evitar danos morais aos indivíduos, ou o perfeccionismo jurídico, este destinado a maximizar e levar a perfeição o carácter das pessoas, Macario Alemany afirma que o primeiro elemento daquela definição, relativo à forma de ação paternalista, teria sido inadequadamente restringido (apoia-se, apenas, na ideia de um paternalismo puro), haja vista que, frequentemente, a pessoa tratada paternalisticamente não é necessariamente a destinatária da proibição ou do mandamento (v.g., quando visa a evitar danos a terceiros) e, em outras vezes, o paternalismo consiste até mesmo em uma permissão ao próprio agente paternalista (assim contextualizando a partir do exemplo do médico que não poderia ser responsabilizado pelo uso de determinado tratamento que julgou, no momento, ser o melhor ao paciente), concluindo que “*Todo ello apunta a que el paternalismo jurídico sería mejor definido como el ejercicio de un poder jurídico, el cual puede tener como resultado poner al sujeto tratado paternalisticamente en una situación de deber, no derecho, sujeción e/o incompetencia.*” (ALEMANY, Macario – **Breve nota sobre la idea de ‘paternalismo’ en la obra de Ernesto Garzón Valdés** [Em linha]. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Vol. 30, 2007, p. 35-38. ISSN 0214-8679. Universidad de Alicante [Consul. 22 out. 2021]. Disponível em https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13087/1/DOXA_30_04.pdf, p. 37).

²³⁵ Veja-se que – julga-se válido fazer um pequeno parênteses –, muito embora esse conceito considere tanto os critérios de um paternalismo puro (proteger o indivíduo de suas próprias condutas), quanto do chamado paternalismo impuro (proteger outras pessoas que não aquelas que sofrem diretamente a restrição), para fins de análise do instituto da renúncia a direitos fundamentais, mais especificamente ao direito à vida em sua fase final, é seguramente aquela primeira abordagem a que evidenciará maior interesse à presente pesquisa.

²³⁶ Ao que Alemany acresce a necessidade de se ponderar e inserir o critério da proporcionalidade da medida paternalística que venha a ser adotada: “*Estoy de acuerdo com que éstas sean condiciones necesarias de la justificación del paternalismo, pero no com que sean suficientes: en primer lugar, creo que no basta com que la medida se oriente sinceramente a superar el déficit generado por la incompetencia sino que, además, debe ser necesaria y adecuada (es decir, proporcionada) (...)*” (ALEMANY, Macario – **Breve nota sobre la idea de ‘paternalismo’ en la obra de Ernesto Garzón Valdés** [Em linha]. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Vol. 30, 2007, p. 35-38. ISSN 0214-8679. Universidad de Alicante [Consul. 22 out. 2021]. Disponível em https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13087/1/DOXA_30_04.pdf, p. 38).

²³⁷ “*Precisamente porque el paternalismo justificable apunta a la superación de una desigualdade resultado de una incompetencia básica*” (VALDÉS, Ernesto Garzón – **Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?** [Em linha]. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Vol. 5, 1988, p. 155-173. Universidad de Alicante [Consul. 21 out. 2021]. Disponível em https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10872/1/Doxa5_08.pdf, p. 168).

É justamente sobre essa possibilidade de se abrir exceções que surge a diferenciação entre paternalismo forte, também chamado de rígido ou *hard*, e paternalismo fraco, igualmente denominado moderado ou *soft*, classificação essa que toma por base a qualidade das pessoas atingidas pela restrição da liberdade. No primeiro caso, poder-se-ia sempre impor proteção às pessoas quando decidam se autocolocar em perigo, mesmo àquelas consideradas capazes. No segundo, de todo modo, essa intromissão também seria justificável, mas, agora, tão-somente quando o titular não possua competência ou sua decisão não se mostre voluntária, ou seja, apenas quando “não for possível determinar a capacidade do sujeito ou quando essa capacidade não restar comprovada, o comportamento paternalista estaria justificado. É o caso de interferir nas autolesões quando praticadas por crianças, doentes mentais ou adultos com perturbações mentais temporárias”²³⁸. Isso porque, nestes casos, a medida paternalista terá por finalidade afastar a desigualdade surgida pela ausência de voluntariedade ou de capacidade.

Nessa ordem de argumentos, e apesar da evidente e latente tensão com a dignidade humana, poderia ser um exagero afirmar a total incompatibilidade de qualquer limitação externa à vontade²³⁹, podendo existir uma “justificativa *prima facie* legítima para a adoção de medidas paternalistas suaves pelo legislador, cuja validade sempre dependerá de sua compatibilidade com o princípio da proporcionalidade: deve-se ponderar a restrição à liberdade com a tutela do bem jurídico protegido para ver se a medida se justifica constitucionalmente”²⁴⁰.

Portanto, se por um lado é inegável admitir que um paternalismo absoluto não se sustenta diante do princípio basilar da dignidade da pessoa humana e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade – afinal, só o “Estado paternalista se arroga a pretensão de proteger sistematicamente o cidadão contra si próprio”²⁴¹ –, por outro, não menos correto se mostra afirmar que situações pontuais merecem uma especial proteção, cuja legitimidade interventora deve ser rigorosamente sopesada e dependerá “primeiramente, da condição da pessoa e, em segundo plano, do risco criado por um comportamento. A condição refere-se aos aspectos psicológicos que permitam uma decisão consciente e de acordo com a vontade. O risco

²³⁸ MARTINELLI, João Paulo Orsini – **Paternalismo jurídico-penal: limites da intervenção na liberdade individual pelo uso das normas penais**. São Paulo: LiberArs, 2015, 246p. ISBN 978-85-64789-52-2, p. 100.

²³⁹ Eventual absolutismo da vontade pessoal do titular do direito, afastando-se qualquer possibilidade de uma atuação impositiva e restritiva por parte do poder público, anularia por completo o disposto no n.º 3 do artigo 18º da Constituição da República Portuguesa, que determina a salvaguarda ou proteção do núcleo essencial.

²⁴⁰ SARMENTO, Daniel – **Dignidade da pessoa humana**, 2 ed., 3ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2019, 375p. ISBN 978-85-450-0175-1, p. 170-1.

²⁴¹ NOVAIS, Jorge Reis – Renúncia a direitos fundamentais. In **Perspectivas Constitucionais nos 20 Anos da Constituição de 1976**, Volume I. Coord. MIRANDA, Jorge. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 263-335. ISBN 972-32-0752-4. p. 287-8.

criado é o comportamento que poderá acarretar algum dano ao titular do bem”²⁴². Somente a partir desse entendimento será possível encontrar a necessária temperança entre o princípio da salvaguarda do núcleo essencial e aquilo que pode ser entendido como paternalismo jurídico.

No que respeita ao dano, é preciso ter em mente que não será qualquer lesão ou ameaça de lesão que justificará a atuação paternalista. Sendo a autodeterminação um atributo inerente ao ser humano e, portanto, à própria dignidade humana, permite-se a supressão de bens jurídicos e a autolimitação de direitos, dentro de um critério de proporcionalidade, como forma de livre desenvolvimento da personalidade. Consequentemente, somente lesões graves e irreversíveis devem ser admitidas como critérios legitimadores do atuar paternalista.

Quanto às condições do indivíduo, a legitimação paternalista surgirá pela situação de vulnerabilidade, temporária ou permanente, que caracterize incapacidade de discernimento ou falta de voluntariedade pela inexistência de livre manifestação da vontade, o que poderá se dar de várias formas, como a ausência de desenvolvimento intelectual, coação, erro, dolo ou, ainda, em razão de alguma característica peculiar, como no caso de crianças e idosos. Em situações especiais, e sem que isso “signifique uma importação espúria de concepções próprias de Estado paternalista para os quadros de um Estado de Direito, há que reconhecer que, embora a título excepcional, há situações em que o *status* de debilidade estrutural que afecta um cidadão pode exigir a necessidade de o Estado proteger o cidadão contra si próprio, ainda que sempre em função da salvaguarda das possibilidades da sua auto-determinação futura”²⁴³.

Parece, assim, assistir razão à afirmação de que o paternalismo jurídico deve ser “totalmente de afastar, não cabendo ao Estado, em princípio, um dever de proteção contra a vontade do indivíduo (desde que capaz). Tal dever existe apenas em situações extremas ou quando este não esteja em posição de cuidar de si”²⁴⁴, entendendo-se por situações extremas aquelas em que a dignidade humana possa “servir como limite da renúncia, isto é, quando estejam em causa as possibilidades de ‘autodeterminação futura’ da pessoa”²⁴⁵.

²⁴² MARTINELLI, João Paulo Orsini – **Paternalismo jurídico-penal: limites da intervenção na liberdade individual pelo uso das normas penais**. São Paulo: LiberArs, 2015, 246p. ISBN 978-85-64789-52-2, p. 173.

²⁴³ NOVAIS, Jorge Reis – Renúncia a direitos fundamentais. In **Perspectivas Constitucionais nos 20 Anos da Constituição de 1976**, Volume I. Coord. MIRANDA, Jorge. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 263-335. ISBN 972-32-0752-4. p. 318.

²⁴⁴ CRORIE, Benedita Mac – Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares – algumas notas. In **Estudos em homenagem ao professor Doutor António Cândido de Oliveira** – Coord. FIGUEIRAS, Claudia Sofia Melo; FONSECA, Isabel Celeste Monteiro; ROCHA, Joaquim Freitas da; FROUFE, Pedro Madeira, 1 ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 141-150. ISBN 978-972-40-7080-3, p. 146.

²⁴⁵ CRORIE, Benedita Mac – Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares – algumas notas. In **Estudos em homenagem ao professor Doutor António Cândido de Oliveira** – Coord. FIGUEIRAS, Claudia Sofia Melo; FONSECA, Isabel Celeste Monteiro; ROCHA, Joaquim Freitas da; FROUFE, Pedro Madeira, 1 ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 141-150. ISBN 978-972-40-7080-3, p. 146 (nota n.º 20).

4. RENÚNCIA E DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA

Ab initio, como já expressado em linhas anteriores, impõe-se registrar que o presente trabalho se focará apenas na abordagem da renúncia ao direito à vida em sua fase terminal, mais precisamente no instituto da eutanásia direta, não se pretendendo estender a análise a outras questões como, por exemplo, o aborto, enquanto ato ilícito, ou mesmo a interrupção voluntária da gravidez, enquanto ato lícito e autorizado pelo ordenamento jurídico português²⁴⁶.

Nascimento e morte, indubitavelmente, traduzem o início e o fim da existência humana, de modo que se poderia afirmar ser até mesmo intuitiva a análise conjunta dos dois institutos, ambos entrelaçados e diretamente decorrentes do tema ‘vida humana’.

Não obstante, o fato é que o aborto, em última instância, não encontra uma justa adequação ao tema da renúncia a direito fundamental. E a razão nos parece de simples apreensão: nele, o conflito de direitos fundamentais se dá sob a modalidade de colisão. No aborto, não se tem uma renúncia propriamente dita, uma vez que, como também já referido, a capacidade para renunciar se liga, essencialmente, à capacidade para o exercício do mesmo direito ou posição jurídica fundamental, assim só se encontrando autorizado a efetivar uma renúncia o próprio titular do direito ou posição jurídica objeto do ato renunciatório²⁴⁷.

Veja-se que não se trata, tão-só, de uma mera e suposta inadequação a um dos requisitos ou pressupostos da renúncia ou, mais precisamente, à questão de se poder renunciar ou não a direito de terceiros, como ocorre, *v.g.*, com a polémica possibilidade de os pais renunciarem a um tratamento médico, essencial à manutenção da vida, em nome do filho menor. O problema alcança um horizonte bem mais distante.

Na recusa a um tratamento médico ao filho menor, ou até mesmo a uma pessoa já incompetente para manifestar a sua vontade livremente, permanece existindo um conflito, mas só que agora decorrente de uma concorrência ou concurso de direitos fundamentais. Dessa forma, haverá de se saber qual direito ou princípio constitucional da mesma pessoa irá prevalecer, ou seja, se será o direito à vida ou se será a dignidade humana desse mesmo filho ou dessa mesma pessoa já incapaz de solicitar ou consentir. Isto é, nenhum dos direitos, interesses ou valores em jogo pertencem ao terceiro renunciante que, no caso, acabará por atuar no lugar do titular, isto é, acabará por escolher uma das posições jurídicas fundamentais, dentre

²⁴⁶ Conforme disposto nos artigos 140º e 141º (aborto e aborto agravado) e 142º (interrupção da gravidez não punível), todos do Código Penal português.

²⁴⁷ Mesmo tomando de empréstimo a doutrina penal, não poderá existir dúvida de que “Quem dá o consentimento tem pois de ter o poder de disposição sobre o interesse” (SILVA, Germano Marques da – **Direito penal português: teoria do crime**, 2 ed. Lisboa: Universidade Católica, 2018, 468p. ISBN 978-972-54-0458-4, p. 217).

todas aquelas que assistem ao filho ou ao incapaz – e não ao indivíduo que efetiva e formaliza o ato renunciatório –, que entende melhor ou mais adequada.

Já no aborto, há um autêntico choque de direitos fundamentais: de um lado, o direito à vida intrauterina do feto, o seu direito a uma gestação responsável que lhe proporcione condições de nascer e ganhar a vida extrauterina e, de outro, os interesses da gestante. Quando um aborto, p. ex., é realizado por opção da mulher, dentro das dez primeiras semanas de gestação, esse pedido de interrupção da gravidez não reflete uma renúncia à sua vida, à sua liberdade ou à sua dignidade, mas sim, de forma diametralmente oposta, ao direito à vida do feto, isto é, a um direito que não lhe pertence. Mas, o mais importante aqui é que essa suposta renúncia – se como renúncia fosse admitida – se dá sobre um direito que se encontra em *conflito com os seus próprios interesses*. E não se poderia aceitar que a própria pessoa envolvida pudesse se beneficiar decidindo, ao mesmo tempo, por si e pela parte contrária prejudicada²⁴⁸.

Dessa forma, retratando o aborto uma autêntica *colisão* de posições jurídicas fundamentais, e não uma concorrência ou concurso, tem-se como impositivo reconhecer que se tornaria inviável chegar-se a uma solução minimamente aceitável socorrendo-se da análise dos pressupostos ou requisitos de admissibilidade da renúncia a direitos fundamentais.

Nesse sentido, chamado a preventivamente fiscalizar a constitucionalidade e a legalidade do referendo convocado em 1998 – não aprovado – para que fosse respondida indagação relativa à despenalização da interrupção da gravidez, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas e efetivado em estabelecimento de saúde legalmente autorizado, o Tribunal Constitucional português reconheceu, por meio do Acórdão 288/98, que a vida do feto seria igualmente merecedora de amparo constitucional, mas, todavia, “essa protecção da vida humana em gestação não terá que assumir o mesmo grau de densificação nem as mesmas modalidades que a protecção do direito à vida individualmente subjectivado em cada ser humano já nascido”²⁴⁹, razão pela qual, muito embora alertando que essa assertiva não poderia “ser interpretada como aceitação de que a Lei Fundamental consagra o aborto como método de planeamento familiar ou de controlo da natalidade”²⁵⁰, entendeu pela necessidade de uma

²⁴⁸ Apenas para fins de comparação, poderia ser aqui lembrado da figura do contrato consigo mesmo ou do autocontrato, em que apenas uma pessoa acaba por celebrar o contrato, ao mesmo tempo, a título pessoal e também em representação da outra parte, evidentemente colocando-se como beneficiário. Esse instituto, tradicionalmente afeto ao direito civil, tem a sua prática, ao menos em princípio, considerada inadmissível.

²⁴⁹ TRIBUNAL Constitucional de Portugal – **Acórdão n.º 288/1998** [Em linha]. Processo n.º 340/98, Plenário – 1ª Secção. Relator: Conselheiro Luís Nunes de Almeida. [Consult. 20 out. 2021]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980288.html>.

²⁵⁰ TRIBUNAL Constitucional de Portugal – **Acórdão n.º 288/1998** [Em linha]. Processo n.º 340/98, Plenário – 1ª Secção. Relator: Conselheiro Luís Nunes de Almeida. [Consult. 20 out. 2021]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980288.html>.

harmonização – princípio da harmonização ou concordância prática – entre a proteção da vida intrauterina e certos direitos da gestante, com o seu direito à liberdade, à autonomia reprodutiva e à maternidade consciente, à dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade. Nesse mesmo Ac. n.º 288/98 o Tribunal Constitucional referiu, ainda, que essa harmonização, “na procura de uma equilibrada ponderação de interesses, é susceptível de passar pelo estabelecimento de uma fase inicial do período de gestação em que a decisão sobre uma eventual interrupção voluntária da gravidez cabe à própria mulher”²⁵¹, uma vez que o feto reclama uma tutela tanto maior quanto mais próximo estiver do seu nascimento, ou seja, deve-se tutelar a vida intrauterina de forma progressiva, passando-se a ser progressivamente mais exigente à medida em que avança o período de gestação²⁵².

Dito de outra maneira, o que fez o Tribunal Constitucional foi, ao rejeitar a tese de que o feto seria mero *portium viscera matris*²⁵³, aceitar a existência, digamos assim, de duas “entidades distintas”²⁵⁴ e reconhecer a necessidade de proteção ao valor constitucional objetivo da vida humana intrauterina, consequentemente evidenciando um *autêntico conflito de direitos fundamentais*. A partir de então, estabeleceu, como premissa, que essa proteção não poderia

²⁵¹ TRIBUNAL Constitucional de Portugal – **Acórdão n.º 288/1998** [Em linha]. Processo n.º 340/98, Plenário – 1ª Secção. Relator: Conselheiro Luís Nunes de Almeida. [Consult. 20 out. 2021]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980288.html>.

²⁵² Ainda segundo explicitou o Ac. n.º 288/98 do Tribunal Constitucional: “É que a harmonização, a concordância prática, se faz entre bens jurídicos, implicando normalmente que, em cada caso, haja um interesse que acaba por prevalecer e outro por ser sacrificado. Quer isto dizer que, sempre dentro da perspectiva que agora se explicita, o legislador não poderia estabelecer, por exemplo, que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade da mulher era hierarquicamente superior ao bem jurídico «vida humana intra-uterina» e, consequentemente, reconhecer um genérico direito a abortar, independentemente de quaisquer prazos ou indicações; mas, em contrapartida, já pode determinar que, para harmonizar ambos os interesses, se terão em conta prazos e circunstâncias, ficando a interrupção voluntária da gravidez dependente apenas da opção da mulher nas primeiras dez semanas, condicionada a certas indicações em fases subsequentes e, em princípio, proibida a partir do último estágio de desenvolvimento do feto” (TRIBUNAL Constitucional de Portugal – **Acórdão n.º 288/1998** [Em linha]. Processo n.º 340/98, Plenário – 1ª Secção. Relator: Conselheiro Luís Nunes de Almeida. [Consult. 20 out. 2021]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980288.html>).

²⁵³ “A ideia do embrião e do feto como *portio viscerum* era, portanto, proposta recorrendo à imagem do fruto que cresce nesse terreno fértil que é o ventre materno, aí plantando a sua raiz, identificada com o cordão umbilical – também chamado raiz abdominal. E é um fruto que, enquanto não fica maduro, não se pode conceber separado da planta, visto que só em virtude desse amadurecimento se torna uma entidade autónoma (...) Nesse contexto, a gravidez não era obviamente definível em termos de relação uma vez que faltava o próprio pressuposto: a presença de duas entidades que fossem autónomas. Era, ao invés, entendida como um dos processos fisiológicos tipicamente femininos, potencialmente verificáveis no corpo da mulher, como a menstruação” (GALEOTI, Giulia – **História do aborto**. Tradução: Sandra Escobar. Lisboa: Edições 70, 2007, 172p. ISBN 978-972-44-1296-2, p. 25-6).

²⁵⁴ “Graças às descobertas científicas sobre o contributo (ainda que desigual) materno e paterno para o nascimento e às visualizações gráficas dos estádios de desenvolvimento do embrião que permitiram analisar a formação de um feto vivo muito antes que se percebessem os movimentos, a gravidez começa a ser vista, pela primeira vez, como relação entre duas entidades distintas, ambas portadoras de interesses. Isso colocará, a princípio implicitamente, a questão da escolha de quem proteger em concreto na eventualidade de um conflito entre os dois interesses.” (GALEOTI, Giulia – **História do aborto**. Tradução: Sandra Escobar. Lisboa: Edições 70, 2007, 172p. ISBN 978-972-44-1296-2, p. 105).

atuar de uma forma absoluta, mas sim gradual, devendo ser mais rigorosa à medida em que avança a gestação para concluir que, nesse cenário, seria viável ao legislador fixar um prazo razoável em que os direitos da mulher deveriam prevalecer, as dez primeiras semanas. Esse foi o critério entendido como proporcional para, mediante uma ponderação de valores, harmonizar os direitos e interesses que se encontravam sob o abrigo da tutela constitucional.

E quando convocado em 2006 para, mais uma vez, proceder à fiscalização preventiva, mas agora em relação ao novo referendo, embora de igual teor, o Tribunal Constitucional manteve a sua linha argumentativa, pronunciando-se pela constitucionalidade e pela legalidade da medida, oportunidade em que asseverou que “há-de concluir-se, tal como no Acórdão n.º 288/98, que a matéria em análise é enquanto tal passível de referendo, na medida em que está ainda na margem de discricionariedade do legislador criar ou não criar áreas de despenalização da interrupção voluntária da gravidez dentro dos limites constitucionais”²⁵⁵.

Portanto, e ao que parece, o Tribunal Constitucional português – independentemente de críticas²⁵⁶ ou, inclusive, do entendimento pessoal de cada um acerca do eventual acerto ou incorreção dessas decisões – andou bem ao tratar da questão do aborto como uma *autêntica colisão* de direitos fundamentais – e não concorrência –, utilizando-se do princípio da harmonização ou concordância prática para a solução da questão²⁵⁷. O Tribunal Constitucional, nessas duas ocasiões, vale aqui frisar, não se referiu ou sequer insinuou a possibilidade de uma análise ou resolução do impasse sob o rótulo da renúncia de um direito fundamental²⁵⁸.

²⁵⁵ TRIBUNAL Constitucional de Portugal – **Acórdão n.º 617/2006** [Em linha]. Processo n.º 924/2006. Plenário. Relatora: Conselheira Maria Fernanda Palma. [Consult. 20 out. 2021]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060617.html>.

²⁵⁶ “Na verdade, não se vislumbra como é que num sistema de aborto livre durante 10 semanas se realiza qualquer concordância, ainda para mais ‘prática’, entre bens jurídicos tidos conflituantes quando as suas consequências reais conduzem à supressão irremediável de um dos bens em conflito, por sinal aquele que, em abstrato, se apresentaria como o mais valioso (...) para que a concordância prática não se esgote numa fórmula vazia – além do cumprimento de um ónus de argumentação jurídica, com clara identificação dos direitos da mulher que importa salvaguardar –, seria pelo menos necessário que o motivo determinante da prática de aborto não fosse irrelevante para a ordem jurídica. De facto, o *conteúdo mínimo* do direito à vida intrauterina impõe que esta não possa, em momento algum, ser suprimida sem invocação de razões atendíveis, permitindo-se indiferentemente tanto o aborto motivado por insuperáveis dificuldades económicas ou familiares como o aborto por simples comodismo ou conveniência” (MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – **Constituição Portuguesa Anotada** – Volume I, 2 ed. Lisboa: Universidade Católica, 2017, 1045p. ISBN 978-972-54-0541-3, p. 371).

²⁵⁷ “O campo de eleição do princípio da concordância prática tem sido até agora o dos direitos fundamentais (colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos). Subjacente a este princípio está a ideia do valor dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia) que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre esses bens” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**, 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, 1522p. ISBN 978-972-40-2106-5, p. 1225).

²⁵⁸ Pelo contrário, no Ac. n.º 288/98, o Tribunal Constitucional fez expressamente constar que a vida intrauterina, ainda em gestação, seria um bem jurídico “em colisão com certos direitos da mulher” e que “a colisão de bens jurídicos constitucionalmente protegidos, existente no caso dos autos, pode ser resolvida pelo legislador, estando dentro da sua margem de liberdade de conformação a opção por punir – suposto que permanece, neste caso, o

4.1. Reflexões sobre o fim da vida humana: a eutanásia ²⁵⁹

Provocar ou facilitar a morte de um semelhante é conduta com a qual a humanidade parece conviver desde os seus primórdios. Nem sempre, é verdade, com base em razões de compaixão pela descoberta de uma moléstia fatal ou pelo sofrimento extremo do próximo.

Em realidade, a eutanásia, tema eternamente polémico no meio jurídico e social, já era remotamente praticada – não raro, publicamente – para promover a eliminação de pessoas consideradas inúteis, loucas, possuidoras de deficiência, recém-nascidos tidos como inviáveis ou, simplesmente, indivíduos anciãos que, ao alcançarem esse estágio etário, passavam a ser automaticamente considerados um fardo social, sem qualquer utilidade à comunidade. Os brâmanes, segundo Luís Jiménez de Asúa, já “tinham o costume de matar ou abandonar na selva as crianças que, dois meses depois de nascidas, lhes pareciam de má-índole”²⁶⁰, enquanto que, na Idade Média “dava-se aos guerreiros feridos um punhal afiadíssimo, denominado misericórdia, que lhes servia para evitar o sofrimento prolongado da morte e para não caírem nas mãos do inimigo. O polegar para baixo dos Césares era uma permissão à eutanásia, facultando aos gladiadores uma maneira de fugirem da morte agônica e da desonra”²⁶¹.

Mas pelo que se tem notícia, a palavra *eutanásia*, ao menos com a compreensão e significação próximas a que hoje se possui, somente teria sido embrionariamente criada e desenvolvida a partir do século XVII – embora a expressão *morte feliz* tenha sido utilizada

modelo das indicações – ou não punir a interrupção voluntária da gravidez efectuada nas primeiras dez semanas” (TRIBUNAL Constitucional de Portugal – **Acórdão n.º 288/1998** [Em linha]. Processo n.º 340/98, Plenário – 1ª Secção. Relator: Conselheiro Luís Nunes de Almeida. [Consult. 20 out. 2021]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980288.html>), enquanto que do Ac. n.º 617/2006 é possível extrair a afirmação de que “De qualquer modo, pressuposta, como se defende na doutrina e jurisprudência constitucionais, a inexistência de hierarquia entre direitos constitucionais, precisamente com base na identidade da sua fonte, nunca a colisão de direitos constitucionais poderá ser resolvida, pelo legislador ordinário, com base num critério normativo de prevalência da liberdade da mulher a manter um projecto de vida à custa da morte do feto, *titular constitucional* de vida humana e da respectiva dignidade.” (TRIBUNAL Constitucional de Portugal – **Acórdão n.º 617/2006** [Em linha]. Processo n.º 924/2006. Relatora: Conselheira Maria Fernanda Palma. [Consult. 20 out. 2021]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060617.html>).

²⁵⁹ Impende registrar, desde já, que o conteúdo do presente tópico, embora não tenha sido objeto de nenhuma espécie de publicação, restou anteriormente anotado e explanado no bojo do trabalho entregue, no ano de 2018, à unidade curricular de Direito Constitucional Avançado, do Programa de Mestrado em Direito, Especialidade em Ciências Jurídicas, com o título *Eutanásia, Direito à Vida e Dignidade da Pessoa Humana*, sob a supervisão do Professor Doutor Pedro Trovão do Rosário, nesta oportunidade sendo pontualmente acrescido e inovado, sempre que pertinente, de nova fundamentação jurídica.

²⁶⁰ ASÚA, Luis Jiménez de – **Liberdade de amar e direito a morrer** – Tomo I. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, 116 p. ISBN 85-7604-013-1, p. 20.

²⁶¹ SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna – **Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, 222p. ISBN 978-85-384-0237-4, p. 87-8.

pelos Gregos já no século III a.C.²⁶² –, atribuindo-se a sua autoria ao inglês Francis Bacon que, mesmo adotando a ideia de dispensar solidariedade aos enfermos, passou a pregar o fim de suas vidas em casos extremos, para tanto instigando os médicos a desenvolverem métodos que diminuíssem os sofrimentos dos moribundos²⁶³. E seria justamente com base nesse intuito de amenizar as dores e os sofrimentos ao fim da vida que, hodiernamente, seria devido o entendimento de uma morte dada exclusivamente por comiseração, por piedade²⁶⁴.

O fato é que a prática da eutanásia acabou caindo em declínio na exata medida e proporção em que a vida começou a ser encarada como algo sagrado e intangível. A morte, como solução dos problemas ligados a deformações físicas e intelectuais, assim como das enfermidades incuráveis, que chegaram a ser consideradas castigos divinos, passou paulatinamente a ser entendida, com a chegada do cristianismo, como uma passagem para a vida eterna. Por refletir o próprio lado reverso da vida, a morte também acabou ganhando ares de sacralidade. O momento da morte, portanto, não mais poderia ficar circunscrito ao alvedrio humano, devendo o sofrimento ser aceito e suportado como parte integrante da própria vida.

Foi com a introdução das ideias iluministas que se passou à compreensão jurídica da vida como valor superior baseado na igualdade entre as pessoas, de modo que todo ser humano possuiria os mesmos direitos e deveres, sem qualquer espécie de discriminação.

A vida, nesse sentido, figura como “pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades”²⁶⁵ dispostos na ordem constitucional em relação ao ser humano. Todos os demais direitos com ele mantêm inegável relação de dependência, por tal razão podendo ser considerada, por assim dizer, a porta de entrada, o verdadeiro pré-requisito à existência, à concretização e à manutenção de todos os direitos e garantias fundamentais²⁶⁶, abrangendo, não

²⁶² JANUÁRIO, Rui; FIGUEIRA, André – **O crime de homicídio a pedido: eutanásia, direito a morrer ou dever de viver**. Lisboa: Quid Juris, 2009, 334p. ISBN 978-972-724-458-4, p. 51.

²⁶³ CARVALHO, Gisele Mendes – **Aspectos jurídico-penais da eutanásia**, São Paulo: IBCCRIM, 2001, p. 40.

²⁶⁴ Relato interessante nos é dado por Genival Veloso de França, o qual anota que “há quem afirme que o gesto dos guardas judeus de darem a Jesus uma esponja embebida em vinagre, antes de constituir ato de zombaria e crueldade, teria sido uma maneira piedosa de amenizar seu sofrimento, pois o que lhes ofereceram, segundo consta, fora simplesmente o vinho da morte, numa atitude de extrema compaixão. Segundo Dioscorides, esta substância “produzia um sono profundo e prolongado, durante o qual o crucificado não sentia nem os mais cruentos castigos e, por fim, caía em letargo, passando à morte insensivelmente” (FRANÇA, Genival Veloso de – **Medicina legal**, 9 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2013, ISBN 978-85-277-1693-2, p. 420).

²⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de direito constitucional**, 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, 1662p. ISBN 978-85-53602-87-2, p. 259.

²⁶⁶ MORAES, Alexandre de – **Direito constitucional**. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2010, 922p. ISBN 978-85-224-5975-9, p. 35.

só o direito de viver, mas também o direito – dado que a dignidade humana “coenvolve todos os princípios relativos ao homem”²⁶⁷ – de ter e de manter uma vida plenamente digna²⁶⁸.

E é precisamente a partir desse direito a uma vida digna, ou, mais precisamente, o de manter a dignidade enquanto em vida, que se tem colocado em dúvida a primazia do direito à vida biológica, mormente diante dos grandes avanços tecnológicos que têm repercutido diretamente no exponencial aumento da expectativa de vida da população mundial em razão dos progressos da medicina e da indústria farmacêutica, o que acabou por criar um dilema ético quanto à exata compreensão do momento final da existência da pessoa²⁶⁹, especialmente em razão do emprego, muitas vezes inadequado e excessivo, de medidas tendentes ao prolongamento artificial da vida ou, tomando em consideração uma perspectiva oposta, ao desnecessário distanciamento temporal do processo natural da morte.

Nesse contexto, o especial exemplo de pacientes idosos, considerados incuráveis ou que passam a experimentar dores atrozes ao final da vida em razão de alguma deficiência ou enfermidade – e por isso reclamam pelo direito de morrer dignamente –, coloca novamente em evidência o tema da eutanásia, levantando-se questionamentos que acabam por colocar em xeque o próprio ideal de preservação da vida a qualquer custo.

4.1.1. Eutanásia e institutos afins²⁷⁰

Sob o conceito de ‘morte medicamente assistida’ encontram-se abrigados institutos como a eutanásia – por vezes utilizada como sinónimo daquele – e a ortotanásia. Mas o entendimento da questão revela a necessidade de também se apreender o significado das expressões distanásia e suicídio assistido²⁷¹. Daí porque se entende oportuno e recomendável,

²⁶⁷ MIRANDA, Jorge – **Direitos fundamentais**, 2 ed. Coimbra: Almedina, 2017. 562p. ISBN 978-972-40-7217-3, p. 223.

²⁶⁸ “Chegados a um patamar de duração da vida, que talvez em menos de cem anos tenha quase duplicado o seu período normal, o problema já não se centra na ‘quantidade’ de vida – para nos exprimirmos de maneira pobre mas sugestiva – mas, seguramente, em uma nova categoria: a qualidade de vida” (COSTA, José de Faria – O fim da vida e o direito penal. In **Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias**. Org. ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; ANTUNES, Maria João. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 759-807. ISBN 972-32-1193-9, p. 772).

²⁶⁹ FRANÇA, Genival Veloso de – **Medicina legal**, 9 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2013, ISBN 978-85-277-1693-2, p. 419.

²⁷⁰ Impende registrar, desde já, que o conteúdo do presente tópico, embora não tenha sido objeto de nenhuma espécie de publicação, restou anteriormente anotado e explanado no bojo do trabalho entregue, no ano de 2018, à unidade curricular de Direito Constitucional Avançado, do Programa de Mestrado em Direito, Especialidade em Ciências Jurídicas, com o título *Eutanásia, Direito à Vida e Dignidade da Pessoa Humana*, sob a supervisão do Professor Doutor Pedro Trovão do Rosário, nesta oportunidade sendo pontualmente acrescido e inovado, sempre que pertinente, de nova fundamentação jurídica.

²⁷¹ Embora sem interesse aos objetivos deste trabalho, há quem fale, ainda, em mistanásia ou eutanásia social, que seria aquela morte considerada miserável, fora de hora, podendo ser verificada três situações. Primeiramente, a

primeiramente, diferenciar esses institutos para, posteriormente, sobre eles prosseguir no desenvolvimento do trabalho, assim evitando eventuais equívocos ou incompreensões terminológicas relacionadas àquele conceito maior²⁷².

Conforme amplamente difundido, o termo *eutanásia* provém do grego, mais precisamente da junção das expressões *eu* (bom, boa, belo, bela) e *thánatos* ou *thanatos* (morte, fim), assim podendo ser conceituado sinteticamente como *morte boa* ou *morte suave*.

Doutrinariamente, encontra-se a conceituação de eutanásia como sendo a conduta médica²⁷³ que antecipa “a morte de uma pessoa, por motivos humanitários, mediante requerimento expresso ou por vontade presumida – mas sempre em atenção aos interesses fundamentais – daquele que sofre uma enfermidade terminal incurável, lesão ou invalidez irreversível, que lhe causa sofrimentos insuportáveis, do ponto de vista físico ou moral, considerando sua própria noção de dignidade”²⁷⁴.

Caminhando nessa linha cognitiva, convém abordar as principais classificações dadas à eutanásia, desde já iniciando por aquelas que se vinculam à motivação da morte.

Costuma-se realizar, sob esse critério, a distinção entre eutanásia *selecionadora ou eugénica*, eutanásia *eliminadora ou económica*, e eutanásia *libertadora ou terapêutica*. A primeira, refere-se à eliminação de pessoas portadores de anomalias físicas ou psíquicas, sejam elas congénitas ou adquiridas, ou consideradas fracas ou depravadas, sempre com a ideia de aperfeiçoamento ou melhoria da espécie. A segunda, vincula-se principalmente à morte de loucos, deficientes e idosos, mas nesse caso por considerá-los sem utilidade à comunidade, um verdadeiro peso económico por apenas acarretarem despesas inúteis. A terceira espécie é traduzida em uma morte ministrada de forma indolor ao enfermo incurável e sobre o qual

“grande massa de doentes e deficientes que, por motivos políticos, sociais e económicos, não chegam a ser pacientes, pois não conseguem ingressar efetivamente no sistema de atendimento médico; segundo, os doentes que conseguem ser pacientes, para, em seguida, se tornar vítimas de erro médico; e terceiro, os pacientes que acabam sendo vítimas de má-prática por motivos económicos, científicos ou sociopolíticos. A mistanásia é uma categoria que nos permite levar a sério o fenómeno da maldade humana” (MARTIN, Leonard M. *apud* SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna – **Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, 222p. ISBN 978-85-384-0237-4, p. 91).

²⁷² “Falar-se em morte assistida é falar de uma ideia que abarca diversas realidades, algumas permitidas, outras possíveis, outras proibidas.” (GODINHO, Inês Fernandes – Autodeterminação e morte assistida na relação médico-paciente. In **O sentido e o conteúdo do bem jurídico vida humana**. Coordenadores: José de Faria Costa e Urs Kindhäuser. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 111-129. ISBN 978-972-32-2028-5, p. 111).

²⁷³ “Só um médico, nesses momentos cruciais, pode agir com a cabeça fria e a competência profissional para ajudar o paciente na busca de um fim digno e suave. Ele não estará envolvido emocionalmente e saberá analisar com precisão o quadro clínico que o justifique. Será sempre ideal a solução que médico e paciente possam encontrar juntos para o problema” (HUMPHRY, Derek – **A solução final: a praticabilidade de auto-eliminação e da assistência a suicídios em casos terminais de doenças degenerativas**. Tradução: Ênio Silveira. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1994, 228p. ISBN 85-200-0145-9, p. 171).

²⁷⁴ DIAS, Roberto – **O direito fundamental à morte digna: uma visão constitucional da eutanásia**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, 239p. ISBN 978-85-7700-548-2, p. 148.

recaem dores insuportáveis, por isso devendo ser ministrada por profissionais médicos (*terapêutica*) no intuito de livrar o paciente do seu sofrimento (*libertadora*).

Mas a eutanásia também abriga outras classificações importantes. Sob o ângulo do paciente-vítima, pode ser dividida em *voluntária* (quando a morte se dá a seu pedido ou com o seu consentimento) ou *involuntária* (quando contrária a vontade da vítima ou quando esta permanece alheia à decisão final), o que, em última análise, e excluindo-se a polémica possibilidade de consentimento presumido, configuraria a prática de um crime de homicídio.

Já do ponto de vista do agente que a pratica ou, adotando-se um conteúdo linguístico mais adequado, quanto ao modo de execução, a eutanásia pode ser considerada *passiva*, quando a morte é causada por omissão, ou *ativa*, quando provocada por uma ação positiva, subdividindo-se esta última entre ativa direta e ativa indireta. Fala-se *direta* quando a ação possui por finalidade específica e imediata a própria morte, ou seja, quando esta é diretamente visada pelo agente causador/provocador. Já a eutanásia ativa *indireta* seria aquela em que a ação visa, inicialmente ou tão-somente, a atenuar a dor física e o sofrimento, muito embora se saiba que o tratamento administrado indubitavelmente encurtará a vida do paciente²⁷⁵.

No entanto, mostra-se oportuno consignar que essa distinção entre eutanásia ativa e passiva²⁷⁶ gera discussões, já que, em realidade, quem desliga a máquina que mantém uma pessoa viva realiza, em termos técnico-jurídicos, uma autêntica conduta ativa, qual seja, a de efetivamente desligar o equipamento (comissão). E em sendo assim, estando o médico ciente de que isso acarretará a morte do seu paciente, nenhuma diferença de conduta haveria em relação àquele profissional que, por exemplo, aplica uma injeção letal; verificar-se-ia, nos dois casos, uma conduta igualmente positiva, um fazer visando à morte do paciente. Daí porque alguns propugnam que a omissão, especificamente nesse campo classificatório, deva ser entendida apenas como a *recusa na disponibilização ou manutenção de cuidados médicos*, ou seja, como “renúncia a medidas de prolongamento da vida”²⁷⁷, dessa forma desvinculando o conceito de passividade com o de conduta, uma vez que esta compreende tanto a ação como a omissão. Cláudia Neves Casal, nesse particular, refere a pertinência da proposta de Roxin, de

²⁷⁵ JANUÁRIO, Rui; FIGUEIRA, André – **O crime de homicídio a pedido: eutanásia, direito a morrer ou dever de viver**. Lisboa: Quid Juris, 2009, 334p. ISBN 978-972-724-458-4, p. 61.

²⁷⁶ “Diferentemente do que o adjectivo ‘passiva’ possa dar a entender, em esta forma de eutanásia inclui-se não apenas a omissão de (mais) medidas de prolongamento da vida, como também a sua interrupção.” (GODINHO, Inês Fernandes – Autodeterminação e morte assistida na relação médico-paciente. In **O sentido e o conteúdo do bem jurídico vida humana**. Coordenadores: José de Faria Costa e Urs Kindhäuser. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 111-129. ISBN 978-972-32-2028-5, p. 113).

²⁷⁷ GODINHO, Inês Fernandes – **Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, 408p. ISBN 978-972-32-2308-8, p. 238.

tratar “esta questão como ‘omissão de acção’, em que não obstante o movimento corporal positivo a acção é tratada como uma omissão, afastando-se a ilicitude da conduta médica”²⁷⁸.

No que respeita à modalidade *ativa indireta*, é comum a sua equiparação à chamada eutanásia de duplo efeito ou de dupla finalidade, consistente em “aliviar o sofrimento do doente e ao mesmo tempo abreviar seu tempo de vida, que é efeito daquele primeiro objetivo principal (v.g., a administração de morfina tem reflexos prejudiciais à função respiratória, e em altas doses pode acelerar a morte)”²⁷⁹. A morte seria uma consequência, e não o objetivo direto, do controlo da dor por meio de ação medicamentosa ministrada com a finalidade de diminuir o sofrimento. Em suma, enquanto na eutanásia ativa direta o agir se orienta pela promoção da morte como uma solução para a dor, na eutanásia de duplo efeito ou ativa indireta o agir seria dirigido à dor do paciente, ainda que sua morte venha a ocorrer mais cedo²⁸⁰.

Por outro lado, mas ainda no campo das classificações pertinentes à eutanásia, fala-se também em *ortotanásia* (*orthos* = normal; *thanatos* = morte), significando morte correta, a seu tempo. Entretanto, quanto à sua exata compreensão, é possível encontrar quem a defina, simplesmente, como sinónimo de eutanásia passiva, enquanto outros diferenciam os dois conceitos, afirmando que na eutanásia passiva, diferentemente da ortotanásia, “são retirados do paciente meios ordinários, comuns à sustentação de sua vitalidade. A dificuldade em se distinguir meios ordinários e extraordinários deu lugar aos conceitos de meios proporcionais e desproporcionais, que consideram a oportunidade dos recursos empregados em relação aos resultados que se visa obter”²⁸¹. Outros, ainda, parecem defender entendimento bem mais restritivo, somente admitindo o termo ortotanásia na hipótese em que já estiver diagnosticada a morte encefálica do paciente²⁸². O que se observa com relação ao termo ortotanásia, portanto, é uma verdadeira ausência de consenso quanto à sua real compreensão.

²⁷⁸ CASAL, Cláudia Neves – **Homicídio privilegiado por compaixão**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, 247p. ISBN 972-32-1274-9, p. 225.

²⁷⁹ CARVALHO, Gisele Mendes – **Aspectos jurídico-penais da eutanásia**, São Paulo: IBCCRIM, 2001, p. 23.

²⁸⁰ Esse posicionamento também não é unânime. Ao abordar o princípio do duplo efeito, Januário e Figueira referem que essa máxima universal da medicina traduz a aceitação de que a todo tratamento associado ao uso de fármacos corresponde um risco certo e determinado. Não obstante, asseveram que a utilização do termo eutanásia ativa indireta para designar a administração de analgésicos a doentes é totalmente incorreta, já que esse tipo de tratamento para o alívio da dor passa longe dos riscos de efeitos secundários graves, como a morte, além do que “dar uma substância para aliviar a dor, não poderá ser equiparada à administração deliberada de uma dose letal para colocar fim à vida” (JANUÁRIO, Rui; FIGUEIRA, André – **O crime de homicídio a pedido: eutanásia, direito a morrer ou dever de viver**. Lisboa: Quid Juris, 2009, 334p. ISBN 978-972-724-458-4, p. 191-2).

²⁸¹ CARVALHO, Gisele Mendes – **Aspectos jurídico-penais da eutanásia**, São Paulo: IBCCRIM, 2001, p. 182.

²⁸² É essa, por exemplo, a posição de Genival Veloso França, quando afirma que a ortotanásia estaria ligada “a suspensão de meios medicamentosos ou artificiais de vida de um paciente em coma irreversível e considerado em morte encefálica, quando há grave comprometimento da coordenação da vida vegetativa e da vida de relação” (FRANÇA, Genival Veloso de – **Medicina legal**, 9 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2013, 694p. ISBN 978-85-277-1693-2, p. 420).

Fala-se, ainda, em suicídio assistido, o qual consistiria no auxílio, prestado por um médico, para a morte de uma pessoa, que a provoca pessoalmente. Diferentemente do que ocorre com a eutanásia – nesta, da conduta do médico surge, diretamente, a morte –, a criação do risco à morte é gerada pelo próprio paciente, que é orientado, auxiliado ou apenas observado.

Por fim, mas ainda necessário à correta compreensão do tema, mostra-se importante também trazer à baila o conceito de *distanásia*, igualmente chamada de *intensificação terapêutica* ou de *obstinação terapêutica*, significando o afastamento da morte ou *morte má*, e que consistiria em toda a ação visando a atrasar ao máximo possível a morte do paciente, nem que para isso sejam utilizados métodos considerados extraordinários e que eventualmente imponham ao paciente um sofrimento maior, tudo como meio de proporcionar uma sobrevivência totalmente artificial em relação à enfermidade ou à invalidez, cujo quadro, de antemão, sabe-se irreversível. Por isso, é também conhecida como *encarniçamento* terapêutico. Mais precisamente, utiliza-se o termo *distanásia* para designar o uso de moribundos como verdadeiras cobaias, submetendo-os a métodos médicos experimentais ou inovadores sem qualquer utilidade prática, fato que representaria um comportamento imoral²⁸³.

4.1.1.1. Delimitação necessária ao tema

Como visto, os referidos institutos, especialmente aqueles atinentes à eutanásia e à ortotanásia, não abrigam conceitos estanques²⁸⁴; pelo contrário, observa-se uma ausência de consenso quanto às suas reais significações e abrangências, mostrando-se produtora estabelecer algumas premissas no intuito de facilitar e, conseqüentemente, viabilizar uma correta sistematização do tema central da dissertação que ora estamos a desenvolver, qual seja, a renúncia a direitos fundamentais, em especial ao direito à vida em sua fase terminal.

Primeiramente, embora não se discuta haver uma eutanásia na hipótese da aplicação de uma injeção medicamentosa letal, necessário novamente esclarecer que o ato de ministrar uma superdose de analgésicos que, de antemão, o profissional sabe identicamente letal e que levará o enfermo ao imediato óbito, em nada difere da conduta anterior. É corrente a lição de que, quase sempre, a diferença entre o remédio e o veneno está na quantidade. Tal qual ocorre na

²⁸³ JANUÁRIO, Rui; FIGUEIRA, André – **O crime de homicídio a pedido: eutanásia, direito a morrer ou dever de viver**. Lisboa: Quid Juris, 2009, 334p. ISBN 978-972-724-458-4, p. 61.

²⁸⁴ “O termo ‘eutanásia’ é objecto de grande controvérsia, atendendo ao facto de, historicamente, ter assumido significados muito distintos, pluralidade de significações contraditórias que ainda hoje permanece” (SANTOS, Laura Ferreira dos – **A morte assistida e outras questões de fim-de-vida**. Coimbra: Almedina, 2015, 312p. ISBN 978-972-40-6106-1, p. 27).

primeira hipótese, estaria patente o dolo, a intenção do agente – profissional médico – em influir diretamente no curso causal da morte do paciente²⁸⁵.

Isso, a toda evidência, não se confunde com o chamado duplo efeito no uso de medicamentos de controlo da dor que, nessa aceção, merece ser tratada como uma verdadeira ortotanásia²⁸⁶. É que a consequência natural e *gradual* da constante e maciça administração de analgésicos, como meio de controlo da dor, mesmo diante do encurtamento do tempo de vida, quando nada mais há para se fazer em prol do enfermo em fase terminal ou portador de grande sofrimento, em nada se assemelha à eutanásia ativa pela aplicação de intencional superdose do mesmo medicamento visando à morte, porquanto “sempre que o tempo de vida sacrificado guarda uma relação razoável com a qualidade do resto de vida (...) a morte neste caso não é mais que uma consequência acessória de fazer suportável uma vida próxima a seu fim”²⁸⁷. Na morte por duplo efeito, a aplicação de analgésicos é considerada necessária ao alívio da dor e a intenção do agente, do médico, não se liga à morte, embora saiba ser uma consequência inevitável o *abreviamento gradativo* dos dias de vida do paciente, devendo, por isso, “privilegiar-se o critério da distinção entre a *certeza* ou a mera *possibilidade* com que se antecipa a representação da morte”²⁸⁸, ficando esta última reservada à forma indireta – duplo efeito –, e a certeza da representação da morte à eutanásia direta.

Trata-se, repita-se, de um inevitável *encurtamento não proposital* do tempo de vida, em razão da intenção prioritária de suprimir ou, ao menos, minorar o sofrimento, e não da provocação de uma causa direta e imediata da morte. Em última análise, não estaria sendo praticada nenhuma ação *visando* à morte do paciente, além de não se alterar ou subverter o significado do princípio do duplo efeito na administração de fármacos²⁸⁹.

Conforme asseveram Jorge Miranda e Rui Medeiros, a compreensão da diferença entre ‘ajudar a morrer’ (eutanásia) e ‘ajuda na morte’ (ortotanásia por duplo efeito) pode facilitar a compreensão da questão, porquanto “assume relevância na medida em que nela se funda a teoria

²⁸⁵ Conforme já havíamos anotado no trabalho desenvolvido na unidade curricular de Direito Constitucional Avançado, do Programa de Mestrado em Direito, Especialidade em Ciências Jurídicas, com o título *Eutanásia, Direito à Vida e Dignidade da Pessoa Humana*, sob a supervisão do Professor Doutor Pedro Trovão do Rosário, em 2018, muito embora não tenha sido referido trabalho objeto de nenhuma espécie de publicação.

²⁸⁶ Ou, no máximo, como uma eutanásia *lenitiva*, no sentido de possuir como intenção primordial e imediata apenas o ato de aplacar a dor e o sofrimento do paciente.

²⁸⁷ JAKOBS, Günther – **Suicídio, eutanásia e direito penal**. Tradução: Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003. 48p (Coleção Estudos de Direito Penal, Vol. 10). ISBN 85-204-1922-4, p. 35.

²⁸⁸ ANDRADE, Manuel da Costa – **Consentimento e acordo em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, 708p. ISBN 972-32-0438-X, (nota 133), p. 411.

²⁸⁹ Conforme já havíamos anotado no trabalho desenvolvido na unidade curricular de Direito Constitucional Avançado, do Programa de Mestrado em Direito, Especialidade em Ciências Jurídicas, com o título *Eutanásia, Direito à Vida e Dignidade da Pessoa Humana*, sob a supervisão do Professor Doutor Pedro Trovão do Rosário, em 2018, muito embora não tenha sido referido trabalho objeto de nenhuma espécie de publicação.

do duplo efeito, segundo o qual é lícito empreender uma ação que tem dois efeitos – um valorado positivamente e outro na forma negativa – se o agente, ainda que prevendo ambos, só deseja o bom como fim da sua ação, mas o mau se produz concomitantemente”²⁹⁰.

Em segundo lugar, mas na mesma medida, julgamos importante diferenciar a renúncia a tratamentos considerados proporcionais daqueles tidos como desproporcionais. E desde já, em que pese também adotados por alguns teóricos, entendemos recomendável evitar, tanto quanto possível, os termos ordinário e extraordinário como sendo sinónimos, respetivamente, de proporcional e desproporcional. Explica-se: a expressão *ordinário* conecta-se com aquilo que é comum, quando, na verdade, a medicina deverá continuar a tratar dos enfermos graves com todos os recursos que possui à disposição, ainda que, para tanto, tenha de fazer uso de procedimentos complexos ou de medicamentos de elevado custo, o que se funda, em última análise, na própria garantia do mínimo existencial à dignidade da pessoa humana. Já a palavra *extraordinário* pode dar a equivocada impressão de que se faz menção a tratamentos inovadores e ainda em fase experimental, a investigações científicas não autorizadas ou, ainda, a ensaios clínico-laboratoriais, o que seria mais apropriado à percepção do conceito de distanásia²⁹¹.

Daí porque se compreende mais acertada a utilização prioritária das expressões *proporcional* e *desproporcional*, visto que as suas análises, e consequentes definições em cada caso concreto, deverão ser sopesadas com os critérios de custo-utilidade do tratamento em relação ao quadro clínico em que se encontra o paciente. Será proporcional se as medidas puderem surtir algum benefício ou utilidade prática. Desproporcional será o tratamento que, a despeito dos custos e, especialmente, do desgaste físico e emocional da pessoa que esteja submetida àquele, não possua nenhuma perspetiva de futura cura, melhora ou estabilização da grave enfermidade que já se encontre em estágio avançado²⁹².

Em terceiro lugar, independentemente da diferenciação acima estabelecida, tem-se que tanto a recusa médica em disponibilizar tratamentos que impliquem na adoção de medidas consideradas desproporcionais, quanto àquelas consideradas proporcionais – obviamente, em ambos os casos existindo pedido ou consentimento claro e inequívoco nesse sentido – merece

²⁹⁰ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – **Constituição Portuguesa Anotada** – Volume I, 2 ed. Lisboa: Universidade Católica, 2017, 1045p. ISBN 978-972-54-0541-3, p. 390.

²⁹¹ Conforme já havíamos anotado no trabalho desenvolvido na unidade curricular de Direito Constitucional Avançado, do Programa de Mestrado em Direito, Especialidade em Ciências Jurídicas, com o título *Eutanásia, Direito à Vida e Dignidade da Pessoa Humana*, sob a supervisão do Professor Doutor Pedro Trovão do Rosário, em 2018, muito embora não tenha sido referido trabalho objeto de nenhuma espécie de publicação.

²⁹² Conforme já havíamos anotado no trabalho desenvolvido na unidade curricular de Direito Constitucional Avançado, do Programa de Mestrado em Direito, Especialidade em Ciências Jurídicas, com o título *Eutanásia, Direito à Vida e Dignidade da Pessoa Humana*, sob a supervisão do Professor Doutor Pedro Trovão do Rosário, em 2018, muito embora não tenha sido referido trabalho objeto de nenhuma espécie de publicação.

ser aceita como lícita. Para uma melhor compreensão, suponhamos, hipoteticamente, que uma pessoa receba o diagnóstico de um câncer para o qual as chances de cura são praticamente nulas ou nenhuma, restando-lhe poucos meses de vida. À pessoa enferma, ainda que possível e viável um tratamento proporcional, será lícito recusá-lo e preferir se manter, por exemplo, em casa e ao lado dos seus parentes, o que configurará, em última análise, uma possível recusa a tratamento médico. Por outro lado, inevitável admitir que “se o cancro danificou órgãos vitais e continua a progredir, não obstante as melhores tentativas, impõe-se a escolha de interromper os tratamentos (...) quando se sabe que já não haveria nenhum benefício em progredir um tratamento que somente infligiria ao doente tormentos inúteis, todos estão de acordo em interrompê-lo. O encarniçamento terapêutico é condenado unanimemente” ²⁹³. Só nesta última hipótese será inegável concluir pela desproporcionalidade e inutilidade do tratamento; mas a análise se dará nos campos da ortotanásia ou da distanásia, pois o que separa esses dois institutos é, justamente, uma linha tênue entre a decisão entre permitir a morte ao seu tempo ou, de outro modo, prosseguir numa obstinação terapêutica inútil.

Por fim, certamente não haveria nenhuma razão lógica ou fático-jurídica para não aceitar a morte do paciente que esteja em um quadro de estado vegetativo e de inconsciência, com diagnóstico de morte cerebral. Em verdade, tecnicamente, sequer haveria razão para se apontar tal hipótese como verdadeira ortotanásia, porquanto, estando a morte encefálica constatada e atestada, com a observância dos critérios legais hoje adotados, apenas se poderá aceitar sua manutenção nessa categoria – ortotanásia – em prestígio, como visto acima, à pequena parcela doutrinária que assim trata do assunto, o que, a toda evidência, é merecedora de críticas ²⁹⁴.

Portanto, as hipóteses de paciente com morte cerebral, de morte por consequência natural e gradual do duplo efeito decorrente do uso de analgésicos e de não-disponibilização de tratamentos, proporcionais ou desproporcionais, devem ser aceitas porque, em sua essência, traduzem uma ortotanásia, haja vista que, em linhas gerais, a morte se dá de forma correta, ao seu tempo natural. Nesses casos, há apenas o reconhecimento de que o fim é iminente e

²⁹³ ISRAËL, Lucien – **Contra a eutanásia**. Tradução: António Maia da Rocha. Lisboa: Multinova, 2016, 135p. ISBN 978-972-30-1919-3, p. 89-90.

²⁹⁴ “É preciso esclarecer um equívoco. Está a falar de pacientes atingidos por morte cerebral já constatada. As suas funções vitais ainda estão ativas – o coração bate, o sangue circula –, mas o seu cérebro já não funciona e o encefalograma é plano ou liso. Com efeito, conhecemos situações grotescas em que o médico não ousava desligar os aparelhos. Depois, houve peritos que inventaram uma nova definição da morte cerebral, além da qual o reanimador pode considerar-se liberto do seu dever. A partir de então já não se mantêm as pessoas neste estado de “falsa vida”.” (ISRAËL, Lucien – **Contra a eutanásia**. Tradução: António Maia da Rocha. Lisboa: Multinova, 2016, 135p. ISBN 978-972-30-1919-3, p. 76).

inevitável e faz parte da própria natureza humana, sem que se possa falar na existência de uma intervenção no sentido de, direta e imediatamente, apressar ou dar causa à morte²⁹⁵.

Na morte por consequência natural e gradual do duplo efeito decorrente do uso de analgésicos para o controlo da dor, não há qualquer conduta visando à sua causação. No que respeita ao diagnóstico de morte encefálica, o paciente já se encontra morto em termos legais, não se podendo olvidar, como verdade apodítica, que “só pode haver eutanásia enquanto houver vida, e esta só subsiste até o momento em que, nos termos comumente aceites e consagrados na Lei n.º 14/99, de 28 de agosto, se verifica a cessação completa e irreversível das funções do tronco cerebral”²⁹⁶. E na recusa a tratamentos médico-hospitalares desproporcionais, eventual insistência médica poderia traduzir um encarniçamento terapêutico, levando o paciente a uma sobrevida completamente *artificial* e assim dando azo à prática de tratamentos desumanos e cruéis, aqui valendo a conclusão esboçada por Roxin, para quem é “evidente que o médico deve fazer o máximo possível para manter e prolongar uma vida consciente e apta; contudo, nem profissional nem humanamente teria o menor sentido impor, para além desses casos, o dever de prolongar de modo exclusivamente artificial uma vida que seguramente pouco durará e onde não existe qualquer esperança de revitalizar as funções cerebrais”²⁹⁷.

Nesses casos, enfim, sequer haveria possibilidade de uma abordagem sob o viés da renúncia a direito fundamental, seja porque o bem a renunciar já não mais existe (caso de morte encefálica ou de tratamento desproporcionais, este último porque se tem uma falsa vida, mantida de forma totalmente artificial e sem condições de revitalizar e fazer funcionar, por força própria, as funções físicas e cerebrais), seja porque sequer renúncia efetivamente existirá (na morte como decorrência do duplo efeito, em termos práticos, muitas vezes, por se apresentar em um quadro de total debilidade, nem mesmo existirá pedido do paciente para que seja mantido o controlo da dor; e se houver pedido ou consentimento nesse sentido, a renúncia será apenas em relação ao tratamento, à concordância quanto ao uso dos analgésicos). A única hipótese, pois, que poderia suscitar eventuais dúvidas seria a recusa a tratamentos considerados proporcionais que, como adiantado, traduzirá uma recusa a tratamento médico.

²⁹⁵ Conforme já havíamos anotado no trabalho desenvolvido na unidade curricular de Direito Constitucional Avançado, do Programa de Mestrado em Direito, Especialidade em Ciências Jurídicas, com o título *Eutanásia, Direito à Vida e Dignidade da Pessoa Humana*, sob a supervisão do Professor Doutor Pedro Trovão do Rosário, em 2018, muito embora não tenha sido referido trabalho objeto de nenhuma espécie de publicação.

²⁹⁶ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – **Constituição Portuguesa Anotada** – Volume I, 2 ed. Lisboa: Universidade Católica, 2017, 1045p. ISBN 978-972-54-0541-3, p. 387.

²⁹⁷ ROXIN, Claus *apud* CASAL, Cláudia Neves – **Homicídio privilegiado por compaixão**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, 247p. ISBN 972-32-1274-9, p. 226.

Diante desse cenário, visando a evitar confusões terminológicas e com a finalidade precípua de trazer maior foco ao trabalho, doravante se considerará – para a abordagem e o desenvolvimento dos tópicos seguintes – como verdadeira eutanásia ou morte medicamente assistida somente aquela que, mediante pedido ou consentimento do paciente, seja praticada por meio da assunção de uma conduta médica – ação ou omissão²⁹⁸ – visando diretamente à morte do paciente (eutanásia direta)²⁹⁹. Somente esse caso se mostra passível de uma análise mais acurada dentro do espectro do tema da renúncia a direitos fundamentais, analisando-se se o pedido ou o consentimento da pessoa enferma pode ser efetivamente considerado como uma autorrestrrição ou autolimitação válida ao seu direito à vida, sem descurar de uma questão que se apresenta reflexa ao tema em voga, a recusa a tratamento médico, o que será objeto, em tempo oportuno e contextualmente, de algumas linhas mais adiante.

E dentro dessa temática, vários são os argumentos e os contra-argumentos utilizados à prática da chamada morte medicamente assistida ou, estritamente nesse sentido, da eutanásia direta, de modo que se pretende, por questões didáticas, sistematizar tais premissas por meio dos dois tópicos seguintes, abordando, primeiramente, o embate entre direito à vida e dignidade da pessoa humana propriamente dito, no qual será possível contextualizar a análise dos critérios limitativos e de controlo para, num segundo momento, consignar algumas ponderações quanto ao preenchimento ou não dos pressupostos da renúncia enquanto ato de autorrestrrição à vida, especificamente em sua perspetiva terminal, de fim de vida.

4.1.2. A insuficiência do embate clássico: vida *versus* dignidade humana³⁰⁰

O clássico embate envolvendo a possibilidade de uma renúncia ao direito à vida em sua fase terminal comumente envolve duas grandes vertentes, vida e dignidade humana, estejam

²⁹⁸ Seria, exemplificativamente, o caso de o médico deixar – assim atuando de forma omissiva – de aplicar uma medicação no horário correto, mesmo estando ciente de que a falta desse medicamento acarretará a morte do paciente naquele estágio do tratamento a que se encontra submetido.

²⁹⁹ “Nesse sentido, onde nos nossos dias se situa realmente o *núcleo problemático* da eutanásia, é “no auxílio médico [e, muito dubitativamente, de um familiar] à morte de um paciente já incurso num processo de sofrimento cruel e que, segundo o estado dos conhecimentos da medicina e um fundado juízo de prognose médica, conduzirá inevitavelmente à morte; auxílio médico que previsivelmente determinará um encurtamento do período de vida do moribundo” (cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Comentário*, pág. 12)” (MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – **Constituição Portuguesa Anotada** – Volume I, 2 ed. Lisboa: Universidade Católica, 2017, 1045p. ISBN 978-972-54-0541-3, p. 388).

³⁰⁰ Impende registrar, desde já, que o conteúdo do presente tópico, embora não tenha sido objeto de nenhuma espécie de publicação, restou anteriormente anotado e explanado no bojo do trabalho entregue, no ano de 2018, à unidade curricular de Direito Constitucional Avançado, do Programa de Mestrado em Direito, Especialidade em Ciências Jurídicas, com o título *Eutanásia, Direito à Vida e Dignidade da Pessoa Humana*, sob a supervisão do Professor Doutor Pedro Trovão do Rosário, nesta oportunidade sendo pontualmente acrescido e inovado, sempre que pertinente, de nova fundamentação jurídica.

elas associadas a outros valores e princípios, estejam até mesmo por vezes correlacionadas. O problema, conforme se pretende adiante demonstrar, é que tal discussão parece se apresentar insuficiente à resolução da questão, na medida em que, para todo argumento sempre existirá um contra-argumento a ser lançado na mesma medida e proporção; assim, o maior ou menor peso a ser atribuído a um ou a outro acaba, em última análise, sendo alcançado por meio de entendimentos pessoais, de modo que, para os seguidores de uma corrente, a outra invariavelmente adota um estilo meramente retórico, no fundo vazio e superficial.

Tanto a vida quanto a dignidade da pessoa humana possuem assento constitucional, esta prevista logo no artigo 1º da Constituição da República Portuguesa e elencada como uma das bases para a construção de uma sociedade livre, justa e mais solidária; aquela, inserida no artigo 24º da mesma Lei Fundamental, sob o rótulo de inviolável. Assim, diante desse panorama, em que a vida recebe uma distinta proteção e a “dignidade da pessoa humana é alçada pelo direito contemporâneo como centro de suas atenções”³⁰¹, não há dúvida de que a ordem constitucional vigente não está a consagrar e a exaltar uma vida qualquer, mas sim uma vida humana digna.

Nessa perspectiva, os defensores da eutanásia advogam que a vida não mais pode ser encarada sob um enfoque religioso³⁰², como um presente divino, uma vez que representa, assim como qualquer outro preceito de relevo constitucional, um valor meramente relativo, apenas merecedor de integral proteção enquanto possível a manutenção da dignidade, devendo esta ser entendida como a capacidade física e mental de se autodeterminar e, conseqüentemente, de livremente manter relacionamentos interpessoais e realizar, por si mesmo, os atos da vida civil.

Aliás, é atribuída a Séneca, desde há muito, a afirmação de que a pessoa sábia vive apenas enquanto deve viver, não enquanto possa sobreviver, numa clara alusão de que a vida não é um bem que se deva conservar a todo custo³⁰³, o que faz concluir já ser muito “antigo o

³⁰¹ LOBO, Bárbara Natália Lages; SAMPAIO, José Adércio Leite – **A prostituição e a dignidade da pessoa humana: crítica literária e musical à negação do direito fundamental ao trabalho** [Em linha]. Revista Espaço Jurídico: Journal of Law, Set/Dez de 2016, V. 17, n.º 3, e-ISSN 2179-7943, p. 913-932 [Consult. 15 Out 2021]. Disponível em <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/10554/pdf>.

³⁰² Especificamente quanto ao caráter religioso que invariavelmente pode acabar trazendo influência sobre a questão, Ronald Dworkin colaciona o seguinte trecho do voto proferido pelo juiz Stevens quando do julgamento, realizado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, do famoso caso *Nancy Cruzan*, o qual muito bem poderia abalizar a imperiosidade de se rechaçar tais argumentos: “Não há quase nada que se possa afirmar com certeza a respeito da morte a menos que seja afirmado através da fé, e isso por si só já é razão suficiente para que seja protegida a liberdade de se deixar a cargo da consciência individual toda e qualquer decisão a respeito da morte” (DWORKIN, Ronald – **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, 572p. ISBN 85-336-2257-0, p. 213).

³⁰³ Segundo Laura Ferreira dos Santos, embora reconhecendo que a tradução para ‘vida digna’ seria uma opção do tradutor português – com o que, particularmente, concorda – da expressão latina original ‘bene vivere’ (viver bem ou bem viver), ao reflectir sobre a morte, Séneca teria afirmado: “a vida não é um bem que se deve conservar a todo custo: o que importa não é estar vivo, mas sim viver uma vida digna! Por isso mesmo, o sábio prolongará a sua vida enquanto dever, não enquanto puder (...) Morrer mais cedo, morrer mais tarde – é questão irrelevante; relevante é, sim, saber se se morre com dignidade ou sem ela, pois morrer com dignidade significa escapar ao

discurso que enfatiza a necessidade de uma morte com dignidade, nem que para isso se tenha de enveredar por uma morte voluntária. O lema moderno de uma morte com dignidade não é, portanto, uma ‘moda’, como querem fazer crer alguns detractores da morte voluntária, mas uma exigência pelo menos tão antiga quanto Sêneca”³⁰⁴.

A pessoa humana, individualmente considerada, seria um fim em si mesma e somente ela poderia traduzir um valor absolutamente imune a ações contrárias aos seus próprios interesses, não mais se podendo “privilegiar apenas a dimensão biológica da vida humana, negligenciando a qualidade de vida do indivíduo”³⁰⁵. É dizer, a “vida deve ser compreendida em sua complexidade e, principalmente, em sua qualidade, intensidade e dignidade, e não como um intervalo de tempo ou apenas como um fenómeno biológico”³⁰⁶.

Como prova da relatividade do valor da vida, e muito embora a Constituição da República Portuguesa assim a considere inviolável, frequentemente é lembrado que a legítima defesa, ainda que possa resultar na morte do agressor, é tranquilamente admitida pelo ordenamento como um ato lícito, e que o suicídio não é sequer punido. E se assim o é, podendo o cidadão colocar fim à sua vida quando não a entender mais válida ou digna, à pessoa enferma incurável ou diagnosticada irreversivelmente inválida, que não mais consegue alcançar tal ato sozinho, deveria ser assegurado o direito a ser auxiliada na busca da sua morte.

Outro argumento pró-eutanásia é o de que a própria ordem constitucional proíbe a tortura e os tratamentos degradantes ou desumanos³⁰⁷, e a submissão de um paciente incurável, que esteja sofrendo com imensas dores, por um longo e exaustivo período de internação hospitalar e sem qualquer perspectiva de cura, seria uma inegável forma de tratamento desumano e degradante, já que apenas lhe traria indignidade com o desnecessário aumento de sofrimento, o que, evidentemente, estaria a ferir a dignidade em sua primeira dimensão, qual seja, a de que o ser humano não pode ser objeto de ofensas e humilhações.

Conjuntamente com o entendimento de que a pessoa não pode ser tratada como mero objeto, mas sim como sujeito de toda a relação jurídica, fala-se na existência de uma segunda dimensão ou faceta da dignidade, a qual asseguraria “o pleno desenvolvimento de cada ser

perigo de viver sem ela!” (SANTOS, Laura Ferreira dos – **A morte assistida e outras questões de fim-de-vida**. Coimbra: Almedina, 2015, 312p. ISBN 978-972-40-6106-1, p. 121).

³⁰⁴ SANTOS, Laura Ferreira dos – **A morte assistida e outras questões de fim-de-vida**. Coimbra: Almedina, 2015, 312p. ISBN 978-972-40-6106-1, p. 121.

³⁰⁵ SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna – **Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, 222p. ISBN 978-85-384-0237-4, p. 76.

³⁰⁶ DIAS, Roberto – **O direito fundamental à morte digna: uma visão constitucional da eutanásia**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, 239p. ISBN 978-85-7700-548-2, p. 117.

³⁰⁷ Nesse sentido, o artigo 25º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa de 1976.

humano, reconhecendo-se sua autodeterminação, livre de quaisquer interferências ou impedimentos externos. Do exposto, ressaí que a liberdade, valor no qual se encontra lastreado o princípio da autonomia, é inerente à própria dignidade humana”³⁰⁸.

De fato, para essa corrente a ideia de liberdade seria o núcleo central do postulado da dignidade da pessoa, a qual deveria se autodeterminar e ser totalmente livre para fazer as suas escolhas, traçando o seu projeto de vida sem interferências externas, considerando-se, nesse passo, o direito à autonomia como “a capacidade ou aptidão que têm as pessoas de conduzirem suas vidas como melhor convier ao entendimento de cada uma delas”³⁰⁹.

Estando imbricadas a dignidade humana e a necessária e respetiva liberdade para, por meio da autonomia que se faz inerente à pessoa, fazer valer a autodeterminação de cada um, o direito à vida, então, deveria ser compreendido a partir da visão global que dele individualmente se tenha, sequer existindo “um dever absoluto e incondicionado de viver, e isso porque não é o próprio titular do direito à vida o destinatário da norma constitucional que o tutela, mas sim terceiros (os poderes públicos e os particulares)”³¹⁰.

Por isso, argumenta-se que a vida seria um bem, um valor disponível para o seu respetivo titular, já que, por se tratar de um direito, e não de um dever, a apregoada inviolabilidade significaria apenas “que ele não tem conteúdo econômico-patrimonial e, mais do que isso, ninguém pode ser privado dele arbitrariamente. Nesse sentido é que deve ser entendido como indisponível: ninguém pode dispor da vida de outrem”³¹¹.

Lembra Ronald Dworkin que os gregos usavam duas palavras para estabelecer uma importante distinção quanto ao conceito de vida: “*zoe*, para significar vida física ou biológica, e *bios*, que para eles designava a vida como processo *vivido*, formado pela totalidade de ações, decisões, motivos e acontecimentos que compõem o que hoje chamamos de biografia”³¹², esta última, sim, sujeita às frustrações decorrentes das várias dimensões dos investimentos humanos feitos na vida de cada um; e nesta “perspectiva, se a morte é uma infelicidade, é-o acima de tudo por pôr termo a uma vida biográfica e não a uma vida biológica”³¹³.

³⁰⁸ CARVALHO, Gisele Mendes – **Aspectos jurídico-penais da eutanásia**. São Paulo: IBCCRIM, 2001, p. 114.

³⁰⁹ SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna – **Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, 222p. ISBN 978-85-384-0237-4, p. 145.

³¹⁰ CARVALHO, Gisele Mendes – **Aspectos jurídico-penais da eutanásia** São Paulo: IBCCRIM, 2001, p. 118.

³¹¹ DIAS, Roberto. **O direito fundamental à morte digna: uma visão constitucional da eutanásia**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, 239. ISBN 978-85-7700-548-2, p. 122-3.

³¹² DWORKIN, Ronald – **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais** (Tradução: Jefferson Luiz Camargo – Revisão: Silvana Vieira). São Paulo: Martins Fontes, 2003, 362p. ISBN 85-336-1560-4, p. 115.

³¹³ SANTOS, Laura Ferreira dos – **A morte assistida e outras questões de fim-de-vida**. Coimbra: Almedina, 2015, 312p. ISBN 978-972-40-6106-1, p. 221.

Ademais, tratar-se-ia, o direito à vida, de um claro princípio constitucional que, como tal, não permitiria uma interpretação isolada ou ao modo tudo-ou-nada, sendo dependente de uma análise agregada às demais normas de índole constitucional, destacando a doutrina que, de normas como aquela que reza ser a vida humana é inviolável, “não é possível perceber, com certeza e segurança jurídicas, aquilo que é permitido, que é proibido ou que é exigido nas várias situações conflituais da vida real em que aqueles direitos fundamentais são invocáveis e que deverão ser judicialmente decididas com base, directa ou indirecta, naqueles enunciados constitucionais”³¹⁴. Portanto, sendo um princípio, e não uma regra, careceria da utilização da ponderação, sempre com a observância dos critérios da proporcionalidade.

A vida, então, precisaria “ceder à autonomia daquela pessoa que se encontra em fase terminal da sua existência, em meio a agonias, sofrimentos e limitações”³¹⁵, sempre em atenção à dignidade da pessoa humana, elevada ao *status* de base de toda a ordem jurídica. Uma vez sendo constitucionalmente consagrado o direito a uma vida com dignidade, não mais se justificaria a sua manutenção a qualquer custo, especialmente se contrária a vontade do próprio titular. Não haveria, enfim, vida sem dignidade. Eventual entendimento contrário apenas se colocaria em rota de colisão com a autonomia, enquanto núcleo inafastável de uma livre e digna vida humana, não mais se podendo aceitar argumentos ou razões paternalistas, conquanto sustentando “restrições de um direito com a justificação de proteger o próprio titular contra si mesmo, são claramente inadmissíveis se utilizadas para restringir a liberdade”³¹⁶.

Não se trataria, ademais, de analisar a questão sob o prisma da intransmissibilidade do direito à vida, pois “a única diferença entre o suicídio e o homicídio a pedido está que a persecução do fim se realize de própria mão ou em divisão de tarefas; o fim e a forma de consegui-lo determinam, em ambos os casos, aquele que não quer viver mais (...) aquele cansado de viver não transfere nada e não outorga a outro a disposição sobre sua vida, mas apenas administra, numa divisão de trabalhos, sua própria relação com a vida”³¹⁷.

Ainda, o argumento de que a morte deveria permanecer como um tabu sem exceção para não se colocar em deterioração a própria ideia de vida – evitando-se os perigos da chamada rampa deslizante – não contaria com sustentação lógica, porque a eutanásia configuraria, tal

³¹⁴ NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais**, Vol. I, 2 ed. Coimbra: Almedina, 2018, 210p. ISBN 978-972-40-7591-4, p. 105.

³¹⁵ SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna – **Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, 222p. ISBN 978-85-384-0237-4, p. 110.

³¹⁶ NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais**, Vol. I, 2 ed. Coimbra: Almedina, 2018, 210p. ISBN 978-972-40-7591-4, p. 186.

³¹⁷ JAKOBS, Günther – **Suicídio, eutanásia e direito penal**. Tradução: Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003. 48p (Coleção Estudos de Direito Penal, Vol. 10). ISBN 85-204-1922-4, p. 21.

qual sustentado por Jakobs, um “suicídio consumado em divisão de tarefas”³¹⁸, em que apenas o modo de execução seria diverso do suicídio tradicional (suicídio de própria mão).

Dessa forma, e em apertada síntese, essa corrente preconiza que, dentro de uma visão estritamente constitucional, não há nenhuma razão plausível para se vedar a prática da eutanásia. O direito à vida não seria absoluto, dada a existência de exceções legais – suicídio e legítima defesa –, de modo que a inviolabilidade prevista na Lei Fundamental seria dirigida a outros que não ao próprio titular da vida, que – sendo um direito, e não um dever – pode e deve exercitá-la da forma como melhor lhe aprouver. A liberdade, por sua vez, representando o núcleo central e inseparável da dignidade humana, pressupõe a autodeterminação dos indivíduos, não se podendo olvidar de que tal direito se encontra catalogado no mesmo patamar topográfico constitucional, estando ambos previstos no capítulo reservado aos direitos, liberdades e garantias pessoais. E a dignidade da pessoa humana, em si mesma, enquanto fundamento e base imanente de todo o ordenamento jurídico português, deve ser sempre considerada na tomada de qualquer decisão, sem nunca esquecer do cunho subjetivo e individual que marca o entendimento do que seja digno – espiritual, material e moralmente – para cada pessoa humana, singularmente considerada em sua concepção pessoal de vida.

Viver dignamente, guardadas as particularidades interpretativas de cada indivíduo, poderia ser colocado como a possibilidade de levar uma vida saudável e produtiva a si mesmo, sem sofrimentos, dificuldades – cognitivas ou de mobilidade – ou humilhações, ou seja, sem que a vida se torne uma tortuosa peregrinação. Esse seria, pois, o verdadeiro sentido a ser dispensado ao que se possa compreender por valor intrínseco da vida humana³¹⁹, uma vez que,

³¹⁸ JAKOBS, Günther – **Suicídio, eutanásia e direito penal**. Tradução: Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003. 48p (Coleção Estudos de Direito Penal, Vol. 10). ISBN 85-204-1922-4, p. 26.

³¹⁹ Para Ronald Dworkin a problemática que envolve o aborto e a eutanásia, correspondendo assim aos mistérios do próprio início e fim de vida, ligam-se à compreensão, fundamentalmente, do que seja o valor intrínseco da vida humana, ou seja, daquele valor que se apresenta “independente daquilo que as pessoas apreciam, desejam ou necessitam, ou do que é bom para elas” (DWORKIN, Ronald – **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, 362p. ISBN 85-336-1560-4, p. 99). A questão toda é que se, por um lado, as pessoas acreditam, quase a unanimidade, que a vida humana é efetivamente dotada de uma importância intrínseca, por outro, não aceitam essa ideia em razão dos mesmos motivos. E é aqui que reside a polémica. Alguns creem que a vida tem um valor intrínseco porque é um presente ou dom de Deus e, portanto, consentir em não se esforçar para prolongar a sua própria vida seria uma ofensa divina. Já aqueles que “acham que a vida é dotada de valor ou importância intrínseca mas não pensam que isso lhes dá alguma razão para aumentar a população compreendem o valor da vida de uma outra maneira, um pouco mais condicionada. A meu ver, o que elas pensam é que, uma vez que uma vida humana comece, é importantíssimo que ela transcorra bem, que seja uma boa vida e não uma vida ruim, uma vida bem-sucedida e não desperdiçada. A maioria das pessoas admite que a vida humana é dotada de uma importância intrínseca nesse sentido. Isso explica por que elas não buscam somente o prazer, mas buscam viver uma vida que valha a pena; explica também por que é tão trágico que um idoso, perto da morte, chegue à conclusão de que não pode se orgulhar da vida que levou. Evidentemente, a ideia de que a vida é dotada de importância intrínseca neste outro sentido não pode justificar de maneira alguma que o estado adote o princípio de manter vivas as pessoas em coma permanente. O valor da vida dessas pessoas – o caráter da vida que levaram – não pode ser aumentado

para muitas pessoas, a “mera existência biológica, sem inteligência, sensibilidade ou sensação, não é algo que lhes deixa indiferentes, mas algo que consideram ruim, algo que faz mal à sua vida considerada como um todo”³²⁰.

Portanto, uma vez que, em razão de uma doença incurável ou de uma invalidez irreversível, a pessoa enferma entenda por bem que sua vida não mais lhe dignifica, diante de tanto sofrimento moral e/ou físico, por padecer de dores cruéis e insuportáveis, ou pela impossibilidade de manter relacionamentos interpessoais e de praticar atos quotidianos e simples, o paciente deve ter a liberdade – total e irrestrita – de decidir e optar pelo direito a uma morte digna, o que lhe seria assegurado como corolário natural da dignidade humana³²¹.

Enfim, não haveria vida sem dignidade! E desse modo, afirmam Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira, “se a morte figurar como uma possibilidade no processo de construção da personalidade, ela deve ser levada em consideração não como afronta ao direito à vida, mas como uma realização de um projeto de vida-bom (...) já é tempo dos conceitos de pessoa, dignidade e vida humana serem francamente reconstruídos no Direito”³²². Afinal, a ordem constitucional protegeria não só o direito de viver, mas também o de morrer à luz das “próprias convicções profundamente pessoais acerca do mistério da vida humana. Insiste em que esses valores estão no âmago da personalidade e constituem um elemento essencial da liberdade; por isso, a maioria não pode decidir em que cada um deve acreditar”³²³.

Não obstante, em relação a esses argumentos, a corrente contrária à prática da morte medicamente assistida, no âmbito daquilo que se entende por uma autêntica eutanásia, contrapõe-se mediante vários contra-argumentos, cujos caminhos, por vezes adotando como fundamento as mesmas premissas básicas, levam a conclusões divergentes.

pelo mero prolongamento da vida nominal dos corpos que habitavam. Muito pelo contrário, isso torna pior a vida delas: pelos motivos que especifiquei acima, uma vez que a mente já esteja morta, não é uma coisa boa que nosso corpo seja medicado, alimentado e lavado como o objeto de uma solicitude inútil e aviltante.” (DWORKIN, Ronald – **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, 572p. ISBN 85-336-2257-0, P. 227-8).

³²⁰ DWORKIN, Ronald – **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, 572p. ISBN 85-336-2257-0, P. 219.

³²¹ “Por derradeiro, parafraseando, desta feita em outro contexto, a famosa e multicitada assertiva de Dworkin de que o governo que não toma a sério os direitos não leva a sério o Direito, podemos afirmar que a ordem comunitária (poder público, instituições sociais e particulares), bem como a ordem jurídica que não toma a sério a dignidade da pessoa (como qualidade atribuída e reconhecida ao ser humano e, para além disso, como valor e princípio jurídico-constitucional fundamental) não trata com seriedade os direitos fundamentais e, acima de tudo, não leva a sério a própria humanidade que habita em cada uma e em todas as pessoas e que as faz merecedoras de respeito e consideração recíprocos.” (SARLET, Ingo Wolfgang – **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, 199p. ISBN 978-85-7348-957-6, p. 182).

³²² SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna – **Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, 222p. ISBN 978-85-384-0237-4, p. 203-4.

³²³ DWORKIN, Ronald – **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, 572p. ISBN 85-336-2257-0, p. 234

Assim, dizer que a vida comporta exceções, a exemplo da legítima defesa, considerada lícita pelo ordenamento – desde que observados os requisitos legais – mesmo que sobrevenha a morte do agressor, ou da prática do suicídio, que não seria punível, não impressionaria como meio de comprovação do alegado valor relativo da vida.

O exemplo da legítima defesa, afirmam, não satisfaz. É que, para se admitir como lícita a morte de outro indivíduo dentro de um regular atuar em legítima defesa, pressupõe-se que o agressor tenha se voltado contra a vida ou, ao menos, de forma muito séria contra a integridade física alheia, a ponto de se pressupor o risco de morte, pois caso contrário não restaria atendido o requisito da proporcionalidade³²⁴. Assim, quem age em legítima defesa, nesses casos extremos, nada mais faz do que repelir uma injusta agressão e defender a própria vida; em última análise, nada mais faz do que fazer valer o comando constitucional de que ela é inviolável e, portanto, não aceita agressões. E se o Estado, a quem incumbe a defesa do cidadão, por razões óbvias e indiscutíveis, não consegue prever e estar presente em todos os locais em que essas agressões venham a ocorrer, nada mais natural que se outorgue ao cidadão o direito de, *sponte propria*, defender e preservar a sua vida, mantendo-a inviolável.

O mesmo se poderia dizer em relação ao suicídio que, por não suscitar ou colocar em questão a participação de terceiros, poderia até mesmo transparecer uma discussão um tanto estéril ³²⁵. No suicídio, a própria pessoa pratica o ato que a leva à morte, sem qualquer envolvimento de terceiros, o que não ocorre na eutanásia, figura essa invariavelmente dependente da participação de outrem. E o impasse jurídico existente reside justamente nesse ponto, a responsabilização ou não desse terceiro na esfera criminal. É esse o cerne da discussão atualmente travada – a constitucionalidade ou não da previsão legal da eutanásia – e,

³²⁴ “A perspectiva que pode conduzir à exclusão da necessidade da defesa e nos parece seguramente mais próxima do seu fundamento justificante é a que se liga à ideia, relativamente já antiga, segundo a qual não pode ser legítima a defesa que se revela notoriamente excessiva face aos bens agredidos e que, nessa medida, representa um abuso do direito de legítima defesa. Não se trata pois aqui tanto da hierarquia ou do valor (jurídico) dos valores em conflito, quando sobretudo da comparação objectiva do significado jurídico-social da defesa com o peso da agressão para o agredido. A necessidade da defesa deve ser negada sempre que se verifique uma insuportável (do ponto de vista jurídico) relação de desproporção entre ela e a agressão: uma defesa inadmissivelmente excessiva e, nesta acepção, abusiva, não pode constituir simultaneamente defesa necessária; logo porque não pode de modo algum representar-se como uma defesa do Direito contra o ilícito na pessoa do agredido.” (DIAS, Jorge de Figueiredo – **Direito penal: parte geral**, Tomo I, 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, 1062p. ISBN 978-972-32-2108-4, p. 429).

³²⁵ “O suicídio não é punível pela razão de não existir qualquer fundamento de o regulamentar juridicamente. Os interesses que aqui seriam de equilibrar acabam por ser aqueles do próprio suicida. Este encontra-se numa união pessoal simultaneamente a favor e contra a (sua!) vida. Deste modo, os conflitos internos não colocam conflitos sociais que devam ser resolvidos pelo direito (independentemente da forma).” (SCHUMANN, Kay H – A reflexão Binding/Hoche: simultaneamente uma breve reflexão sobre a proteção da vida em direito penal. In **O sentido e o conteúdo do bem jurídico vida humana**. Coordenadores: José de Faria Costa e Urs Kindhäuser. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 37-56. ISBN 978-972-32-2028-5, p. 54).

especificamente, também nesse trabalho, haja vista que o suicídio não pode ser considerado uma renúncia, mas sim um não-exercício ao direito fundamental à vida.

De fato, toda renúncia a um direito fundamental pressupõe, em certa forma e razoável medida, um não-exercício desse mesmo direito ou posição jurídica. Contudo, o contrário não se verifica. Nem todo não-exercício traduz uma renúncia. É que, conforme alhures asseverado, o que marca a distinção entre esses dois institutos é, precisamente, a manifestação de vontade vinculativa por parte do titular do direito, inexistente no mero não-exercício. Aquele que formaliza a renúncia, no caso de uma eutanásia, acaba por se vincular a essa declaração perante terceiro, que fica autorizado à prática do ato atentatório à sua existência. No suicídio, isso não é obrigatório, até mesmo porque somente o Estado é “obrigado a justificar suas ações/omissões em face da liberdade outorgada, não sendo o indivíduo obrigado a justificar o seu não-exercício”³²⁶. No suicídio, via de regra, a pessoa nada justifica, não externa sua vontade e não se vincula a conduta de outras pessoas. E mesmo que venha a deixar, por exemplo, uma carta aos seus parentes, tal fato não possui força vinculativa ou autorizativa para atos homicidas; no suicídio, a pessoa apenas adota uma conduta – comissiva ou omissiva – tendente à sua morte.

Prosseguindo o raciocínio quanto ao suicídio, e ainda que alguns o considerem um ato lícito e outros um ato inserido em um espaço livre, em que a ordem jurídica não deva entrar³²⁷, o ponto nodal da questão residiria em argumento diverso que, acima de tudo, apresentar-se-ia como preliminar ou prejudicial. No caso de consumação, a morte da vítima impede que se venha a falar em punição em razão do princípio da pessoalidade ou intransmissibilidade da responsabilização criminal (CRP, art. 30º, n.º 3). Por outro lado, haverá como que uma espécie de renúncia estatal à pena nos casos em que o suicídio não consiga ultrapassar a linha divisória da tentativa, fundada num argumento há muito sustentado por Pufendorf, de que quem não teme a morte não teme mais nada³²⁸. Assim, e por razões de política criminal, impor uma responsabilização àquele que não conseguiu atingir o desiderato de colocar fim a sua própria vida apenas atuaria como elemento incentivador a uma nova tentativa de suicídio; esse o motivo

³²⁶ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo – **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, 330p. ISBN 978-65-5065-243-2, p. 175.

³²⁷ Dificilmente, assim compreendemos, poder-se-ia sustentar, com sucesso, tratar-se de um ato lícito, parecendo a compreensão do suicídio como inserido num espaço jurídico livre o entendimento mais acertado, haja vista que, a toda evidência, embora não punível criminalmente, não resta afastada a sua importância à ordem jurídica. Para tanto, basta lembrar que o “suicida e o auto-ofendente não se podem prevalecer da legítima defesa, em geral, contra quem tenta evitar o suicídio ou uma automutilação grave (...) Seria dificilmente sustentável do ponto de vista ético, que o suicida pudesse lesar a vida de quem tenta evitar a sua morte” (GARCIA, M. Miguez – **O direito penal passo a passo**, Vol. I, 2 ed. Coimbra: Almedina, 2015, 444p. ISBN 978-972-40-5816-0, p. 38).

³²⁸ JAKOBS, Günther – **Suicídio, eutanásia e direito penal**. Tradução: Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003. 48p (Coleção Estudos de Direito Penal, Vol. 10). ISBN 85-204-1922-4, p. 9.

pelo qual se opta pela não-responsabilização dessa pessoa, assim prestigiando-se, justamente, o caráter inviolável e de respeito que deve ser emprestado a toda e qualquer vida humana³²⁹.

No momento em que, de forma expressa e categórica, a ordem constitucional assenta que a vida humana é “inviolável”, tem-se que outra não poderá ser a interpretação senão a de que se trata de um bem jurídico indevassável e, portanto, indisponível até mesmo para o seu próprio titular. E aqui se teria de realizar uma subtil diferenciação. Evidentemente, não há como o Estado evitar a prática do suicídio porque lhe é totalmente impossível fisicamente assim atuar em todos os casos, o que não significa que essa conduta suicida, dentro de um consenso comum mínimo, simplesmente deixe de ser tratada como imoral ou reprovável. A vida humana continua sendo considerada indisponível, muito embora possa ser infringida, assim como ilegalmente infringido pode ser qualquer outro bem jurídico considerado relevante. Esse é o sentido da indisponibilidade da vida que, aliás, é característica inerente daquilo que se convencionou chamar de direitos da personalidade ou direitos fundamentais da personalidade.

Igualmente, não convenceria a argumentação lançada em relação à proibição da imposição de tortura e tratamentos cruéis, degradantes e desumanos. Alegar que uma internação hospitalar visando à preservação da saúde e da vida de alguém possa traduzir uma tortura ou uma situação degradante e desumana seria, de certo modo, o mesmo que subverter o sentido dado pelo mandamento constitucional. O que degrada a pessoa é a doença, não o tratamento que visa a combatê-la; tortura ou crueldade seria sofrer sem qualquer amparo psicológico ou ajuda especializada para remediar sintomas, complicações ou aplacar a dor. Desumanidade liga-se à ideia de barbárie, e não seria esse o sentido dos tratamentos médicos que, sabidamente, visam à manutenção da própria humanidade. Por isso, o tratamento médico-curativo jamais poderia sofrer equiparações com medidas que tenham por finalidade específica impor, deliberada e intencionalmente, sofrimento e ofensas à integridade física. E é aqui, exatamente, que se encaixam os chamados cuidados paliativos que, para os detratores da eutanásia, sinalizariam o verdadeiro respeito pela dignidade humana nessa fase de vida, afastando-se da permissividade e da indiferença em relação ao sofrimento alheio³³⁰.

³²⁹ “Em nossa opinião, afigura-se inaceitável a previsão de qualquer atitude punitiva do acto suicida, desde logo, porque essa situação apenas faria sentido em relação à tentativa de suicídio, o que se manifestaria contraproducente, porquanto poderia constituir uma forma de fomentar o êxito do facto, sendo duvidoso o efeito de protecção para o bem jurídico vida.” (SILVA, Fernando – **Direito penal especial: os crimes contra as pessoas**, 4 ed. Lisboa: Quid Juris, 2017, 336p. ISBN 978-972-724-781-3, p. 48).

³³⁰ “O relativismo é filho natural da permissividade, um dos mecanismos de defesa que Freud estudou e esquadrinhou de forma quase geométrica. Assim, os juízos ficam suspensos e flutuam sem consciência; o relativismo é outro novo código ético. Tudo depende, qualquer análise pode ser positiva ou negativa; não há nada absoluto, nada totalmente bom nem mau. Desta tolerância interminável nasce a indiferença pura.” (ROJAS, Enrique – **O homem moderno**. Tradução: Wladir Dupont. São Paulo: Editora Mandarim, 1996, 153p. ISBN 85-354-0208-X, p. 20).

Esses cuidados traduziriam a aplicação de tratamento multidisciplinar visando ao controlo e à melhoria, não só da dor e de outros sintomas típicos do quadro clínico que se encontra acometido o enfermo, mas também de aspetos psicossociais, levando conforto ao enfermo e à sua família. Enfim, essas técnicas multidisciplinares³³¹ levam em consideração que, em determinadas hipóteses, as tentativas de cura, de melhora ou de estabilização são totalmente inócuas, devendo se aceitar, antes de tudo, a condição humana de ser finito e limitado. Ao mesmo tempo em que se afasta da eutanásia, também nega a prática da distanásia, não pretendendo adiantar ou retardar a chegada do fim existencial. Nesse ponto, portanto, há uma clara identificação com a ideia de ortotanásia, sempre com a exigência de amparo e solidariedade no enfrentamento dos momentos finais, mantendo-se o respeito pela vida do próximo – reafirmando o valor incondicional da vida – e, assim, dando-lhe uma verdadeira dignidade³³² humana na hora da morte. Particularmente nesse ponto, a crítica é que, antes de qualquer debate sobre a implantação da eutanásia, deveria o Estado se comprometer a implantar uma rede séria e efetiva de meios paliativos minimamente suficiente³³³ – é dever estatal garantir

³³¹ São cuidados que se “administram quando já não há mais possibilidades de combater a doença. Os paliativos remedeiam, tanto quanto possível, os sintomas da doença que continua a piorar, porque a terapia, já ineficaz, foi interrompida. (...) A sua eficácia é reconhecida. As pessoas viverão mais tempo se beneficiarem de tratamentos paliativos” (ISRAËL, Lucien – **Contra a eutanásia**. Tradução de António Maia da Rocha. Lisboa: Multinova, 2016, 135p. ISBN 978-972-30-1919-3, p. 129).

³³² “A atenção concedida à pessoa em final de vida lhe confere uma posição de sujeito. Isso a incentiva a ser ativa, a tomar consciência das possibilidades que restam e a fazer pedidos. As respostas dadas asseguram sobretudo ao enfermo que ele tem importância aos olhos dos que o cercam. (...) A dignidade recuperada não se funda na conformidade às aparências ou no respeito a uma norma, mas na escuta de um ser humano” (HINTERMEYER, Pascal – **Eutanásia, a dignidade em questão**. Tradução de Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 2006, 134p. ISBN 85-15-03241-4, p. 109).

³³³ Em 2018, o quadro retratado pelos meios de comunicação era de total incipiência: “Mais de 70 mil doentes, em Portugal, que necessitam de cuidados paliativos, continuam sem ter acesso aos mesmos. Tendo em conta que, no país, entre 69% e 82% dos doentes que morrem todos os anos precisam desse tipo de cuidados, são mais de 80% as pessoas que não chegam a tê-los. Os números são avançados pelo Jornal de Notícias, que refere ainda que faltam não só recursos humanos como materiais. Em várias zonas do país faltam equipas e há ainda uma ausência de formação específica. Diz ainda o diário que os números que existem, em termos de equipas, camas e unidades de internamento, está muito aquém do que é recomendado pelo Plano Estratégico para o Desenvolvimento dos Cuidados Paliativos 2017-2018. Acresce a isto que metade das unidades de internamento é de cariz privado.” (NOTÍCIAS, Diário – **Cuidados paliativos não chegam a mais de 80% dos doentes** [Em linha]. Diário de Notícias, 22 de maio de 2018 [Consult. 16 Out 2021]. Disponível em <https://www.dn.pt/portugal/cuidados-paliativos-nao-chegam-a-mais-de-80-dos-doentes-9364757.html>). Esse quadro não experimentou nenhuma grande ou significativa mudança em 2021, uma vez que “atualmente, em todo o país, existem 394 camas de internamento, apenas mais 20 do que em 2018” (SILVA, Maria – **Criadas apenas 20 novas camas de cuidados paliativos em dois anos** [Em linha]. Jornal de Notícias – JN Direto, 09 de outubro de 2021 [Consult. 16 Out 2021]. Disponível em <https://www.jn.pt/nacional/criadas-apenas-20-novas-camas-de-cuidados-paliativos-em-dois-anos-14201852.html>).

apoio à existência digna em todos os momentos da vida³³⁴, o que, inclusive, seria garantido pelo princípio da proibição de proteção insuficiente aos direitos fundamentais³³⁵.

A vida, prossegue a corrente contrária à morte assistida, retrata um bem inegavelmente prioritário que, por isso, deve preceder todos os demais, em grau e importância, dentro de uma relação tempo-espço. Não se trata apenas de um “*prius* lógico: o direito à vida é material e valorativamente o *bem* (localiza-se, logo, em termos ontológicos no ter e ser vida, e não apenas no plano ético-deontológico do valor ou no plano jurídico-axiológico dos princípios) mais importante do catálogo de direitos fundamentais e da ordem jurídico-constitucional no seu conjunto”³³⁶. Se somente se pode falar em direitos e liberdades fundamentais a partir da existência humana, exaltar a vida corresponderia “a uma exigência que é prévia ao ordenamento jurídico, inspirando-o e justificando-o. Trata-se de um valor supremo na ordem constitucional, que orienta, informa e dá sentido último a todos os demais direitos fundamentais”³³⁷.

A Constituição da República Portuguesa não fala em ‘direito’ à vida, mas sim em ‘vida humana’, dizendo-a ‘inviolável’. Portanto, não outorga margem a dúvidas ou autorização para que o intérprete altere o seu conteúdo semântico próprio. E, de quebra, também rechaça o argumento de que seria um simples princípio ou um mero direito como outro qualquer e, dessa forma, passível de uma ordinária relativização: quando a Constituição diz que inviolável é a *vida humana* – e não o *princípio* ou o *direito* à vida –, refere-se, com acentuada inclinação, ao seu caráter biológico³³⁸, ao bem *vida* em si mesmo, ou seja, aquilo que distingue uma pessoa viva de uma morta ou, mais precisamente, ao período compreendido entre o nascimento e a morte de uma pessoa, o que, se na visão de alguns não a torna inquestionavelmente uma autêntica regra constitucional – aplicável por subsunção –, ao menos, e inegavelmente, deveria

³³⁴ “Para o Professor Rui Nunes, antes de se avançar ‘radicalmente’ para a regulamentação da eutanásia, dever-se-ia realizar um esforço na área da medicina de acompanhamento, designadamente nas redes de cuidados paliativos e continuados, um vez que o sofrimento psicológico é o maior motivo de pedido de eutanásia, tendendo-se a agravar estes pedidos, se o território nacional não se encontrar coberto por tais serviços.” (JANUÁRIO, Rui; FIGUEIRA, André – **O crime de homicídio a pedido: eutanásia, direito a morrer ou dever de viver**. Lisboa: Quid Juris, 2009, 334p. ISBN 978-972-724-458-4, p. 26).

³³⁵ O princípio da proibição de proteção insuficiente, nesse ponto, mostra-se “aplicável tanto aos deveres de proteção quanto aos deveres de promoção dos direitos fundamentais” (NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios estruturantes do estado de direito**. Coimbra: Almedina, 2019, 289p. ISBN 978-972-40-7764-2, p. 204).

³³⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa anotada** – Volume I, 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 1152p. ISBN 978-85-203-3044-9, p. 447.

³³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de direito constitucional**, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, 1662p. ISBN 978-85-02-62274-6, p. 256.

³³⁸ “Por outro lado, a Constituição da República tem na sua base um conceito biológico de vida e não um conceito ‘qualitativo’ de vida, não sendo por isso constitucionalmente legítimo distinguir entre via ‘digna de ser vivida’ e vida ‘indigna de ser vivida’” (ALBUQUERQUE, Paulo Pinto – **Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia de Direitos do Homem**, 3 ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, 1662p. ISBN 978-972-54-0489-8, p. 503).

afastá-la dos conceitos de elevado grau de abstração e de generalidade – baixa densidade normativa –, que marcam os princípios em sua generalidade.

Mas ainda que isso não convença ou não encontre suporte maioritário no campo doutrinário, o fato é que, no momento em que a ordem constitucional se refere à vida como sendo inviolável, outra não poderia ser a interpretação senão a de que se trata de um bem indevassável e, portanto, indisponível. O preceito constitucional inserto no n.º 1 do artigo 24º da Constituição da República Portuguesa³³⁹, a toda evidência, traz consigo uma carga negativa ou proibitiva, qual seja, o dever de não a violar, o que, no mínimo, a deixa envolta em uma roupagem *sui generis* a traduzir a existência de um valor superior a ser observado. Parece ser essa, especialmente se considerado o grau de abstração e incerteza³⁴⁰ afeto ao princípio da dignidade humana, o alcance da norma constitucional e o limite³⁴¹ imposto ao legislador.

Os conceitos do que seja ‘violável’ e ‘inviolável’ não parecem abrir muito espaço para dúvidas ou ponderações de valores, por não conterem genuínos mandados de otimização “compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos”³⁴². E em relação à vida humana parece ter sido imperativamente imposta uma exigência de índole constitucional proibitiva, qual seja, a sua inviolabilidade. Dessa forma, ainda que não considerada uma norma-regra por excelência, de todo modo se teria um *comando* constitucional a observar, sendo certo que as palavras “possuem uma gama limitada de significados e nenhuma interpretação que vá além deste alcance é permitida”³⁴³. É aí que se

³³⁹ “A Constituição portuguesa não se limita, ao contrário de outros textos fundamentais e da própria DUDH, a dizer que ‘todos os homens têm direito à vida’, afirmando antes, uma fórmula normativa muito mais forte e expressiva, que ‘a vida humana é inviolável’. O artigo 24º desempenha, entre os direitos fundamentais, um papel absolutamente ímpar. Membro do clube restrito dos direitos insuscetíveis de suspensão (n.º 6 do artigo 19º), o direito à vida surge consagrado no n.º 1 do artigo 24º não apenas na sua dimensão puramente subjetiva, como o primeiro dos direitos fundamentais – mais do que um direito, liberdade e garantia, ele constitui o pressuposto fundante de todos os demais direitos fundamentais –, mas como valor objetivo e como princípio estruturante de um Estado de Direito alicerçado na dignidade da pessoa humana (art. 1º)” (MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – **Constituição Portuguesa Anotada** – Volume I, 2 ed. Lisboa: Universidade Católica, 2017, 1045p. ISBN 978-972-54-0541-3, p. 365).

³⁴⁰ “Porém, apesar da sua actualidade e de todas as solicitações que lhe são dirigidas, o conteúdo normativo do princípio da dignidade da pessoa humana persiste envolto em incerteza, em controvérsia e até mesmo em contestação que leva alguns autores a pôr em causa a sua própria viabilidade como princípio jurídico.” (NOVAIS, Jorge Reis – **Princípios estruturantes do estado de direito**. Coimbra: Edições Almedina, 2019, 289p. ISBN 978-972-40-7764-2, p. 26).

³⁴¹ Segundo K. Hesse, os limites hermenêuticos outorgados ao intérprete “estão contidos no próprio texto constitucional: resta inadmissível uma interpretação diferente dos enunciados constitucionais em franca contradição com o seu texto.” (HESSE, Konrad – **Temas fundamentais do direito constitucional** – textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Inocêncio Mártires Coelho e Gilmar Ferreira Mendes). São Paulo: Saraiva, 2009, 171p. ISBN 978-85-02-08147-5, p. 15).

³⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**, 7 ed., 20ª reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2003, 1522p. ISBN 978-972-40-2106-5, p. 1161.

³⁴³ SCALIA, Antonin – **Uma questão de interpretação: os tribunais federais e o direito**. Tradução: Samuel Sales Fontes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2021, 64p. ISBN 978-655721-004-8, p. 33.

deveria chegar ao raciocínio de que o respetivo princípio (dignidade) já foi sopesado pela regra (inviolabilidade). Se a Constituição Portuguesa, por seu legislador constituinte originário, afirma que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos – talvez o pilar maior – da ordem constitucional, e se esse mesmo legislador, calcado nessa mesma ideia de dignidade, que “legitima a imposição de deveres de protecção especiais”³⁴⁴ –, exige que a vida humana seja inviolável, interpretações tendentes à autorizar sua violação parecem, ao menos em princípio, carregar o vício insanável da inconstitucionalidade: o limite inultrapassável da interpretação constitucional é, na lição de K. Hesse, a própria *constitutio scripta* ³⁴⁵.

E especificamente quanto à dignidade da pessoa humana, prossegue a corrente contrária à morte assistida, desde já importante também destacar que a Constituição não fala que a ‘*vida digna*’ é inviolável ou, de outra forma, simplesmente que a ‘*vida*’ (com exclusão da expressão ‘*humana*’) é inviolável, o que até poderia dar maior margem a interpretações e ponderações variadas em sua aplicação, com a atribuição de uma dimensão de maior ou menor peso, dependendo dos demais princípios envolvidos. Uma das questões centrais, assim colocada por Inês Fernandes Godinho, seria saber se a dignidade da pessoa humana poderia ser erigida à cláusula decisiva para a discussão sobre a eutanásia. E sobre isso, a autora pondera não ser possível por retratar “uma cláusula geral ou um princípio geral – ou mesmo um princípio fundante da ordem jurídica –, que postula determinados princípios e, por esse mesmo motivo, tem subjacente uma certa vaguidão. Dito de outro modo: face ao elevado grau de abstracção que lhe está imanente, a dignidade da pessoa humana não é apta a cumprir a função de fornecer critérios racionais para a permissão de uma ajuda à morte de um paciente em concreto”³⁴⁶. Não poderia, pois, derrogar o comando impositivo da inviolabilidade da vida humana.

³⁴⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa anotado** – Volume I, 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 1152p. ISBN 978-85-203-3044-9, p. 199.

³⁴⁵ “A interpretação acha-se vinculada a algo estabelecido (...) dado que o Direito Constitucional não escrito não pode achar-se em contradição com a *constitutio scripta* (vid. supra n. 34), esta última se converte em limite inultrapassável da interpretação constitucional. A existência desse limite é pressuposto da função racionalizadora, estabilizadora e limitadora do poder próprio da Constituição (vid. supra n. 31). Tal função admite a possibilidade de uma mudança constitucional (*Verfassungswandel*), mediante interpretação, mas exclui o enfraquecimento constitucional (*Verfassungsdurchbrechung*) – desvio do texto num caso concreto – e a reforma da Constituição por interpretação. Onde o intérprete se impõe à Constituição deixa de interpretá-la para mudá-la ou enfraquecê-la. Qualquer dessas duas condutas é vedada pelo Direito vigente.” (HESSE, Konrad – **Temas fundamentais do direito constitucional** – textos seleccionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Inocêncio Mártires Coelho e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Saraiva, 2009, 171p. ISBN 978-85-02-08147-5, p. 116-7).

³⁴⁶ GODINHO, Inês Fernandes – **Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de comparticipação em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, 408p. ISBN 978-972-32-2308-8, p. 101-2.

De mais a mais, não se poderia simplesmente confundir dignidade com sofrimento ou, menos ainda, com inutilidade³⁴⁷. Embora a dignidade humana contenha, por um lado, um forte traço de pessoalidade quanto ao entendimento sobre os valores que devam orientar a vida, não se pode negar que, por outro, sempre haverá um consenso objetivo mínimo do que seja realmente digno. O próprio significado etimológico e semântico da palavra *dignidade* se liga, fundamentalmente, às ideias de respeitabilidade, de elevação ou grandeza moral, de honra e de nobreza. Portanto, a compreensão do que seja dignidade da pessoa humana impõe que se escape do puro subjetivismo³⁴⁸, aqui entendido como a priorização apenas e tão-somente do entendimento singular e pessoal³⁴⁹ das coisas, em total negação de aspetos ligados à realidade objetiva. Afinal, toda pessoa tem “de ser compreendida em relação com as demais. A dignidade de cada pessoa é incindível da das demais pessoas”³⁵⁰.

Apenas de forma exemplificativa, é inegável pertencer ao senso comum objetivo que condutas como matar, roubar ou, simplesmente, ludibriar terceiros para a obtenção de seus propósitos não traduzem atitudes dignificantes. Contudo, condenar à morte, p. ex., um *serial killer* que tenha cometido vários homicídios e outros crimes violentos, com alto prognóstico de reincidência se solto permanecer, seria uma ideia que certamente encontraria muita resistência no campo social e jurídico. Ocorre que, se considerarmos que a pena de morte traduz a execução

³⁴⁷ “O argumento de alguém ser inútil pelo fato de apresentar-se com uma doença incurável é inoportuno e desumano, pois é inadmissível rotular assim quem viveu, amou e contribuiu, e que agora não reuindo mais condições físicas ou psíquicas, venha a merecer tal consideração.” (FRANÇA, Genival Veloso de – **Medicina legal**, 9ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2013, 694p. ISBN 978-85-277-1693-2, p. 421).

³⁴⁸ Conforme anotado por Mafalda Miranda Barbosa: “A vontade não pode arvorar-se no valor superior à mercê do qual a pessoa claudica. Se a vontade (a alicerçar o pedido de morte), na sua subjetividade quantas vezes insindivível, fosse o vetor justificador do comportamento, então, deixaríamos de ter um critério de determinação de quais os pedidos que são ou não legítimos. Advogar a licitude da morte a pedido redundaria, afinal, na desconsideração da própria dignidade da pessoa, que passaria a ser disponível e contingente no seio do ordenamento jurídico. Tal posição corresponderia a elevar a (mal compreendida) autonomia a decisor absoluto, donde deixaria de haver qualquer limite para qualquer pretensa limitação voluntária de direitos de personalidade (...). Se, ao invés, se tentar estabelecer critérios objetivos de determinação da licitude do pedido de aniquilação da vida, então, o fator determinativo não será, propriamente, a vontade, mas o reconhecimento de que há vidas que não são dignas de serem vividas.” (BARBOSA, Mafalda Miranda apud MIRANDA, Jorge – **Direitos fundamentais**, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2017, 562p, ISBN 978-972-40-7217-3, p. 227).

³⁴⁹ “A dignidade de que se prevalecem os partidários da eutanásia voluntária sugere uma elevação e a recusa de um rebaixamento. Ela transcende a liberdade proclamada na medida em que não se trata mais aqui tão-somente de uma escolha, mas, mais profundamente, de uma rejeição. O que é temido nesse caso é a perda da autonomia, a alteração das funções essenciais do organismo. Essas ameaças são vistas como atentatórias à ideia que o ser humano faz de si mesmo, incompatíveis com a sua essência. Uma concepção de dignidade desse tipo apresenta um caráter normativo absolutamente claro. Trata-se de permanecer senhor de si, de não perder o controle do próprio corpo, de suas secreções, de suas emoções. O respeito por si mesmo é entendido como necessidade de manter sua integridade física (...) Seu temor do desprezo o torna inquieto com relação ao respeito pela decência e pelas conveniências. Até o fim, apegase a fazer prevalecer a coerência da imagem que dá.” (HINTERMEYER, Pascal – **Eutanásia, a dignidade em questão**. Tradução de Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 2006, 134p. ISBN 85-15-03241-4, p. 62-3).

³⁵⁰ MIRANDA, Jorge – **Direitos fundamentais**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2017, 562p. ISBN 978-972-40-7217-3, p. 234.

de um ser humano por um terceiro, a única diferenciação verdadeiramente substancial seria o consentimento do paciente. Mas também o criminoso poderia manifestar uma vontade renunciatória à sua vida, autorizando que médicos lhe dessem uma morte suave e medicamente assistida. A pessoa condenada poderia refletir e chegar a conclusão de que, por toda a sua vida, manteve-se, por vontade própria, numa condição completamente indigna – não haveria muita dúvida de que essa pessoa nunca levou nem levará uma vida digna ou minimamente próxima do que se possa conceber, objetivamente, como conceito de dignidade – e que agora, embora de um modo diverso, a condenação também continuará a lhe retirar a dignidade, até mesmo porque lhe priva da sua liberdade³⁵¹, não lhe propiciando as condições necessárias para o desenvolvimento autônomo da sua vontade e, por isso, restará impedido de se autodeterminar, o que, tudo somado, causa-lhe sofrimento psicológico³⁵² atroz e insuportável³⁵³.

Então, por que seria inviável uma renúncia válida à vida neste último caso? Apenas porque há dispositivo constitucional a informar que “em caso algum haverá pena de morte” (art. 24º, n.º 1)? Sim, nem poderá nisso residir maiores questionamentos: está-se diante de uma regra constitucional clara, expressa e vinculativa, que indubitavelmente há de ser observada. Mas há de se destacar, da mesma forma, que a vigente Constituição não refere a impossibilidade da pena de morte correlacionando-a à esfera criminal. Ainda que isso possa, por um lado, ser tratado como intuitivo ou implícito, vinculando-se a palavra ‘pena’ ao resultado de uma condenação criminal, por outro não restaria desautorizado o desenvolvimento de raciocínio diverso para, *v.g.*, entender-se ‘pena’ como sendo a retribuição ou o castigo imposto pela própria aquisição de uma doença incurável, mormente se observado que o dispositivo constitucional em voga se vale da expressão “em caso algum”, de modo indefinido, não estipulando hipóteses de incidência. Como é sabido, a correta interpretação hermenêutica a ser dispensada à ordem constitucional deve sempre prezar pela manutenção de uma unidade e

³⁵¹ “Apenas para ilustrar o problema, parece-nos que dificilmente se poderá, por exemplo, questionar que o encarceramento de alguém (mesmo condenado pela prática de homicídio qualificado pela utilização de meio cruel ou outro delito de suma gravidade) em prisão com problemas de superlotação e na qual os detentos são submetidos a condições evidentemente desumanas e degradantes, não constitua, efetivamente, uma violação da dignidade pessoal, ainda que com amparo aparente no sistema jurídico-positivo.” (SARLET, Ingo Wolfgang – **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, 199p. ISBN 978-85-7348-957-6, p. 160-1).

³⁵² Sustentando que nem sempre esse sofrimento se dará no plano físico, ressalta Derek Humphry que “mais importante do que cálculos percentuais é o fato de que há dores de outra natureza que a meramente física. Estou convicto de que a maioria dos médicos não leva em conta os vários outros sofrimentos – morais, psicológicos e afetivos – por que passa um doente terminal. E, ainda que o fizessem, haveria algo a seu alcance que pudesse atenuá-los? Provavelmente, não!” (HUMPHRY, Derek – **A solução final: a praticabilidade de auto-eliminação e da assistência a suicídios em casos terminais de doenças degenerativas**. Tradução de Ênio Silveira. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1994, 228p. ISBN 85-200-0145-9, p. 167).

³⁵³ Não se pode olvidar, nesse sentido, dos casos de suicídio entre pessoas presas.

coerência lógicas a ponto de não se ingressar em uma espécie, digamos assim, de raciocínio contraditório ou paradoxal³⁵⁴. E no exemplo acima, ao menos em certa medida, parece que as particularidades e similitudes das situações – haverá, tanto num caso quanto no outro, a execução de uma pessoa por um terceiro, que a tanto estaria autorizado pelo interessado e contaria com a chancela do poder estatal – acabam por igualar às hipóteses de incidência, não autorizando o uso de medidas diferentes para um mesmo peso. Em outras palavras, um questionamento deveria se fazer automático nos caminhos cognitivos que nos levam a refletir sobre a questão da eutanásia: se até em casos como o que ora se exemplifica a Constituição da República Portuguesa veda a pena de morte, certamente punindo quem auxilie a dar a morte a um grave criminoso, mesmo diante do seu expresso e inequívoco consentimento, por que haveria de ser permitida a eutanásia para pôr fim a um doente terminal?

Daí porque um “ser humano não perde a dignidade por sofrer, indigno é, porém, basear a indignidade no não ter de sofrer”³⁵⁵. De fato, para “uma pessoa sã, a falta de dignidade pode coincidir com a incontinência. Mas decidir uma coisa do género significa que não se tem em

³⁵⁴ Apenas para efeitos de comparação, poderia ser tomada como inspiração a relação de paradoxo traçada por Ricardo Sanín Restrepo, entre modernidade e colonialismo, sendo este o lado oculto e constitutivo daquela, de modo que um não subsiste sem o outro. Na sequência, o referido autor toma como exemplo o conceito de desenvolvimento, concebendo-o como companheiro permanente da modernidade, para afirmar que, muito embora se suponha que o subdesenvolvimento seria aquilo que o desenvolvimento promete combater e superar, em verdade a modernidade jamais promete superar o colonialismo, mas sim superar a tradição e o conhecimento selvagem, de maneira que o colonialismo atua, em verdade, como a arma por trás de toda a retórica da modernidade, justificando qualquer ação, incluindo a guerra como fórmula para superar – e aqui reside o paradoxo – a barbárie e a ignorância dos povos coloniais e subdesenvolvidos. Assim se encontra originalmente consignado: “*Como sostiene el argentino Walter Mignolo (2001), conceptualmente la colonialidad es el lado oculto de la modernidad, esa diada modernidade/colonialidad significa que la colonidad es constitutiva de la modernidad, y que por tanto no hay modernidad sin colonialidad (...) Tomemos el concepto de desarrollo, por ejemplo (Mignolo, 2001, p. 7). Este es un compañero permanente de la modernidad, sin embargo el subdesarrollo no es equivalente a la colonialidad. Se supone que el subdesarrollo es lo que el desarrollo promete superar, pero en contrate la modernidad nunca promete superar la colonialidad, sino que promete la superación de la ‘tradicición’, ‘del saber salvaje’, es decir, promete ahondar la colonialidad (Tlostanova & Mignolo, 2009). De manera que la colonialidad es al arma detrás de toda la retórica de la modernidad que justifica cualquier tipo de acción, incluyendo la guerra como fórmula para superar la barbárie y la ignorancia. Concluimos entonces que la colonialidad es la cara oculta que habilita la misión desarrollista y civilizadora de la modernidade, sin colonialidad estos proyectos carecen de justificación interna.*” (RESTREPO, Ricardo Sanín – **Teoría crítica constitucional**: la democracia ala enésima potencia. Valência: Tirant lo Blanch, 2014, 292p. ISBN 978-84-9053-624-7, p. 138). Seguindo essa linha, se substituirmos os conceitos de modernidade por vida digna ou qualitativa, de colonialismo por vida biológica ou quantitativa, de desenvolvimento por dignidade e de subdesenvolvimento por indignidade, seria possível traçar aquilo que, guardadas as proporções e particularidades em relação ao exemplo originalmente traçado pelo autor, poderia ser denominado de paradoxo da eutanásia. Vida digna e vida biológica, indubitavelmente, encontram-se imbricadas, sendo, nesse contexto, esta última o pressuposto, o lado oculto e constituinte, de uma vida digna e sem sofrimentos. Mas a modernidade, aqui entendida como dignidade humana, embora se suponha que precipuamente venha a romper com subdesenvolvimento calcado na indignidade, com a força retórica da inviabilidade de uma indigna vida biológica acaba por propor a eutanásia como resolução, é dizer, sob a justificativa de concessão ou conservação de uma vida digna (moderna), paradoxalmente propõe-se a extinção da vida biológica – suporte daquela – tendo a morte como solução.

³⁵⁵ JANUÁRIO, Rui; FIGUEIRA, André – **O crime de homicídio a pedido: eutanásia, direito a morrer ou dever de viver**. Lisboa: Quid Juris, 2009, 334p. ISBN 978-972-724-458-4, p. 202.

conta o que passa pela cabeça de um doente. Do alto de um estado de saúde bom, é fácil decidir que alguém já perdeu de tal modo a dignidade que deve ser condenado à morte”³⁵⁶.

Assim é que, para a corrente contrária à prática da eutanásia, não pareceria correto afirmar que uma pessoa que esteja acometida de uma doença incurável e que passe a conviver com fortes e constantes dores perca totalmente a sua dignidade. O mesmo se diga em relação à invalidez permanente – física ou mental –, que a impossibilite de se locomover ou desenvolver tarefas básicas e quotidianas, como alimentação e higiene, até mesmo porque, se assim o for, uma criança de tenra idade e portadora, p. ex., de paralisia infantil ou de outro problema cognitivo sério que lhe acarrete a total impossibilidade de interação social também estaria fadada a uma vida indigna. Se chegarmos a esse raciocínio, poderemos passar a pensar em admitir a prática da chamada eutanásia precoce, de bebés e crianças. E dado que estes últimos não possuem nenhuma capacidade de consentir – incapacidade de autodeterminação – sobre os rumos das suas vidas, teríamos de chegar à conclusão de que a eutanásia piedosa, nesses casos, aproximar-se-ia por demais da chamada eutanásia eugénica ou eliminadora.

É claro que se poderia argumentar que esse tipo de eutanásia precoce não guardaria mais nenhuma relação com a antiga eutanásia eugénica, que era realizada com a finalidade de aperfeiçoamento da espécie, porquanto, atualmente, a finalidade ou o motivo da morte seria unicamente a preservação da dignidade da pessoa humana e, nesses casos, dada a ausência de competência da criança para autorizar ou anuir, caberia aos seus pais, na natural condição de responsáveis legais, decidir sobre o destino do filho.

Não obstante, mostra-se inevitável sopesar mais um questionamento: se essa criança, no exemplo, portadora de uma deficiência congénita e permanente que lhe retire totalmente a autonomia, jamais conhecerá e experimentará a mesma dignidade que é vivenciada por um adulto sem impedimentos de natureza física, mental ou intelectual, ou seja, se a sua dignidade permanecerá circunscrita – em virtude das suas próprias limitações à participação plena e efetiva na sociedade – em um nível exclusivamente só seu, extremamente dependente dos cuidados e do amor que lhe forem dispensados ao longo da vida pelos pais, parentes e sociedade, qual a indignidade efetivamente se estará evitando com a sua morte?

Esse questionamento ajudaria a compreender que, também nos casos que envolvam adultos ou idosos, a doença, a dor ou a impossibilidade de realização de tarefas corriqueiras não torna a pessoa indigna, muito menos da sua própria vida. A indignidade, se realmente vier a surgir, na esmagadora maioria dos casos – para não se dizer na totalidade – será causada pelo

³⁵⁶ ISRAËL, Lucien – **Contra a eutanásia**. Tradução de António Maia da Rocha. Lisboa: Multinova, 2016, 135p. ISBN 978-972-30-1919-3, p. 101-2.

afeto que receber ou deixar de receber por parte de médicos, parentes e amigos, especialmente no que se refere ao abandono, ponderando-se que o aumento da inquietação do enfermo advém da “perspectiva de precisar enfrentar essa provação inteiramente só, sem poder apoiar-se em seus próximos, sem contar com a sustentação de outras pessoas. Má é a morte que sobrevém quando a pessoa está longe, separada da comunidade a que pertence”³⁵⁷.

O fato é que, para essa corrente, não há liberdade sem vida, mas certamente poderá haver vida sem liberdade. Tanto é assim que o próprio ordenamento autoriza e prevê a privação de liberdade por meio da pena de prisão. Mas para que não seja a liberdade individual irremediavelmente lesada – princípio da proibição de excesso –, ao mesmo tempo impõe a vedação de uma pena perpétua, conforme previsão expressa inserta no artigo 30º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa. Portanto, diante do conflito entre a vida e a liberdade enquanto fundamento da dignidade humana, não poderia esta última acabar por impor àquela um sacrifício total. Afinal, fixar “o estatuto de uma liberdade é necessariamente marcar seus limites, pois a vida social exclui a possibilidade de liberdades sem fronteiras”³⁵⁸; aliás, o indivíduo “é livre porque não é um animal, porque pode se afastar de seus instintos mais primários e se elevar, aspirando a não ficar determinado por sua natureza”³⁵⁹.

Deve-se, pois, buscar estabelecer limites e condicionantes recíprocos à harmonização da questão. E, nesse ponto, para a corrente contrária à eutanásia, pareceria um equívoco a afirmação de que não há vida sem dignidade. O que não poderia existir seria dignidade sem vida, até mesmo porque a existência humana é “o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades dispostos na Constituição (...) não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse”³⁶⁰. Dignidade da pessoa humana “implica a dignidade de vida. Toda a vida humana tem um valor em si própria e toda a vida humana tem o mesmo valor”³⁶¹, concluindo o constitucionalista Jorge Miranda pela “vedação da eutanásia e, naturalmente, da distanásia”³⁶².

³⁵⁷ HINTERMEYER, Pascal – **Eutanásia, a dignidade em questão**. Tradução de Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 2006, 134p. ISBN 85-15-03241-4, p. 42.

³⁵⁸ RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues – **Liberdades públicas**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006, 680p. ISBN 85-336-2256-2, p. 207.

³⁵⁹ ROJAS, Enrique – **O homem moderno**. Tradução: Wladir Dupont. São Paulo: Editora Mandarim, 1996, 153p. ISBN 85-354-0208-X, p. 23.

³⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de direito constitucional**, 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN 978-85-02-62274-6, p. 255.

³⁶¹ MIRANDA, Jorge – **Direitos fundamentais**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2017, 562p ISBN 978-972-40-7217-3, p. 226.

³⁶² MIRANDA, Jorge – **Direitos fundamentais**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2017, 562p ISBN 978-972-40-7217-3, p. 227.

É da própria Constituição Portuguesa de 1976, mais precisamente no seu artigo 18º, n.ºs 2 e 3, que se extrai que a lei somente poderá restringir direitos, liberdades e garantias nos casos por ela expressamente previstos e que, mesmo assim, tais restrições deverão se limitar estritamente à salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. Da mesma forma, também está assentado que eventuais restrições nesse sentido não poderão diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais. E observância dos critérios de harmonização, de ponderação e de concordância prática inviabilizariam uma conclusão favorável à eutanásia, lembrando J.J. Gomes Canotilho que, nesse particular, o princípio da proporcionalidade proíbe “designadamente o legislador de, na solução de conflitos, limitar direitos, liberdades e garantias para além do justo e do necessário. Tudo o que fosse desproporcionado ou excessivo violaria o núcleo essencial”³⁶³.

4.1.3. A análise frente aos pressupostos de admissibilidade à renúncia

A exposição do item supra deixa clara e bem contextualizada a polémica que cerca a questão de fundo, evidenciando, da mesma forma, e *s.m.j.*, que apenas o aprofundamento dos argumentos e contra-argumentos à eutanásia direta se mostra insuficiente a uma conclusão absolutamente correta e justa³⁶⁴. A discussão envolvendo o direito à vida e a dignidade da pessoa humana – ainda que reforçada pela liberdade, em sua dimensão de autodeterminação e de desenvolvimento da personalidade –, poderia se estender indefinidamente sem se ter a certeza de que seria, efetivamente, atingida uma solução minimamente aceitável sob o ponto de vista da estabilização jurídica e da pacificação social.

A ciência do direito deve, ainda que isso possa – num ou noutro sentido – ser taxado de utópico no que respeita aos direitos fundamentais³⁶⁵, tentar caminhar por trilhos não tão elásticos, primando por mecanismos mais seguros enquanto métodos de resolutividade dos

³⁶³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**, 7 ed., 20ª reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2003, 1522p. ISBN 978-972-40-2106-5, p. 460.

³⁶⁴ “Nesta tentativa de racionalização e objectivização das decisões concernentes à decisão sobre a validade de uma renúncia concreta a direitos fundamentais, não se pode, todavia, pretender da ponderação de bens e valores aquilo que ela, por natureza, não pode fornecer, ou seja, uma decisão una, inequívoca e incontestável.” (NOVAIS, Jorge Reis – Renúncia a direitos fundamentais. In **Perspectivas Constitucionais nos 20 Anos da Constituição de 1976**. Vol. I – Coord. MIRANDA, Jorge. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 263-335. ISBN 972-32-0752-4, p. 321).

³⁶⁵ “O fim dos direitos humanos, assim como o fim do Direito Natural, é a promessa do ‘ainda não’, da indeterminação da autocriação existencial diante do medo da incerteza e das certezas inautênticas do presente. Quando os apologistas do pragmatismo proclamam o fim da ideologia, da história ou da utopia, eles não assinalam o triunfo dos direitos humanos; ao contrário, eles colocam um fim nos direitos humanos. O fim dos direitos humanos chega quando eles perdem o seu fim utópico” (DOUZINAS, Costas – **O fim dos direitos humanos**. Tradução: Luzia Araújo. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2009, 418p. ISBN 978-85-7431-333-7, 384).

respetivos conflitos, assim se afastando dos perigos da subjetividade excessiva. Isso demonstra a importância em se estabelecer, tanto quanto possível, critérios mais objetivos.

Dado que o instituto da eutanásia pressupõe uma efetiva renúncia à vida, em que o conflito existente não expressa uma colisão, mas sim uma verdadeira e autêntica concorrência ou concurso de direitos fundamentais de uma mesma pessoa, a análise do seu cabimento e viabilidade também deverá se adequar aos seus requisitos de admissibilidade, sob pena de invalidade jurídico-constitucional. Essa a razão para que, na sequência, passemos a sua abordagem contextualizada sob a perspectiva dos seus pressupostos, anteriormente estudados.

4.1.3.1. Capacidade e titularidade

O pressuposto da capacidade, via de regra, não parece oferecer maiores dificuldades para a efetivação de uma renúncia ao direito à vida, porquanto, como já visto, o exercício dos direitos fundamentais, especialmente em relação àqueles direta ou indiretamente ligados aos direitos de liberdade, será quase sempre um exercício de fato e, portanto, a capacidade acaba por perder o caráter de essencialidade, salvo quando haja necessidade de um determinado conhecimento ou de uma maior compreensão à tomada de decisões específicas; daí afirmar-se que, no mais das vezes, torna-se mais importante investigar a titularidade do direito.

De um modo geral, para a admissão da prática da eutanásia, três são os requisitos que devem coexistir: uma enfermidade incurável ou uma invalidez incapacitante e irreversível, terríveis dores e sofrimento intenso e insuportável, e a vontade do paciente. Somente a partir desse quadro se poderia cogitar de uma morte por compaixão baseada em sentimento humanitário, diretamente ligada à dignidade da pessoa humana, por meio de uma renúncia ao direito à vida. Considera-se, pois, obrigatória a participação do enfermo, o qual deve possuir plena liberdade para se autodeterminar, postulando a sua própria morte ou nela consentindo³⁶⁶.

Mas para que o paciente possa corretamente decidir sobre os rumos da sua vida, deve ele próprio ter acesso a toda informação, de forma detalhada, que se revele útil e necessária à exata compreensão da sua enfermidade, como o diagnóstico e o respetivo prognóstico, as eventuais chances de cura, melhora ou estabilização, quais os tratamentos imediatos e futuros que deverão ser desenvolvidos, assim como a medicação necessária e os eventuais cuidados

³⁶⁶ Conforme já havíamos anotado no trabalho desenvolvido na unidade curricular de Direito Constitucional Avançado, do Programa de Mestrado em Direito, Especialidade em Ciências Jurídicas, com o título *Eutanásia, Direito à Vida e Dignidade da Pessoa Humana*, sob a supervisão do Professor Doutor Pedro Trovão do Rosário, em 2018, muito embora não tenha sido referido trabalho objeto de nenhuma espécie de publicação.

alternativos porventura existentes. Apenas dessa forma será possível expressar o seu livre consentimento ou a recusa a tratamentos³⁶⁷.

Assim, e desde já, uma questão já se coloca em destaque, qual seja, o médico possui o dever de sempre, em toda e qualquer situação, repassar tais informações diretamente ao paciente? Em uma época não tão remota, era comum não se proclamar a verdade sob o argumento de que ela poderia causar um mal-estar³⁶⁸. Contudo, sem grandes divergências, hoje se sustenta que “o privilégio terapêutico do médico jamais deve servir de desculpa para poupar o paciente de notícias desagradáveis, com base em um paternalismo injustificável”³⁶⁹.

Quando a hipótese de autolimitação for efetivada por uma pessoa maior e capaz e envolver uma renúncia à sua própria vida, os pressupostos da capacidade e da titularidade serão quase que automática e naturalmente preenchidos. Não obstante, haverá casos em que o paciente terminal será, por exemplo, um indivíduo com problemas cognitivos – decorrentes ou não da doença – ou, ainda, uma criança, casos em que as opiniões se dividem. Embora se possa entender que isso, por si só, não traduza uma exceção à regra do dever de informar, há quem formule ponderações: “Mesmo assim, vale perguntar: que vantagens há no fato de se dizer a verdade à criança enferma terminal sobre sua doença, sobre sua gravidade e sobre sua morte? Ela será capaz de entender o alcance de tais informações? Qual o destino que ela dará a essas verdades?”³⁷⁰. Com efeito, embora não impedida de receber o diagnóstico e o prognóstico da sua doença, efetivamente parece existir pouca ou nenhuma utilidade prática em relatar a uma pessoa com impedimentos mentais e intelectuais ou a uma criança, especialmente se de tenra idade, o seu grave estado de saúde ou iminente perigo de morte. Não haveria nenhuma espécie de prejuízo porque, na verdade, as decisões importantes ao seu tratamento somente poderiam ser tomadas, justamente diante da incapacidade ou incompetência daqueles, pelos respectivos responsáveis legais³⁷¹.

³⁶⁷ Conforme já havíamos anotado no trabalho desenvolvido na unidade curricular de Direito Constitucional Avançado, do Programa de Mestrado em Direito, Especialidade em Ciências Jurídicas, com o título *Eutanásia, Direito à Vida e Dignidade da Pessoa Humana*, sob a supervisão do Professor Doutor Pedro Trovão do Rosário, em 2018, muito embora não tenha sido referido trabalho objeto de nenhuma espécie de publicação.

³⁶⁸ FRANÇA, Genival Veloso de – **Medicina legal**, 9ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2013, 694p. ISBN 978-85-277-1693-2, p. 423.

³⁶⁹ DIAS, Roberto – **O direito fundamental à morte digna: uma visão constitucional da eutanásia**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, 239p. ISBN 978-85-7700-548-2, p. 178.

³⁷⁰ FRANÇA, Genival Veloso de – **Medicina legal**, 9 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2013, 694p. ISBN 978-85-277-1693-2, p. 424.

³⁷¹ Na contramão desse entendimento, a atual legislação belga permite que crianças, sem exigência de idade mínima para tanto, possam decidir e solicitar a eutanásia. Elas devem fazer o pedido por escrito, contar com o consentimento dos pais e comprovar capacidade de discernimento por meio de avaliação a ser realizada por equipe pediátrica multidisciplinar. Conforme destacam Felipa Martins Silva e Rui Nunes, nos “debates parlamentares na Bélgica, a idade foi considerada menos relevante quando comparada com a capacidade de discernimento da situação e das suas implicações (...). A Bélgica torna-se, assim, o primeiro país no mundo a

Essas pontuações se mostram importantes por possuírem uma ligação linear com a questão do suprimento da vontade do paciente. Isto é, seria válido legitimar um pedido de morte ou o respetivo consentimento expressado por outrem que não o próprio paciente?

O que se coloca em questão é, justamente, se seria possível dispor sobre o direito à vida de terceiros, casos em que os pressupostos ou requisitos da capacidade e da titularidade se encontram intimamente entrelaçados. Renunciar a direito de terceiros pressupõe que o respetivo titular não possua capacidade ou competência para tanto. Tomando como exemplo o caso de um recém-nascido ou uma criança enferma e em estado terminal, que obviamente não possui capacidade para expressar sua vontade nessas situações, restaria evidenciada a necessidade de uma representação. Mas, ainda assim, haveria de se questionar se tal instituto, inerente ao direito civil, teria validade jurídico-constitucional numa renúncia a direito fundamental, ou seja, o questionamento se coloca na possibilidade de os pais recusarem tratamento médico e, igualmente, renunciarem ao direito à vida do filho, independentemente das razões para tanto, as quais poderiam ser até mesmo de ordem religiosa.

Nesse ponto, assevera-se que a renúncia ao direito fundamental não deve ser aceita por “dois motivos principais: (i) o primeiro se refere à autonomia e liberdade individuais, ou seja, não se sabe ao certo se aquele incapaz de se manifestar teria feito a mesma escolha dos representantes; e (ii) a prevalência do direito à vida e à saúde sobre a liberdade de crença religiosa, isto é, as garantias da vida e da incolumidade física são mais suportadas por outros princípios constitucionais, notadamente o da dignidade humana”³⁷².

Igualmente, Vieira de Andrade refere ser “indispensável que a manifestação de vontade seja produzida pelo próprio titular, não sendo suficiente, em regra, o consentimento ou acordo de alguém que exerça um poder de representação ou de tutela”³⁷³. Inclusive, Jorge Reis Novais enxerga a medida – autorização para a interferência em direito alheio – não como uma autêntica renúncia, mas como uma restrição externa, afirmando que “não deverão ser consideradas legítimas ou, pelo menos, não deverão ser consideradas como verdadeiras renúncias, mas antes

abolir legalmente todas as restrições de idade para a realização da eutanásia. Essa situação difere da legislação holandesa, que permite a crianças com doenças terminais requerer a eutanásia a partir dos 12 anos, com o consentimento obrigatório dos pais até aos 16 anos, e a partir dessa idade é necessário apenas que os pais sejam informados” (SILVA, Filipa Martins; NUNES, Rui. **Caso belga de eutanásia em crianças: solução ou problema?** [Em linha]. Revista de Bioética, Vol. 23, n.º 3 (2015), p. 475-84 [Consult. 13 jan. 2022]. Disponível em https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/1094/1325, p. 478).

³⁷² ADAMY, Pedro Augustin – **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011, 224 p. ISBN 978-85-392-0053-5, p. 85-6.

³⁷³ ANDRADE, José Carlos Vieira de – **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 6 ed. Coimbra: Edições Almedina, 2019, 387 p. ISBN 978-972-40-7922-6, p. 107.

como restrições heterónomas, as situações em que, por exemplo, o pretense consentimento é prestado pelos pais em nome do filho menor”³⁷⁴.

De fato, tratando-se de pessoas maiores e capazes, eventual renúncia ao direito à vida não encontraria maiores problemas para o preenchimento dos pressupostos da capacidade e da titularidade. Noutro giro, em casos de pessoas incapazes ou incompetentes à manifestação de vontade, como o de indivíduos inconscientes, crianças e recém-nascidos, parece-nos que deveria ser negada tal possibilidade – renúncia a direito de terceiros –, ao menos no que respeita à solução por meio do instituto da renúncia a direitos fundamentais, haja vista que a “dignidade e a intangibilidade da vida humana tornam absolutamente improcedente que outra pessoa, pais, médicos ou terceiros ao exercício da medicina, possa, em nome do recém-nascido, que não possui ainda o domínio sobre si, prestar um consentimento válido para que se o prive da vida, não se autorizando nenhuma alteração ao tratamento médico (...) Outra solução constituiria um duro golpe no valor da vida humana”³⁷⁵.

4.1.3.2. Declaração de vontade livre

A expressa manifestação do titular – solicitação ou consentimento –, enquanto requisito imprescindível à renúncia de direitos fundamentais, deve ser sempre feita de forma voluntária, consciente e inequívoca, não podendo suscitar dúvidas quanto ao alcance ou ao real significado da vontade renunciatória, motivo pelo qual devem ser excluídas, desde já, eventuais renúncias por parte de quem, por exemplo, possua perturbações mentais ou que, em razão da idade – tenra ou avançada – ou outra condição que lhe seja inerente, não esteja em condições de corretamente se expressar. Da mesma forma, a liberdade para exteriorizar essa vontade deve estar sempre presente para que se garanta a autenticidade e genuinidade da declaração.

Daí que, nessa ordem de ideias, alguns questionamentos podem ser levantados no que respeita ao correto preenchimento deste requisito.

Considerando que a eutanásia se destina precipuamente àquelas doenças consideradas incuráveis e em estado terminal ou, ainda, àqueles casos em que a pessoa sofra demasiadamente com alguma invalidez permanente, faz-se necessário trabalhar com a hipótese de pacientes que não possam ou não consigam expressar a sua vontade ou consentimento. Hipoteticamente,

³⁷⁴ NOVAIS, Jorge Reis – Renúncia a direitos fundamentais. In **Perspectivas Constitucionais nos 20 Anos da Constituição de 1976**. Vol. I – Coord. MIRANDA, Jorge. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 263-335. ISBN 972-32-0752-4. p. 302.

³⁷⁵ CASAL, Cláudia Neves – **Homicídio privilegiado por compaixão**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, 247p. ISBN 972-32-1274-9, p. 216-7.

poder-se-ia perguntar: qual a liberdade para pedir a própria morte, ou nela consentir de maneira minimamente válida, teria um paciente que apresentasse uma grave sequela mental ou que permanecesse, após acidente automobilístico, em coma? Nesses casos, em que os pacientes são tidos como incapazes (p. ex., crianças), inconscientes (em coma, por exemplo) ou incompetentes (v.g., Alzheimer em estágio avançado), duas seriam as alternativas à falta de pedido ou de consentimento expreso por parte daquele: as diretivas antecipadas de vontade e a aceitação do consentimento presumido³⁷⁶.

Tomemos esta última hipótese como questionamento inicial, qual seja, a aceitação do consentimento presumido à continuidade ou não de um tratamento de suporte vital e, até mesmo, à prática da eutanásia direta: “Não havendo disposição prévia e expressa do paciente, pode-se recorrer à reconstrução da vontade do enfermo”³⁷⁷.

Afirma-se, nessa linha, que se deveriam considerar o estilo de vida mantido pelo paciente, suas eventuais declarações pretéritas quanto às circunstâncias de morte que desejaria ou aceitaria, ou, ainda, do fim de vida que categoricamente rejeitaria, bem como, por exemplo, a posição social que exerceu e vivenciou até o momento que antecedeu o seu grave estado de saúde, o que poderia ser sopesado para aquilatar se a sua condição atual, física e mental, ainda lhe dignificaria. Em suma, afirma-se que a vontade do paciente poderia ser reconstruída a partir da vida conscientemente mantida antes da enfermidade ou da incapacitação. Tratar-se-ia, em uma última análise, da questão de saber como é que o próprio paciente decidiria caso tivesse a oportunidade de exprimir a sua vontade³⁷⁸.

Entretanto, se à morte medicamente assistida exige-se a *participação* do paciente, do titular daquele direito à vida, torna-se um tanto contraditório admitir que o consentimento possa ser, simplesmente, presumido, com o que, na prática, critica-se tal posicionamento por depender muito do entendimento subjetivo daqueles que o rodeiam, médicos e parentes. Há que se considerar que “o direito de autodeterminação obriga à plena consciência do paciente. Em caso de impossibilidade de conhecimento da sua posição, os limites do dever de curar têm de ser rigidamente fixados, para permitir ao médico uma actuação segura, dentro do âmbito da

³⁷⁶ Conforme já havíamos anotado no trabalho desenvolvido na unidade curricular de Direito Constitucional Avançado, do Programa de Mestrado em Direito, Especialidade em Ciências Jurídicas, com o título *Eutanásia, Direito à Vida e Dignidade da Pessoa Humana*, sob a supervisão do Professor Doutor Pedro Trovão do Rosário, em 2018, muito embora não tenha sido referido trabalho objeto de nenhuma espécie de publicação.

³⁷⁷ DIAS, Roberto – **O direito fundamental à morte digna: uma visão constitucional da eutanásia**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, 239. ISBN 978-85-7700-548-2, p. 181.

³⁷⁸ GODINHO, Inês Fernandes – **Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de comparticipação em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, 408p. ISBN 978-972-32-2308-8, p. 138.

legalidade penal. Até a morte cerebral mantém-se o dever de garante do médico, o que abrange a obrigação de manter a vida do paciente”³⁷⁹.

Ainda, é de se ver que na quase totalidade dos casos não haverá nenhuma declaração pretérita da pessoa sobre as suas concepções de mundo, especialmente no que concerne à própria morte. E a crítica que se faz à presunção de vontade do enfermo é que não haveria como estabelecer critérios objetivos que, ao mesmo tempo, fossem aptos a fundamentar a busca da verdadeira vontade autónoma do paciente que estivesse acamado em estado terminal; não haveria como se chegar, de forma segura, às conclusões que o paciente teria quanto à sua existência, vida ou morte, finalidade básica e última daquilo que se poderia compreender por autodeterminação, dentro de um contexto de vontade pessoal livre, de cada indivíduo. Uma coisa é a existência de declarações anteriores ou de um testamento vital, outra é presumir algo, de extrema relevância à própria existência humana, por meio de manifestações outras, e muitas vezes desconectadas do ponto central da problemática, daquele paciente terminal. Esta última hipótese, por não se revestir de um mínimo de segurança, não mereceria aceitação³⁸⁰.

O segundo ponto de questionamento, ainda intimamente ligado com o primeiro, é, justamente, a questão que envolve o chamado instituto das diretivas antecipadas de vontade, adotado em Portugal desde o advento da Lei n.º 25/2012³⁸¹, de 16 de Julho, e que também recebe outras denominações, como testamento vital ou testamento biológico. Por meio desse documento a pessoa pode deixar assentado, de forma prévia e em documento unilateral e livremente revogável, os cuidados de saúde que deseja receber ou que, de outra forma, não aceitará em caso de, futuramente, estar incapacitada de expressar sua vontade³⁸². Esse testamento vital, revogável a qualquer tempo³⁸³, inclusive oral e diretamente ao responsável

³⁷⁹ CASAL, Cláudia Neves – **Homicídio privilegiado por compaixão**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, 247p. ISBN 972-32-1274-9, p. 218-9.

³⁸⁰ Conforme já havíamos anotado no trabalho desenvolvido na unidade curricular de Direito Constitucional Avançado, do Programa de Mestrado em Direito, Especialidade em Ciências Jurídicas, com o título *Eutanásia, Direito à Vida e Dignidade da Pessoa Humana*, sob a supervisão do Professor Doutor Pedro Trovão do Rosário, em 2018, muito embora não tenha sido referido trabalho objeto de nenhuma espécie de publicação.

³⁸¹ LEI N.º 25/2012, de 16 de julho – **Diário da República** [Em linha]. Assembleia da República, Série I de 2012-07-16 [Consult. 24 Set. 2018]. Disponível em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/179517/details/normal?q=Lei+n.%C2%BA%2025/2012+de+16+de+julho>.

³⁸² Dispõe o artigo 2º, 1, da Lei 25/2012, de 16 de Julho: “As diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, são o documento unilateral e livremente revogável a qualquer momento pelo próprio, no qual uma pessoa maior de idade e capaz, que não se encontre interdita ou inabilitada por anomalia psíquica, manifesta antecipadamente a sua vontade consciente, livre e esclarecida, no que concerne aos cuidados de saúde que deseja receber, ou não deseja receber, no caso de, por qualquer razão, se encontrar incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente” (LEI n.º 25/2012, de 16 de julho – **Diário da República** [Em linha]. Série I de 2012-07-16 [Consult. 27 Out. 2021]. Disponível em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/179517/details/normal?q=Lei+n.%C2%BA%2025/2012+de+16+de+julho>).

³⁸³ Conforme disposto no artigo 8º, 1, da Lei 25/2015, de 16 de julho.

pela prestação de cuidados de saúde³⁸⁴, poderá abarcar diretivas concernentes a não ser submetido a tratamento de suporte vital artificial, a não ser submetido a tratamento fútil, inútil ou desproporcional ao seu quadro clínico, a receber cuidados paliativos adequados, a não ser submetido a tratamentos que se encontram em fase experimental ou, ainda, autorizar ou recusar participação em programas de investigação científica ou ensaios clínicos³⁸⁵.

Mas a crítica mais relevante que se faz a esse instituto talvez seja aquela que diz respeito à distância temporal que poderá existir entre a previsão materializada no documento e a situação fática que venha a demandar a concreta análise do seu cumprimento; essa crítica, portanto, liga-se à *contemporaneidade* do consentimento da vontade, já que “quando se trabalha com as questões do ‘ser’, a actualidade é peça essencialíssima para se aferir da validade da vontade. E por quê? Porque, em termos conceptuais, o testamento biológico – tal como o testamento sucessório – é uma declaração antecipada de vontade”³⁸⁶. As respetivas opiniões, contudo, não encontram unanimidade.

Abordando a questão, entende Paulo Pinto de Albuquerque que o “consentimento dado neste documento é e mantém-se atual, desde que o seu autor não tenha posteriormente manifestado, por qualquer meio, a sua vontade de o alterar ou revogar”³⁸⁷.

Por outro lado, não se pode negar que a mudança de pensamentos e de posicionamentos é ínsita ao ser humano, ao seu normal desenvolvimento e presumível amadurecimento. A eventual modificação de uma vontade nada mais exprimiria do que um comportamento natural e plenamente aceitável, de modo que, o que hoje se pensa ser o melhor caminho, amanhã poderá contradizer nossos anseios. E a situação extrema e terminal que precede a morte poderá se avizinhar sem dar maiores sinais ou conceder intervalo temporal que dê azo à tempestiva modificação da anterior diretiva de vontade feita antecipadamente³⁸⁸. Ademais, haveria “dificuldades de imaginar aquilo por que passaremos, quais serão nossas reações. A autonomia implica a possibilidade de adaptar-se, a capacidade de mudar de ponto de vista segundo a

³⁸⁴ Conforme disposto no artigo 8º, 4, da Lei 25/2015, de 16 de julho.

³⁸⁵ Conforme disposto no artigo 2º, 2, letras ‘a’, ‘b’, ‘c’, ‘d’ e ‘e’, da Lei 25/2015, de 16 de julho.

³⁸⁶ GODINHO, Inês Fernandes – **Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de comparticipação em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, 408p. ISBN 978-972-32-2308-8, p. 126.

³⁸⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto – **Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia de Direitos do Homem**, 3 ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, 1662p. ISBN 978-972-54-0489-8, p. 268.

³⁸⁸ Conforme já havíamos anotado no trabalho desenvolvido na unidade curricular de Direito Constitucional Avançado, do Programa de Mestrado em Direito, Especialidade em Ciências Jurídicas, com o título *Eutanásia, Direito à Vida e Dignidade da Pessoa Humana*, sob a supervisão do Professor Doutor Pedro Trovão do Rosário, em 2018, muito embora não tenha sido referido trabalho objeto de nenhuma espécie de publicação.

evolução da situação, a liberdade de modificar a própria opinião. Dar instruções pode envolver raciocínios hipotéticos apartados da vivência efetiva e cristalizar situações mutáveis”³⁸⁹.

Poder-se-ia argumentar que isso – posterior mudança de posicionamento – também poderá ocorrer em testamentos sucessórios ou hereditários. Ocorre que, diferentemente, o que se encontra em jogo nesta disposição de vontade são bens materiais, enquanto o testamento biológico versa sobre a própria vida humana, discrepância que, dentro de um critério de valoração e de ponderação, dispensaria até mesmo maiores dilações argumentativas³⁹⁰.

Inês Fernandes Godinho trabalha interessante exemplo hipotético sobre o tema, em certa medida capaz de contextualizar os problemas quanto à falta de atualidade, enquanto requisito de validade, da declaração antecipada de vontade. Pondera sobre o caso do testamento vital firmado por uma Testemunha de Jeová, em que esta recusa receber qualquer tratamento futuro que implique transfusão de sangue, vindo, posteriormente, já enfermo, a se converter ao cristianismo, mas ficando, após sua internação hospitalar, inconsciente e incapaz de se expressar, casos em que, mesmo no silêncio da legislação, seria possível questionar se haveria uma revogação tácita pela mudança de concepção religiosa ou, ainda, se prevaleceria a segurança jurídica contida no documento ou a salvaguarda da vida³⁹¹.

Não se pode olvidar que esse caso hipoteticamente lançado não traz uma situação em que restaria comprovado que o outorgante não mais desejaria manter a anterior disposição materializada em seu testamento vital, tal como exige a legislação. O que ocorreu, no exemplo, foi uma mudança de opção religiosa, situação a partir da qual seria possível apenas presumir que agora o paciente aceitaria a necessária transfusão de sangue, porquanto não foi efetivamente colhida, por quem quer que seja, nenhuma manifestação do enfermo nesse sentido³⁹².

Jorge de Figueiredo Dias, a propósito, refere que o testamento vital ou biológico possui uma força meramente indiciária que, portanto, pode “ser invalidada pelo conhecimento de circunstâncias posteriores que ao seu conteúdo se opõem, máxime, a de se saber que era já

³⁸⁹ HINTERMEYER, Pascal – **Eutanásia, a dignidade em questão**. Tradução de Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 2006, 134p. ISBN 85-15-03241-4, p. 60.

³⁹⁰ Conforme já havíamos anotado no trabalho desenvolvido na unidade curricular de Direito Constitucional Avançado, do Programa de Mestrado em Direito, Especialidade em Ciências Jurídicas, com o título *Eutanásia, Direito à Vida e Dignidade da Pessoa Humana*, sob a supervisão do Professor Doutor Pedro Trovão do Rosário, em 2018, muito embora não tenha sido referido trabalho objeto de nenhuma espécie de publicação.

³⁹¹ GODINHO, Inês Fernandes – **Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, 408p. ISBN 978-972-32-2308-8, p. 131-2.

³⁹² Conforme já havíamos anotado no trabalho desenvolvido na unidade curricular de Direito Constitucional Avançado, do Programa de Mestrado em Direito, Especialidade em Ciências Jurídicas, com o título *Eutanásia, Direito à Vida e Dignidade da Pessoa Humana*, sob a supervisão do Professor Doutor Pedro Trovão do Rosário, em 2018, muito embora não tenha sido referido trabalho objeto de nenhuma espécie de publicação.

disposição do paciente revogá-lo, destruí-lo ou transformá-lo”³⁹³. Mas nada impediria que, a despeito da mudança de devoção religiosa, algumas convicções permanecessem intactas na mente do paciente, talvez não mais por crença divina, mas apenas por entendimento pessoal. E nesse caso as indagações supramencionadas permaneceriam pertinentes à solução do conflito, às quais ainda seria possível acrescentar: nesse contexto de incertezas, talvez o mais prudente seja mesmo a aplicação da máxima *in dubio pro vita*³⁹⁴.

Guardadas as particularidades, parece ter sido esse o entendimento adotado no caso Nancy Cruzan, nos Estados Unidos. A jovem passou a viver em estado vegetativo, totalmente inconsciente após um grave acidente automobilístico, sendo solicitada por seus pais a autorização para que se desligassem os aparelhos e se retirasse a sonda alimentar³⁹⁵. A Corte local autorizou o pedido, mas o Tribunal de Missouri revogou a ordem, de modo que a questão foi parar na Suprema Corte dos Estados Unidos que, analisando o caso, e diante da inexistência de uma manifestação formal anterior que afastasse as dúvidas quanto à real vontade da paciente, em junho de 1990³⁹⁶ e por “cinco votos contra quatro, a Corte se recusou a reverter a decisão do Missouri: negou que Cruzan tinha um direito constitucional que poderia ser exercido por seus pais nessas circunstâncias”³⁹⁷, ainda assentando que “‘se uma pessoa continua a viver, mesmo que em estado vegetativo, e mais tarde descobrem-se provas mais conclusivas de que teria preferido morrer, é ainda possível que o faça sem que isso implique uma grande perda’. Mas, se for permitida a morte da pessoa e, mais tarde, descobre-se ‘que ela teria, de fato, preferido continuar viva’, será uma tragédia, pois o erro não poderá ser corrigido”³⁹⁸.

³⁹³ DIAS, Jorge de Figueiredo – **Direito penal: parte geral**, Tomo I, 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, 1062p. ISBN 978-972-32-2108-4, p. 488.

³⁹⁴ Conforme já havíamos anotado no trabalho desenvolvido na unidade curricular de Direito Constitucional Avançado, do Programa de Mestrado em Direito, Especialidade em Ciências Jurídicas, com o título *Eutanásia, Direito à Vida e Dignidade da Pessoa Humana*, sob a supervisão do Professor Doutor Pedro Trovão do Rosário, em 2018, muito embora não tenha sido referido trabalho objeto de nenhuma espécie de publicação.

³⁹⁵ Conforme já havíamos anotado no trabalho desenvolvido na unidade curricular de Direito Constitucional Avançado, do Programa de Mestrado em Direito, Especialidade em Ciências Jurídicas, com o título *Eutanásia, Direito à Vida e Dignidade da Pessoa Humana*, sob a supervisão do Professor Doutor Pedro Trovão do Rosário, em 2018, muito embora não tenha sido referido trabalho objeto de nenhuma espécie de publicação.

³⁹⁶ Em agosto daquele mesmo ano, os pais da jovem voltaram a postular o direito de desligar os aparelhos que davam sobrevida à filha ao mesmo tribunal inferior que já havia decidido a seu favor, agora apresentando como novas provas três outras amigas de Cruzan que haviam se disposto a testemunhar, quando, então, embora “essas provas tivessem exatamente o mesmo caráter daquela que o supremo tribunal do Missouri antes considerara insuficientemente ‘clara e convincente’, o procurador-geral do estado decidiu dessa vez não contestar a ação dos pais da moça. No dia 14 de dezembro, o tribunal deferiu o pedido. Dentro de poucos dias, cessaram a alimentação e a hidratação e Cruzan começou a receber remédios contra a dor. Morreu no dia 26 de dezembro.” (DWORKIN, Ronald – **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, 572p. ISBN 85-336-2257-0, p. 213-4).

³⁹⁷ DWORKIN, Ronald – **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, 572p. ISBN 85-336-2257-0, p. 210.

³⁹⁸ DIAS, Roberto – **O direito fundamental à morte digna: uma visão constitucional da eutanásia**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, 239p. ISBN 978-85-7700-548-2, p. 165.

O terceiro ponto que se avizinha como polêmico se refere à própria vontade da pessoa que solicita sua morte. É que, estando gravemente enferma e irreversivelmente em estado terminal, sofrendo física e psicologicamente com dores intensas e insuportáveis a ponto de não mais se considerar digna de viver, ter-se-ia que a própria vontade ou o consentimento desse paciente, afirmam alguns, estaria irremediavelmente comprometida, sem maior validade, até mesmo porque o doente trabalha cognitivamente, e assim articula suas opções, a partir das informações que lhe são repassadas por médicos, enfermeiros e parentes, não se podendo olvidar, especialmente, do seu já precário estado de saúde física e mental, desgastado pela doença, pelo período de internação e pela própria agonia diante da proximidade do fim da vida; muito embora reclamando de dores e asseverando que estas lhe trariam um sofrimento extremo e incompatível com sua dignidade, a sua vontade estaria, em certo grau e medida, viciada³⁹⁹.

Fala-se, nessa linha, que “o doente tem apenas uma vontade relativa, porquanto, depois de longa doença debilitante, a qualidade do juízo que emanou não deve merecer uma confiança absoluta”⁴⁰⁰. Da mesma forma, pondera-se que o “pedido do enfermo, para que lhe demos a morte, para que o aliviemos, para que o poupemos dos seus males, nenhum valor possui. É uma solicitação nula, porque parte de um cérebro desorganizado pelo sofrimento. O desejo de morrer dos moribundos e incuráveis é mais formalístico do que real. Basta uma noite mais tranquila, um alívio transitório, para que a vontade de morrer desapareça”⁴⁰¹.

A vontade do paciente, portanto, não seria apta a justificar o encerramento da sua vida, seja porque partiria de alguém sem a integral⁴⁰² e necessária capacidade de organizar, pensar e exprimir o seu verdadeiro querer, seja porque trabalharia com a hipótese de prognósticos péssimos e irreversíveis, na suposição, por vezes equivocada, de que suas dores não mais poderiam ser remediadas ou, ao menos, minoradas a ponto de afastar o sofrimento atroz que tornaria sua vivência indigna de continuidade.

³⁹⁹ Conforme já havíamos anotado no trabalho desenvolvido na unidade curricular de Direito Constitucional Avançado, do Programa de Mestrado em Direito, Especialidade em Ciências Jurídicas, com o título *Eutanásia, Direito à Vida e Dignidade da Pessoa Humana*, sob a supervisão do Professor Doutor Pedro Trovão do Rosário, em 2018, muito embora não tenha sido referido trabalho objeto de nenhuma espécie de publicação.

⁴⁰⁰ JANUÁRIO, Rui; FIGUEIRA, André. **O crime de homicídio a pedido: eutanásia, direito a morrer ou dever de viver**. Lisboa: Quid Juris, 2009, 334p. ISBN 978-972-724-458-4, p. 86.

⁴⁰¹ GOMES, Hélio – **Medicina legal**, 20ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 669.

⁴⁰² “Mesmo que o consentimento do paciente estivesse vinculado à liceidade do ato eutanásico, ainda assim não estariam afastadas as dúvidas. Dificilmente alguém em estado gravíssimo e de iminência de morte poderia autodeterminar-se racionalmente para autorizar sua morte. Se apenas fosse exigido o consentimento dos familiares, neste caso as dúvidas ainda seriam maiores quando tantos interesses inconfessáveis poderiam fluir contra o pobre moribundo. E, se não existe o consentimento, com relação às chamadas eutanásias involuntárias, então, nesses casos, o fato é ainda mais grave porque os princípios morais que tentam justificar a eutanásia tornariam ainda mais precária a sua validade.” (FRANÇA, Genival Veloso de – **Medicina legal**, 9 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2013, 694p. ISBN 978-85-277-1693-2, p. 425).

Especificamente quanto à influência que o profundo sofrimento pode causar à capacidade de volição, Mafalda Barbosa obtempera que, a ser efetivamente regulamentada a eutanásia, o próprio ordenamento legal acabaria por se enredar, na medida em que o Código Civil⁴⁰³ considera nulas eventuais disposições de última vontade feitas pelo enfermo em favor do médico ou enfermeiro responsáveis pelo seu tratamento ou, ainda, do sacerdote que tenha lhe prestado assistência espiritual nos últimos momentos da vida, disso concluindo que, ao mesmo tempo em que legislação vigente entende ser essa uma situação de indisponibilidade relativa da capacidade testamentária, justamente porque a pessoa gravemente doente não teria o completo domínio da sua vontade, contraditoriamente passaria a considerar que, diante da mesma situação, o indivíduo agora teria pleno e total “domínio da vontade para prescindir da sua vida, nem sequer equacionando a hipótese de também aí o sujeito poder ser condicionado e negativamente influenciado. No fundo, após a legalização da eutanásia, ver-nos-íamos mergulhados num sistema que protegeria mais fortemente a dimensão patrimonial do que a dimensão pessoal do ser”⁴⁰⁴.

E é preciso salientar, nesse ponto, que uma renúncia a direitos fundamentais somente pode ser considerada verdadeiramente voluntária se o titular do direito fundamental em causa possuir alternativas à sua escolha. Nesse sentido, Jorge Reis Novais⁴⁰⁵ lembra que, para Gerd Sturm, uma “renúncia só é voluntária, e como tal, constitucionalmente relevante, quando o cidadão dispõe de alternativas reais de comportamento, pois só então a sua auto-vinculação pode significar uma emanção de autonomia individual; só aí o cidadão não necessita de protecção contra a ingerência estatal”⁴⁰⁶. Igualmente com apoio em Sturm e também em Albert Bleckmann, assevera Pedro Adamy que somente será livre e voluntária a declaração de vontade

⁴⁰³ Assim dispõe o artigo 2194º do Código Civil: “É nula a disposição a favor do médico ou enfermeiro que tratar do testador, ou do sacerdote que lhe prestar assistência espiritual, se o testamento for feito durante a doença e o seu autor vier a falecer dela.” (CÓDIGO Civil – **Decreto-lei n.º 47344** [Em linha]. Diário da República, Série I, N.º 274 (25-11-1966) [Consult. 28 Out. 2021]. Disponível em <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/147103599/202110281825/73908123/diploma/indice>).

⁴⁰⁴ BARBOSA, Mafalda Miranda – **Eutanásia: porque não?** [Em linha]. Comissão Diocesana da Cultura – Aveiro, 04 de fevereiro de 2020. [Consult. 28 Out. 2021]. Disponível em <http://diocese-aveiro.pt/cultura/mafalda-miranda-barbosa-eutanasia-porque-nao/>.

⁴⁰⁵ O mesmo autor, no entanto, faz a seguinte observação: À partida, não pode deixar de se concordar com esta posição. No entanto, pensamos que ela resolve menos que aquilo que promete. (...) Os problemas de difícil resolução surgem antes, aqui, em uma zona de fronteira, em que pode ser muito difícil discernir entre o consentimento voluntário e o consentimento condicionado ou forçado pelas circunstâncias de desigualdade material ou de dependência em que o cidadão, em geral, se encontra relativamente à entidade pública. É que há sempre algo de não espontaneamente querido na decisão de renúncia.” (NOVAIS, Jorge Reis – Renúncia a direitos fundamentais. In **Perspectivas Constitucionais nos 20 Anos da Constituição de 1976**. Vol. I – Coord. MIRANDA, Jorge. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 263-335. ISBN 972-32-0752-4. p. 305).

⁴⁰⁶ NOVAIS, Jorge Reis – Renúncia a direitos fundamentais. In **Perspectivas Constitucionais nos 20 Anos da Constituição de 1976**. Vol. I – Coord. MIRANDA, Jorge. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 263-335. ISBN 972-32-0752-4. p. 304.

renunciatória a um direito fundamental quando o titular possuir alternativas reais, pois “caso contrário sua manifestação estará vinculada a outras necessidades ou condicionamentos, não sendo integralmente a representação de sua autonomia”⁴⁰⁷.

E isso acaba por trazer à reflexão questionamento pertinente à própria existência ou não de uma vontade livre, por ausência de alternativas. A pessoa que está gravemente doente ou incapacitada, especialmente quando nessa situação se considera a pessoa já em idade avançada⁴⁰⁸ – inegavelmente, a grande parte dos casos terminais –, e cujo quadro clínico que lhe é diariamente repassado a deixa totalmente desenganada, sem qualquer esperança de salvação, é automaticamente levada a pensar constantemente na morte, na sua morte como única alternativa; conseqüentemente, tornando-se uma ideia fixa, pode terminar por lhe anular ou absorver totalmente, fazendo lembrar de uma célebre citação: “Quando teu olhar se fixa por muito tempo no fundo de um abismo, o próprio abismo penetra em ti”⁴⁰⁹.

E diante desse panorama único, limitado e sem alternativas, muitos poderiam concordar em solicitar à própria extinção – na visão de muitos⁴¹⁰, um pedido “*contra natura*”⁴¹¹, ou seja, que andaria na contramão da própria lógica do instinto humano –, haja vista que “Quando se perde a bússola, logo se navega à deriva, não se sabe a que se agarrar nos temas-chave da vida, o que leva a uma aceitação e canonização de tudo”⁴¹².

De lado outro, afirma-se também que os próprios critérios de incurabilidade de uma enfermidade ou de irreversibilidade de uma invalidez incapacitante poderiam viciar a vontade do paciente. Isso porque, como ocorre em toda e qualquer atividade humana, os diagnósticos poderiam refletir erros de avaliação ligados às próprias incertezas do tratamento quanto à reação

⁴⁰⁷ ADAMY, Pedro Augustin – **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011, 224 p. ISBN 978-85-392-0053-5, p. 67.

⁴⁰⁸ “A psicologia da velhice denuncia ideias obsessivas absorventes. Todo velho crê que os jovens o desprezam e desejam sua morte para suplantá-lo. (...) a ciência e a experiência podem crescer ao longo da vida, mas a vivacidade, a prontidão, a firmeza, e outras louváveis qualidades diminuem e tornam-se lânguidas com a superveniência da velhice” (INGENIEROS, José – **O homem medíocre**. Tradução: Lycurgo de Castro Santos. São Paulo: Ícone Editora, 2012, 248p. ISBN 978-85-274-0862-2, p. 175-6).

⁴⁰⁹ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Além do bem e do mal**. Tradução: Antonio Carlos Braga. São Paulo: Editora Escala, 2013, 272p. ISBN 789-77-634-61977-0, p. 107.

⁴¹⁰ Mas não de todos. Por exemplo, defende Gisela Farias que o desejo de morrer seria tão natural quanto o de viver. O “desejo de vida” seria, em verdade, um desejo imposto pelos pais e pela sociedade, não sendo, portanto, uma manifestação do instinto pessoal, mas um desejo cultural, que surge por meio da linguagem imposta, assim afirmando a autora: “*El ‘deseo de vida’, el deseo de vivir, es un deseo que los otros – padres o sociedad – arrojan sobre nosotros; si los abandonamos, ellos se mueren (...). El deseo de vivir, por lo tanto, no es manifestación del instinto de vida sino que es un deseo cuya estrutura es efecto del deseo del Otro. Um deseo que surge, específicamente, como efecto del lenguaje; um deseo que es ‘de estar vivo para el Otro’*” (FARIAS, Gisela – **Muerte voluntaria**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007, 197p. ISBN 978-950-508-751-8, p. 53-4).

⁴¹¹ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – **Constituição Portuguesa Anotada**, Vol. I, 2 ed. Lisboa: Universidade Católica, 2017, 1045p. ISBN 978-972-54-0541-3, p. 393.

⁴¹² ROJAS, Enrique – **O homem moderno**. Tradução: Wladir Dupont. São Paulo: Editora Mandarim, 1996, 153p. ISBN 85-354-0208-X, p. 17.

de cada organismo. Já os prognósticos, por traduzirem apenas uma previsão, seriam igualmente passíveis de falhas; consequentemente, o critério da incurabilidade, como fundamento para uma escolha de tamanha magnitude, seria muito frágil⁴¹³.

Seria, dessa forma, tudo incerto e variável, sendo sempre possível existir equívocos na previsão de recuperação do enfermo, uma vez que “o diagnóstico, para o qual tantos são os recursos da técnica e da ciência, não apresenta mesmo assim, um estágio de rigorosa exatidão. Somem-se a isso as disponibilidades terapêuticas e diagnósticas de cada lugar e a capacidade técnica e intelectual de cada médico. Dessa forma, a incurabilidade ainda se coloca de forma duvidosa, pois há enfermidades que numa época eram incuráveis e logo imediatamente não foram mais”⁴¹⁴. Com base nessa falibilidade, advogam alguns a firme proposta de sempre se tentar, enquanto viável e possível, o prolongamento da vida em busca de um novo medicamento ou tratamento, já que é inegável o avançar extremamente rápido e constante da medicina e da indústria farmacêutica, devendo sempre, dentro de um panorama geral de incertezas, prevalecer a máxima *in favor vita*⁴¹⁵.

O quarto e último ponto a ser questionado diz respeito ao próprio requisito, em si mesmo, da declaração de vontade do titular do direito. Mesmo considerando que ao pedido ou consentimento não se faça presente nenhum vício do consentimento e que a declaração ou manifestação de vontade seja clara e inequívoca, a liberdade individual que fundamenta o direito de autodeterminação e desenvolvimento da personalidade poderia a tudo justificar⁴¹⁶,

⁴¹³ “Adoce, de um feita, a vários quilômetros de Paris, formosa criancinha. Seu pai, médico, desvela-se em cuidados. Era, porém, temerosa a moléstia: difteria. Ascendiam os óbitos, naquela época, da terrível doença à cifra espantosa de 99%. Valeu-se de tudo que possível o pai para salvar a filha. Vieram os fenômenos asfíxicos. A cianose da face era, então, o sinal precursor da morte! Consultara, em desespero de causa, os colegas de Paris. Nenhuma resposta. Doía-lhe ao infinito, o espetáculo da ansiedade sem cura da pobrezinha. Pensa, nesse instante, em abreviar o desfecho. Uma injeção de ópio muito forte que aliviasse tudo, tudo... Pensou e fez! Não faltou o tóxico. Veio, cedo, a serenidade definitiva... Depois, o enterro, a volta do cemitério, o pranto, a saudade imensa e a sensação de um cruel dever bem cumprido... é quando, de súbito, lhe anunciaram um telegrama que dizia assim: ‘Roux acaba de descobrir o soro antidiftérico, aplicando-o com êxito. Aguarde remessa...’” (FLÁVERO, Flaminio – **Medicina legal: introdução ao estudo da medicina legal, identidade, traumatologia**, 12 ed. Belo Horizonte: Villa Rica, 1991, 1150p, p. 1000).

⁴¹⁴ FRANÇA, Genival Veloso de – **Medicina legal**, 9ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2013, 694. ISBN 978-85-277-1693-2, p. 420.

⁴¹⁵ Conforme já havíamos anotado no trabalho desenvolvido na unidade curricular de Direito Constitucional Avançado, do Programa de Mestrado em Direito, Especialidade em Ciências Jurídicas, com o título *Eutanásia, Direito à Vida e Dignidade da Pessoa Humana*, sob a supervisão do Professor Doutor Pedro Trovão do Rosário, em 2018, muito embora não tenha sido referido trabalho objeto de nenhuma espécie de publicação.

⁴¹⁶ Conforme Alexy, na generalidade, quem denomina algo como ‘livre’ não faz apenas uma descrição, mas expressa uma valoração positiva e suscita, no ouvinte, um estímulo para compartilhar desse valor superior. E essa conotação emotiva pode ser associada a significados descritivos cambiantes, de modo que, conforme assevera o autor, quem “quer induzir alguém a uma determinada ação pode tentar fazê-lo dizendo que liberdade é realizar essa ação. Essa deve ser uma das razões para a perenidade da polêmica acerca do conceito de liberdade e a popularidade de sua utilização” (ALEXY, Robert – **Teoria dos direitos fundamentais**, 5 ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, 669 p. ISBN 978-85-7420-872-5, p. 218).

inclusive a autorização à própria morte? Certamente, diriam os adeptos da morte medicamente assistida, pois o que jamais encontraria justificação seria um paternalismo jurídico que a tudo pretende controlar por meio de ingerências não autorizadas na esfera individual das pessoas. Pelo lado reverso, seria possível afirmar que “o dever de proteção imposto – e aqui estamos a nos referir especialmente ao poder público – inclui até mesmo a proteção da pessoa contra si mesma, de tal sorte que o Estado se encontra autorizado e obrigado a intervir em face de atos de pessoas que, mesmo voluntariamente, atentem contra sua própria dignidade, o que decorre justamente do já referido cunho irrenunciável da dignidade pessoal” ⁴¹⁷.

A dignidade seria o correlato normativo do ‘paradoxo da autonomia e da vulnerabilidade’, porquanto exigiria o necessário “respeito pela autonomia, mas também preocupação em face da vulnerabilidade (...) A dignidade é dignidade de todos e de cada um, enquanto ser em relação com os demais, mas é, muito em especial, dignidade daqueles cuja dignidade mais facilmente poderá ser posta em causa (...) ou seja, de todas aquelas pessoas que são, por força da sua menor autonomia factual, mais vulneráveis” ⁴¹⁸⁻⁴¹⁹.

4.1.3.3. Benefício legítimo

Deve sempre existir uma vantagem para a pessoa renunciante, sob pena de se considerar inválido e inadmissível o ato renunciatório. Não obstante, por vezes será muito difícil estabelecer – com exceção daqueles casos em que há uma evidente falta de voluntariedade da declaração – o quanto legítimo ou proporcional será a vantagem a ser obtida, afora o fato de que, invariavelmente, essa avaliação poderá traduzir uma indevida invasão na esfera privada da autonomia da vontade do indivíduo. Por vezes, então, será melhor admitir a existência dessa vantagem sempre que não se mostrar evidente um prejuízo inaceitável e injustificável.

Na renúncia ao direito à vida em sua fase terminal, em que o paciente solicita ou consente que o médico ponha fim à sua existência, o único benefício seria, sob o polémico argumento de restaurar a dignidade – polémico porque, com a morte deixaria de existir vida e, portanto, também a dignidade em sua dimensão de liberdade e autodeterminação –, acabar com

⁴¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang – **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, 199p. ISBN 978-85-7348-957-6, p. 92.

⁴¹⁸ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – **Constituição Portuguesa Anotada**, Vol. I, 2 ed. Lisboa: Universidade Católica, 2017, 1045p. ISBN 978-972-54-0541-3, p. 65-6.

⁴¹⁹ José de Faria Costa, mesmo indicando os pontos que entende como eixos axiais à definição e aceitação de uma eutanásia activa, também refere que “o acto da eutanásia em caso algum pode ser praticado em menor, mesmo que emancipado, nem em doente mental, mesmo que tenha expresso essa vontade em momento lúcido” (COSTA, José de Faria – **Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, 239p. ISBN 972-32-1331-1, p. 149).

as dores e o sofrimento que àquele acometem. A aprovação da eutanásia à vista desse pressuposto ou requisito seria, nesse sentido, um tanto inconclusiva. Explica-se.

Se analisada a questão sob o exclusivo ponto de vista daquele que solicita ou consente com o ato, ou seja, sob o aspeto da *obtenção de uma vantagem pessoal*, a sua própria morte, dentro do seu individual e particular entendimento sobre o problema, até poderia ser considerada legítima – porventura fundada numa reflexão baseada na razão – e inclusive proporcionalmente aceitável – nisso considerando, p. ex., o tempo de vida já vivida e a expectativa de sobrevivência –, ainda mais se considerado que “em uma sociedade em que a pergunta sobre o sentido da vida arroga uma resposta geral tão escassa como a que lhe dá à pergunta sobre o sentido da desgraça, o limite do que tem de servir como ameaça de uma desgraça para que um desejo de morrer possa ser evidenciado como razoável se colocará a um nível cada vez mais baixo” ⁴²⁰.

Em verdade, eventual discussão quanto à real compreensão ou extensão desse pressuposto talvez até perdesse o sentido se adotado o modelo de hermenêutica adequada a uma sociedade pluralista ou, como a chama, sociedade aberta, em que Peter Häberle propõe que todos – poder público, grupos sociais e até mesmo o próprio cidadão – sejam considerados legítimos participantes do processo de interpretação constitucional. Na visão desse autor, o cidadão, ou seja, o próprio titular do direito fundamental possuiria papel de destaque, haja vista que todo “aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição” ⁴²¹. Sob esse estrito contexto hermenêutico, a conclusão pela existência de um benefício considerado legítimo e proporcional somente caberia ao próprio titular do direito fundamental então renunciado.

Contudo, se analisado esse pressuposto, numa dimensão mais objetiva, sob o aspeto da *existência de um prejuízo* evidente, a morte de um doente terminal pode já não mais ser assim compreendida, mas sim como algo injustificável, ou seja, nem legítimo nem proporcional.

Mesmo que superada a questão de que o paciente terminal, quando colocado nessa situação, sequer saberia exatamente o que postular ou consentir, ou seja, sequer tendo condições

⁴²⁰ JAKOBS, Günther – **Suicídio, eutanásia e direito penal**. Tradução: Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003. 48p (Coleção Estudos de Direito Penal, Vol. 10). ISBN 85-204-1922-4, p. 46.

⁴²¹ HÄBERLE, Peter – **Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, 56p. ISBN 85-88278-55-3, p. 15.

psicológicas de bem avaliar a situação e concluir o que, de fato, ser-lhe-ia efetivamente vantajoso, a questão é que o possível benefício que poderia acarretar ao interesse *individual* – como visto, polémico – de alguns pacientes (critério qualitativo), seria questionável frente ao malefício que poderia trazer eventual autorização legislativa que acarretasse o afrouxamento das regras e a generalização dos casos (critério quantitativo) de eutanásia. Essa a razão pela qual a sua legalização não se mostraria viável sob outro enfoque constitucional: de certa forma, violaria os princípios da segurança jurídica e, muito particularmente, da proteção da confiança.

Embora não consagrados de forma expressa, tais princípios, conforme ensina Jorge Reis Novais, podem ser deduzidos ou extraídos do artigo 2º da Constituição da República Portuguesa e são “imprescindíveis a uma estruturação da vida social em paz jurídica e, na perspectiva dos particulares, tais princípios são condições da previsibilidade da actuação estatal enquanto pressuposto de autonomia individual na conformação de planos de vida próprios”⁴²². Trata-se de um elemento essencial à segurança da ordem jurídica no contexto da estruturação do relacionamento entre o Estado e os particulares que, nesse sentido, podem e devem planejar suas vidas num ambiente de previsibilidade, destacando Jorge Bacelar Gouveia, justamente, que o “princípio da protecção da confiança pretende instituir um clima de estabilidade entre o poder público e os cidadãos destinatários dos respectivos atos”⁴²³.

Nessa perspetiva, um dos argumentos utilizados pelos defensores da eutanásia é o de que sua prática sempre existiu e continua existindo de forma velada, oculta, de modo que, justamente pela necessidade de retirá-la da clandestinidade e lhe dar maior transparência e segurança com uma normatização rígida, é que a sua legalização se faria urgente

Então, como contra-argumento, tem-se a alegação de que, além de abalar as estruturas da relação médico-paciente, dar-se-ia o pontapé inicial para desnaturar por completo a ciência médica⁴²⁴ ao contrariar o mandamento hipocrático fundamental de não dar remédio mortal ou conselho que induza à morte⁴²⁵. O resultado seria que a legalização tornaria a eutanásia uma

⁴²² NOVAIS, Jorge Reis – **Princípios estruturantes do estado de direito**. Coimbra: Almedina, 2019, 289p. ISBN 978-972-40-7764-2, p. 149.

⁴²³ GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Manual de direito constitucional**, Vol. 2, 4 ed. Coimbra: Almedina, 2011, 1571p. ISBN 978-972-40-4681-5, p. 825.

⁴²⁴ “O médico tem o dever de respeitar, sempre, o carácter sagrado da vida, e a elevada dignidade da pessoa humana. Proceder de outro modo seria trair o sentido da profissão a que um dia votou a existência, e a sua nobre missão codificadora, desde há muito, numa célere frase, que determina “Curar algumas vezes, aliviar frequentemente, consolar sempre”” (JANUÁRIO, Rui; FIGUEIRA, André – **O crime de homicídio a pedido: eutanásia, direito a morrer ou dever de viver**. Lisboa: Quid Juris, 2009, 334p. ISBN 978-972-724-458-4, p. 89).

⁴²⁵ Em defesa da corrente favorável à eutanásia: “Sobre o Juramento de Hipócrates talvez se deva começar por dizer que nem sequer hoje se tem a certeza absoluta de que tenha tido Hipócrates (469-399 AC, aproximadamente) por seu autor, de quem aliás pouco se sabe. Por outro lado, deve ser referido o facto de que o chamado ‘corpo hipocrático’ – conjunto de textos atribuídos a autores que seguiram Hipócrates – não só tem contradições entre si quanto às práticas médicas autorizadas, como nunca proíbe, por exemplo a ajuda que um

verdadeira rotina e dispensaria, como consequência imediata, os esforços necessários à própria melhoria e evolução da qualidade da medicina. Tornando-se uma rotina, os casos de eutanásia aumentariam assustadoramente sem o menor controlo, sequer se logrando, contraditoriamente, eliminar a dita clandestinidade, que apenas se transmudaria, passando a abarcar a prática de mortes por piedade exclusivamente médica, sem qualquer espécie de consentimento do paciente ou de seus parentes. A legalização afastaria o medo da punição. Se, mesmo sendo proibida, é disfarçadamente praticada, com a legalização seria transgredida em seus requisitos legais⁴²⁶.

David Cundiff relata que a expressão ‘ladeira escorregadia’ teria sido formulada ainda em 1958 para defender a tese de que a legalização da eutanásia poderia sofrer abusos e acarretar danosas consequências a longo prazo, resultando em mortes sem qualquer consentimento ou por motivos diversos da misericórdia⁴²⁷: ao lado “dos casos justificáveis de doentes terminais que solicitam e recebem uma morte misericordiosa rápida, haverá inevitavelmente casos em que a eutanásia estará de todo errada. Na verdade, a eutanásia poderá ser vista como o primeiro passo na adoção de políticas do estilo nazi de matar os velhos, os fracos e os socialmente desfavorecidos. Como esta via é escorregadia e íngreme, devemos rejeitá-la globalmente”⁴²⁸.

médico pudesse dar na morte voluntária, algo que, aparentemente, estaria proibido pelo Juramento. (...) O que Paul Carrick pensa é que o Juramento é um código médico esotérico e ético com influências filosóficas pitagóricas, embora não exclusivas, pois reflectiria também a influência de ‘cultos religiosos gregos, leis sobre o homicídio e ética popular’ (*ibid.*: 88). Saliente-se que, segundo os pitagóricos, a obediência a Deus era o maior dever moral, devendo a existência servir para os humanos expiarem as suas faltas. Por isso, não deveriam cometer suicídio, fosse em que circunstância fosse, pois isso equivaleria a usurpar as prerrogativas divinas. Por outro lado, deveriam deixar descendentes para que a divindade continuasse a ser louvada, o que também os levaria a proibir o aborto. (...) Quanto à prescrição que impede o médico de fornecer um medicamento/droga que possibilite matar alguém, Carrick considera que ela podia ter em vista reforçar a proibição de um médico dar uma droga para provocar um assassinato por envenenamento (...) nesta prescrição do Juramento podia estar também presente o velho tabu do suicida e da contaminação que provocaria entre os vivos que contactassem com o seu corpo, podendo a pureza e santidade de vida referida neste ponto do Juramento referir-se precisamente a esse caso. (...) O médico que fazia o Juramento de Hipócrates pertencia assim a um pequeno grupo reformista dentro dos séculos V e IV, de cuja existência a maior parte dos colegas nem sequer faria ideia. De um modo muito claro, Carrick escreve que ‘o médico grego típico provavelmente não jurava de modo a manter o famoso Juramento. Pode mesmo nunca ter ouvido falar nele’ (*ibid.*: 67). Aliás, o mesmo aconteceria com o médico romano. Sendo assim, como é que o Juramento passa a ter tanta importância? Precisamente a partir do momento em que os valores cristãos se tornam dominantes nos últimos 150 anos do Império Romano. Por quê? Porque era o código médico que mais se adequava ao cristianismo, sobretudo no que toca ao aborto (condenado oficialmente pela Igreja em 305) e ao suicídio, mesmo ‘racional’, e porque o cristianismo acabou por se converter em religião oficial do(s) Estado(s)” (SANTOS, Laura Ferreira dos – **A morte assistida e outras questões de fim-de-vida**. Coimbra: Almedina, 2015, 312p. ISBN 978-972-40-6106-1, p. 114-8).

⁴²⁶ Conforme já havíamos anotado no trabalho desenvolvido na unidade curricular de Direito Constitucional Avançado, do Programa de Mestrado em Direito, Especialidade em Ciências Jurídicas, com o título *Eutanásia, Direito à Vida e Dignidade da Pessoa Humana*, sob a supervisão do Professor Doutor Pedro Trovão do Rosário, em 2018, muito embora não tenha sido referido trabalho objeto de nenhuma espécie de publicação.

⁴²⁷ Conforme já havíamos anotado no trabalho desenvolvido na unidade curricular de Direito Constitucional Avançado, do Programa de Mestrado em Direito, Especialidade em Ciências Jurídicas, com o título *Eutanásia, Direito à Vida e Dignidade da Pessoa Humana*, sob a supervisão do Professor Doutor Pedro Trovão do Rosário, em 2018, muito embora não tenha sido referido trabalho objeto de nenhuma espécie de publicação.

⁴²⁸ CUNDIFF, David – **A eutanásia não é a resposta**. Tradução: Jorge Pinheiro. Lisboa: Instituto Piaget, 1992, 223p. ISBN 972-8407-50-5, p. 81-2.

Ainda nessa mesma linha, mas fazendo uso da expressão “rebentamento de dique”, Inês Fernandes Godinho explica que “a ideia que se encontra por detrás deste argumento é a de que a abertura de brechas na proteção da vida pode levar a que – tal como num dique – tais brechas levem à flexibilização desta mesma proteção (...) abrir-se-ia caminho a ‘mortes piedosas’ ou, de forma mais extremada, a práticas como aquela realizada durante o regime nazi na Alemanha, sob o tecto de aniquilação de vidas indignas”⁴²⁹.

O alerta também é feito por Pascal Hintermeyer: “As diferentes modalidades de eutanásia são separadas por fronteiras menos estanques do que parece. Nos países em que algumas delas são inconfessáveis, outras assumem amplitude. (...) A autorização de algumas de suas formas não assegura a ausência das outras. Os países que aceitam a eutanásia não escapam a seus paradoxos e não podem garantir o carácter voluntário que proclamam”⁴³⁰.

Mas os danos por arrastamento em razão da ladeira escorregadia – rebentamento de dique ou, ainda, rampa inclinada – não ficariam circunscritos ao aumento de injustificáveis casos de óbitos sob o rótulo de morte piedosa a pedido ou com o consentimento do paciente terminal. Criar-se-ia uma séria desconfiança dos pacientes em relação aos médicos e ao próprio sistema de saúde público, fragilizando o princípio da confiança⁴³¹. Os enfermos, especialmente os idosos, passariam a ter “medo dos profissionais de saúde, medo dos familiares, e medo das instituições de assistência especializadas. Para estes, numa sociedade na qual a eutanásia é delito, transmite-se a mensagem de que toda a vida tem valor, e de que o doente terminal goza da tranquilidade necessária, de que os médicos e os familiares se empenham em salvar-lhe a vida e em dar-lhe uma morte digna, e nas melhores condições”⁴³².

Não se pode perder de vista, nesse aspeto, que o princípio da proteção da confiança serve de instrumento de defesa de interesses individuais nos casos em que o particular exerce sua liberdade confiando na validade dos atos do poder público e, posteriormente, tem sua confiança frustrada por uma atuação estatal em sentido contrário ou até mesmo contraditória⁴³³,

⁴²⁹ GODINHO, Inês Fernandes – **Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, 408p. ISBN 978-972-32-2308-8, p. 345.

⁴³⁰ HINTERMEYER, Pascal – **Eutanásia, a dignidade em questão**. Tradução de Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 2006. 134p. ISBN 85-15-03241-4, p. 82.

⁴³¹ Conforme já havíamos anotado no trabalho desenvolvido na unidade curricular de Direito Constitucional Avançado, do Programa de Mestrado em Direito, Especialidade em Ciências Jurídicas, com o título *Eutanásia, Direito à Vida e Dignidade da Pessoa Humana*, sob a supervisão do Professor Doutor Pedro Trovão do Rosário, em 2018, muito embora não tenha sido referido trabalho objeto de nenhuma espécie de publicação.

⁴³² JANUÁRIO, Rui; FIGUEIRA, André – **O crime de homicídio a pedido: eutanásia, direito a morrer ou dever de viver**. Lisboa: Quid Juris, 2009, 334p. ISBN 978-972-724-458-4, p. 203.

⁴³³ “O chamado princípio da proteção da confiança serve de instrumento de defesa de interesses individuais nos casos em que o particular, não sendo protegido pelo direito adquirido ou pelo ato jurídico perfeito, em qualquer âmbito, inclusive no tributário, exerce a sua liberdade, em maior ou menor medida, confiando na validade (ou na aparência de validade) de um conhecido ato normativo geral ou individual e, posteriormente, tem a sua

o que poderá ocorrer na forma comissiva ou omissiva, p. ex., quando omite-se no seu dever de fiscalização na execução de normas. Acaso disciplinada, por lei, a possibilidade de eutanásia, certamente redobraría a necessidade de se manter uma fiscalização muito mais rígida por parte do poder público, donde eventual falha apenas incentivaria abusos, trazendo, inexoravelmente, uma inegável quebra dessa confiança a ser depositada no serviço público de saúde, a quem os enfermos, obrigatoriamente, terão de depositar suas esperanças num tratamento condigno⁴³⁴.

A própria conjugação da proteção da confiança com o princípio da proporcionalidade se encarrega de proibir a existência de uma proteção deficitária ou apenas aparente. Ao lado da proibição de excesso também caminha o princípio da vedação da proteção insuficiente. Dito de outra maneira, ao Estado cabe, de forma impositiva, adotar todos os mecanismos necessários e adequados à proteção dos direitos fundamentais, especialmente em relação à vida humana⁴³⁵, sendo válido registrar que “o controlo da insuficiência pressupõe a verificação ‘se a protecção satisfaz as exigências mínimas na sua eficiência e se os bens jurídicos e interesses contrapostos não estão sobreavaliados’”⁴³⁶. Justamente por esses motivos é que a criminalização da morte medicamente assistida, na figura da eutanásia ativa⁴³⁷, deve continuar a levar em consideração

confiança frustrada pela descontinuidade da sua vigência ou dos seus efeitos, quer por simples mudança, quer por revogação ou anulação, quer, ainda, por declaração da sua invalidade. Por isso, o princípio da proteção da confiança envolve, para a sua configuração, a existência de (a) uma base da confiança, de (b) uma confiança nessa base, do (c) exercício da referida confiança na base que a gerou e da (d) sua frustração por ato posterior e contraditório do Poder Público.” (ÁVILA, Humberto – **Teoria da segurança jurídica**, 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, 744p. ISBN 978-85-392-0255-3, p. 375).

⁴³⁴ “Olhada no plano subjetivo, a segurança jurídica reconduz-se a *proteção da confiança*, tal como a jurisprudência e a doutrina constitucionais do Estado de Direito democrático a têm interpretado. Os cidadãos têm direito à proteção da confiança, da confiança que podem pôr nos atos do poder político que contendam com as suas esferas jurídicas. E o Estado fica vinculado a um dever de *boa fé* (ou seja, de cumprimento substantivo, e não meramente formal, das normas e de lealdade e respeito pelos particulares).” (MIRANDA, Jorge – **Direitos fundamentais**, 2 ed. Coimbra: Almedina, 2017. 562p. ISBN 978-972-40-7217-3, p. 338-40).

⁴³⁵ Conforme já havíamos anotado no trabalho desenvolvido na unidade curricular de Direito Constitucional Avançado, do Programa de Mestrado em Direito, Especialidade em Ciências Jurídicas, com o título *Eutanásia, Direito à Vida e Dignidade da Pessoa Humana*, sob a supervisão do Professor Doutor Pedro Trovão do Rosário, em 2018, muito embora não tenha sido referido trabalho objeto de nenhuma espécie de publicação.

⁴³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**, 7 ed., 20ª reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2003, 1522p. ISBN 978-972-40-2106-5, p. 273.

⁴³⁷ “Jurídico-constitucionalmente, não existe o direito à eutanásia activa, concebido como o direito de exigir de um terceiro a provocação da morte para atenuar sofrimentos (‘morte doce’), pois o respeito da vida alheia não pode isentar os ‘homicidas por piedade’ (cfr., porém, as especificações do crime de ‘homicídio a pedido da vítima’ tipificado no artigo 134º do Cód. Penal). Relativamente à ortotanásia (‘eutanásia activa indirecta’) e eutanásia passiva – o direito de se opor ao prolongamento artificial da própria vida – em caso de doença incurável (‘testamento biológico’, ‘direito de viver a morte’), podem-se justificar regras especiais quanto à organização dos cuidados e acompanhamento de doenças em fase terminal (‘direito de morte com dignidade’), mas não se confere aos médicos ou pessoal de saúde qualquer direito de abstenção de cuidados em relação aos pacientes (cfr. Resolução sobre a Carta dos direitos do doente do Parlamento Europeu, de 19-01-84). A Constituição não reconhece qualquer ‘vida sem valor de vida’, nem garante decisões sobre a própria vida.” (CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa anotado**, Vol. I, 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 1152p. ISBN 978-85-203-3044-9, p. 450).

o valor da vida como um todo, nas suas mais diversas facetas, afastando-se eventuais sobreavaliações dispensadas à dignidade da pessoa humana⁴³⁸.

4.1.3.4. *Revogabilidade, temporalidade e parcialidade*

Válido, inicialmente, proceder a uma pequena recapitulação. Sendo a renúncia o resultado de um livre ato de vontade, intuitivo que também deva se sujeitar, pela consequente via reversa, à possibilidade de revogação por meio de nova manifestação decorrente da mesma vontade, a qualquer momento; daí falar-se que toda renúncia se faz acompanhar de uma reserva de revogação a todo tempo. O requisito da parcialidade refere-se à extensão da renúncia, o que resulta dizer que não poderá atingir o direito ou as posições jurídicas jusfundamentais como um todo, para que não seja o respetivo conteúdo essencial destruído. Já a temporalidade liga-se à durabilidade dos efeitos do ato renunciatório, que deve, assim, possuir prazo certo ou, ao menos, determinável por meio de condições ou termos vinculados à vontade do renunciante.

Importante observar, ainda, que embora os três conceitos não se confundam, encontram-se interligados. Temporalidade e parcialidade, por lhe fornecerem o necessário suporte, são elementos imprescindíveis à revogabilidade. Uma renúncia eventualmente feita sob o caráter *ad eternum* significaria a extinção do próprio direito. Da mesma forma, uma renúncia que acabe por englobar o direito em sua totalidade equivaleria a sua aniquilação. Em ambos os casos, ficaria irreversivelmente comprometida a possibilidade de posterior revogação.

Esses três pressupostos, assim poderia se afirmar, atuam como verdadeiros mecanismos de proteção visando à salvaguarda e à manutenção do próprio núcleo essencial do direito fundamental que, pontua-se, até poderá “ser limitado desde que haja razões atendíveis suficientemente fortes, mas haveria, em todo o caso, um núcleo do seu conteúdo, um âmbito nuclear de protecção, cuja afectação equivaleria directamente a violação do direito fundamental; esse núcleo intangível seria constituído e delimitado, segundo essa concepção, pela dignidade da pessoa humana”⁴³⁹.

Poder-se-ia argumentar, frente a isso, que se o núcleo de maior intangibilidade de todo direito fundamental é a dignidade humana e se é a partir ou com base nela que o indivíduo

⁴³⁸ Conforme já havíamos anotado no trabalho desenvolvido na unidade curricular de Direito Constitucional Avançado, do Programa de Mestrado em Direito, Especialidade em Ciências Jurídicas, com o título *Eutanásia, Direito à Vida e Dignidade da Pessoa Humana*, sob a supervisão do Professor Doutor Pedro Trovão do Rosário, em 2018, muito embora não tenha sido referido trabalho objeto de nenhuma espécie de publicação.

⁴³⁹ NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana: dignidade e inconstitucionalidade**, Vol. II, 2 ed. Coimbra: Almedina, 2018, 318p. ISBN 978-972-40-7734-5, p. 36.

consente ou postula a sua própria morte, assim o fazendo como um projeto de vida boa, não haveria como não ser admitida a eutanásia ativa.

Entretanto, a isso ainda devem ser adicionadas duas observações. A primeira é que, na essência, solicitar a morte a outrem parece não atender, sequer, a própria função dos direitos fundamentais. Lembra Häberle que o conteúdo do direito também seria determinado por meio da sua função ético-jurídica e social, tendo como consequência o fato de que um exercício contrário a sua função não estaria coberto pelo conteúdo essencial ⁴⁴⁰. E nessa linha de pensamento, forçaria concluir que se a função do direito à vida é, justamente, viver e garantir que ela seja preservada, o exercício contrário à sua função – o pedido ou o consentimento à morte – não estaria, conseqüentemente, coberto pelo respetivo conteúdo essencial.

E a segunda é que, uma vez morta, a pessoa jamais voltará a exercer tal direito, sobre ele deixando de possuir todo e qualquer domínio. Vida e morte são realidades que se contrapõem firmemente, sendo absoluta e incontestavelmente incompatíveis. Onde uma está, a outra não existe. Tampouco seria possível – assim aparenta – argumentar no sentido de que a pessoa em estado terminal, sem nenhum prognóstico de cura, melhora ou estabilização da sua grave enfermidade, nada mais teria a fazer, senão esperar, justamente, pela morte que se avizinha, sendo a inadmissão da eutanásia uma briga vazia, em vão, pela vida. Isso porque, afinal de contas, não se pode olvidar de que “todos estamos condenados [desde o nascimento] à morte em um prazo desconhecido, mas certo. Prolongar a vida é vivê-la” ⁴⁴¹.

Portanto, consentir na morte é, sem dúvida, renunciar a própria vida de uma forma incondicional e irreversível. E somente há dignidade, somente há liberdade, somente há autonomia em vida. Sem vida, não há personalidade, não há mais potencialidade para o livre desenvolvimento dessa personalidade. Daí que admitir uma renúncia à vida significaria, ao fim e ao cabo, admitir uma renúncia à própria dignidade que, no mais, também não guarda nenhuma

⁴⁴⁰ “Con referencia al pensamiento de Gierke se há llegado en ella a la convicción de que el contenido del derecho es determinado por médio de su función ético-jurídica y social. Ello tiene como consecuencia que un ejercicio contrario a su función no está ya cubierto por el contenido del derecho.” (HÄBERLE, Peter – **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn**. Madrid: Dykinson, 2003, 240p. ISBN 84-9772-123-3, p. 12).

⁴⁴¹ ASÚA. Luis Jiménez de – **Liberdade de amar e direito a morrer**, Tomo II. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, 124p. ISBN 85-7604-014-X, p. 51.

correlação ou observância às normas constitucionais que, expressamente, impõem, sob pena de insuficiência⁴⁴², a proteção do núcleo essencial⁴⁴³ e a inviolabilidade da vida humana.

Não se pode negar, é verdade, que a Constituição igualmente considera invioláveis outros direitos, como a liberdade de religião e de culto (art. 41º, n.º 1), o domicílio e o sigilo da correspondência (art. 34º, n.º 1) e até mesmo a integridade física (art. 25º, n.º 1). Não obstante, há que se ter em mente que, em situações de conflitos de bens ou direitos fundamentais, a análise a ser dispensada ao instituto da renúncia deverá sempre levar em consideração o caráter integral ou, de outra forma, *parcelar*⁴⁴⁴ da restrição a ser imposta ao direito sacrificado.

E com exceção da vida, os demais direitos citados parecem melhor absorver lesões parciais ou pontuais, sendo possível, p. ex., autolimitar a participação em cultos a determinados dias, restringir os locais em que se possa professar a fé, autorizar a entrada em domicílio contra a vontade do proprietário em determinadas hipóteses (art. 34º, n.ºs 2 e 3), permitir a ingerência em correspondências alheias quando previstos em lei para fins criminais (art. 34º, n.º 4) ou, ainda, admitir-se graus variados de ataques à integridade física do indivíduo, como se vê, inclusive com certa frequência, em práticas desportivas envolvendo lutas ou outras atividades sujeitas a graves riscos. Mas em alguns “casos, em atenção à natureza do bem jurídico protegido, o conteúdo essencial do direito estará relativamente próximo do seu âmbito

⁴⁴² “Ainda assim, da conjugação do n.º 1 do artigo 24º com o n.º 1 do artigo 18º resulta uma verdadeira *proibição de défice de proteção*, a qual, em última análise, se reconduz a uma modalidade de (proibição de) inconstitucionalidade por omissão. Por conseguinte, não pode o legislador não adotar, ou suprimir sem substituição, certos instrumentos de proteção da vida, deixando que o nível de salvaguarda legal desta desça abaixo do constitucionalmente tolerável” (MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – **Constituição Portuguesa Anotada**, Vol. I, 2 ed. Lisboa: Universidade Católica, 2017, 1045p. ISBN 978-972-54-0541-3, p. 372).

⁴⁴³ “Isso não significa, como referido, que os direitos não podem ser restringidos pelo consentimento do seu titular. A possibilidade de renunciar a determinadas posições fica aberta até o ponto de tornarem ineficazes as garantias do próprio direito fundamental renunciado. Há, entretanto, um núcleo essencial que, embora demandando maior justificação para a sua restrição, em determinado momento chega a um ponto inviolável pouco importando a sua justificação ou os benefícios oferecidos ao renunciante. Atingir esse núcleo significa reduzir o direito fundamental a mero dispositivo constitucional destituído de eficácia jurídica e/ou social. As renúncias, portanto, não serão aceitas quando conduzirem a que o direito fundamental não mais possua a possibilidade de operar eficazmente na sociedade” (ADAMY, Pedro Augustin – **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011, 224p. ISBN 978-85-392-0053-5, p. 132).

⁴⁴⁴ “Finalmente, e porque se trata de um processo de ponderação, as qualidades atinentes ao peso ou à premência da realização do bem justificador da restrição não operam em abstracto nem em absoluto. A sua prevalência dependerá, também, do maior ou menor peso da faculdade, pretensão ou situação, sempre parcelar, relativa ao bem jusfundamental sujeito a eventual restrição. É certo que o direito fundamental tem uma natureza de trunfo, mas, no caso concreto, nunca ou só muito raramente é o direito fundamental *como um todo* que está em causa” (NOVAIS, Jorge Reis – Direitos como trunfos contra a maioria: sentido e alcance da vocação contramajoritária dos direitos fundamentais no estado de direito democrático. In **Direitos Humanos e Democracia** – Coord. CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; e PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 79-113. ISBN 978-85-309-2488-1, p. 105).

constitucional de proteção efetiva – como sucede, por exemplo, com o direito à vida, uma vez que esta é por definição avessa a compressões”⁴⁴⁵.

Justamente em razão da aceitação, por parte de alguns direitos – *v.g.*, integridade física e saúde –, de restrições apenas em nível parcelar, embora em graus e medidas variáveis, que deve ser admitida a renúncia a tratamento médico⁴⁴⁶. O caso mais emblemático talvez seja mesmo aquele envolvendo a recusa, em nome da liberdade religiosa⁴⁴⁷, de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová. Contudo, ao menos no que diz respeito à solução à luz do instituto da renúncia a direitos fundamentais, não se trata tanto do embate argumentativo ou da ponderação de pesos entre duas grandezas – de um lado a integridade física e a saúde, e de outro o direito à liberdade e à dignidade, enquanto autodeterminação e livre desenvolvimento da personalidade –, mas sim pelo integral preenchimento dos seus pressupostos.

Deixando de lado a questão da recusa a tratamento médico de terceiros, tem-se que os requisitos podem ser considerados satisfatoriamente preenchidos, inclusive no que respeita à revogabilidade. É verdade que quando se recusa um tratamento médico, aceita-se sofrer uma agressão, inicial ou em continuidade, à própria saúde e integridade física. Não obstante, e via de regra, a pessoa poderá posteriormente voltar atrás (temporalidade) e solicitar o tratamento. E se assim o é, a integridade física e sua saúde não estarão irremediavelmente atingidos (parcialidade), de modo que não estará, ao menos durante certo período, definitivamente impossibilitada de fazer uso do critério da revogabilidade⁴⁴⁸. Dessa forma, poderá recusar tratamento qualquer pessoa, independentemente das suas convicções religiosas, o que, de quebra, também demonstra que a análise do requisito do benefício legítimo será sempre melhor avaliado sob o aspeto da inexistência de um prejuízo evidente e injustificável.

⁴⁴⁵ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – **Constituição Portuguesa Anotada**, Vol. I, 2 ed. Lisboa: Universidade Católica, 2017, 1045p. ISBN 978-972-54-0541-3, p. 293.

⁴⁴⁶ “Quanto à recusa de tratamento médico em geral, é sabido que a recusa livre e esclarecida de tratamento ou de intervenção indicados para prolongar a vida (ou evitar danos graves e irreversíveis no corpo e na saúde do paciente) ou a exigência de interrupção de um ou de outro, uma vez já iniciados, faz cessar o dever de garante e, por isso, o dever de tratamento que antes impendia sobre o médico. Em tais casos, a desconsideração da vontade do paciente pode mesmo consubstanciar-se num tratamento arbitrário, suscetível de responsabilidade penal em sede de crimes de intervenções e tratamento médico-cirúrgicos arbitrários.” (MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – **Constituição Portuguesa Anotada**, Vol. I, 2 ed. Lisboa: Universidade Católica, 2017, 1045p. ISBN 978-972-54-0541-3, p. 395).

⁴⁴⁷ “Quanto às testemunhas de Jeová estas não são suicidas. O seu objectivo não é morrer, simplesmente os membros desta religião têm uma ideia fundamental de abstenção total de sangue, baseada na interpretação do Antigo Testamento. A sua recusa refere-se somente a transfusão de sangue proveniente de um terceiro e não a tratamentos alternativos que lhe permitam continuar a viver.” (CASAL, Cláudia Neves – **Homicídio privilegiado por compaixão**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, 247p. ISBN 972-32-1274-9, p. 206).

⁴⁴⁸ Claro que se poderá ponderar que, prolongando-se no tempo essa recusa ao tratamento, se não houver revogação da vontade inicial estará o indivíduo condenado à morte certa. Contudo, aí se trabalhará com uma hipótese que, ao fim e ao cabo, em tudo assemelhar-se-á à ortotanásia, porquanto, em derradeira avaliação, não se estará apressando o fim existencial e não haverá nenhuma ingerência causal na morte dessa pessoa.

Já por outro lado, a agressão à vida visando à própria morte, precisamente por não aceitar aquele direito fundamental ataques parcelares, dá-se sempre como um todo, assim resultando em sua extinção. Assim, não apenas o pressuposto da parcialidade restaria comprometido, haja vista que restaria igualmente desatendido o critério da temporalidade. Os efeitos dessa renúncia – *ad eternum* – não poderiam ser, por absoluta impossibilidade, fixados por prazo certo e determinado. Restaria, sob qualquer desses pontos de vista, irreversivelmente comprometido o núcleo essencial do direito à vida, resultando na completa e definitiva impossibilidade de revogação da renúncia então efetivada que, como acima referido, traduziria uma renúncia à própria dignidade humana. Daí que, por vezes, “preservar a dignidade humana implica não a destruir por meio das renúncias” ⁴⁴⁹.

4.2. À guisa de reflexão

Com o término da pesquisa, devemos reconhecer que o mero embate argumentativo entre dignidade humana e direito à vida pode – e nos parece que efetivamente assim o seja, especialmente em razão do caráter filosófico que envolve a questão – se mostrar insuficiente à obtenção de uma resposta correta, adequada e minimamente aceitável em termos de estabilização jurídica e pacificação social. Por outro lado, embora entendendo que o melhor caminho seja a submissão do instituto da eutanásia (eutanásia direta) a uma criteriosa análise à luz de cada um dos pressupostos da renúncia – assim mantendo-se a discussão, tanto quanto possível, numa seara estritamente técnico-jurídica –, também devemos reconhecer que, ainda assim, a busca da justa conclusão poderá se deparar com alguns percalços, evidenciados por discussões jurídicas quanto à exata compreensão ou abrangência, por exemplo, dos termos revogabilidade, temporalidade e parcialidade ou, de outra forma, se o doente terminal possuiria ou não verdadeira capacidade para manifestar uma vontade livre e vinculativa ou, ainda, se a morte poderia ser considerada um benefício legítimo e proporcional.

Daí que, diante desse panorama, e à guisa de aprofundamento à reflexão, talvez se devesse regressar à ideia de bem ou direito indisponível. Mas em um sentido um pouco diverso.

Como visto, a dignidade humana atua como limite à renúncia, ou seja, ela serve de parâmetro – por muitos considerado o parâmetro máximo, inultrapassável, especialmente quando conectada com a preservação do núcleo essencial – para a análise de uma imposição restritiva a um direito ou a uma posição jurídica fundamental, de modo a significar que essa

⁴⁴⁹ ADAMY, Pedro Augustin – **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011, 224 p. ISBN 978-85-392-0053-5, p. 154.

autolimitação não poderá, jamais, violar a dignidade do respetivo titular do direito. É dizer, a renúncia a um direito fundamental não pode, e aqui ela encontraria o seu limite absoluto, resultar na violação da própria dignidade da pessoa renunciante.

Nesse passo, sendo a dignidade orientada pela liberdade – aqui entendida como autodeterminação e livre desenvolvimento da liberdade –, significa dizer que o exercício dessa mesma liberdade não poderá colocar em causa o futuro exercício da autodeterminação da pessoa. Caso contrário, a dignidade estará irremediavelmente aniquilada.

É que, em que pese possa a renúncia, fundada na liberdade de desenvolvimento da personalidade, atuar como uma forma de exercício legítimo dos direitos fundamentais e, portanto, servir de embasamento à expansão e ao reforço da própria dignidade do respetivo titular, deve-se igualmente atentar para o fato de que essa mesma dignidade, invariavelmente, também deverá atuar “como limite quando essa mesma renúncia impede, em momento subsequente, o livre desenvolvimento da personalidade do titular renunciante” ⁴⁵⁰.

Em outras palavras, a dignidade “será violada, mesmo com o consentimento do lesado, quando este anua na destruição ou anulação das condições da sua auto-determinação futura (...) não serão admissíveis as renúncias ao exercício de direitos que afectem essencialmente alguma dimensão da pessoa enquanto ser susceptível de auto-determinação ou ponha decisivamente em causa as condições futuras da liberdade de conformação da própria vida” ⁴⁵¹.

A indisponibilidade, portanto, merece ser analisada – não a partir de um rol específico e previamente catalogado no texto constitucional ou, de outra forma, enquanto direitos da personalidade – a partir da compreensão de que, de acordo com as circunstâncias, com os meios e com as finalidades presentes no caso concreto, sempre que a pretensão de disposição de um direito ou de uma posição jusfundamental levar à verificação de uma futura impossibilidade de exercício futuro da autonomia e do livre desenvolvimento da personalidade, assim descaracterizando por completo a dignidade da pessoa humana, o bem deverá ser considerado indisponível e, por conseguinte, irrenunciável para o seu titular.

Por isso, ao menos em parte, concordamos com a afirmação feita por João Paulo Orsini Martinelli, para quem os “bens indisponíveis, assim, são aqueles que, se violados, poderão gerar a imediata perda da autonomia individual” ⁴⁵².

⁴⁵⁰ ADAMY, Pedro Augustin – **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011, 224p. ISBN 978-85-392-0053-5, p. 159.

⁴⁵¹ NOVAIS, Jorge Reis – Renúncia a direitos fundamentais. In **Perspectivas Constitucionais nos 20 Anos da Constituição de 1976**. Vol. I – Coord. MIRANDA, Jorge. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 263-335. ISBN 972-32-0752-4, p. 330.

⁴⁵² MARTINELLI, João Paulo Orsini – **Paternalismo jurídico-penal: limites da intervenção na liberdade individual pelo uso das normas penais**, São Paulo: LiberArs, 2015, 246p. ISBN 978-85-64789-52-2, p. 212.

Dizemos em parte, porque a isso ainda se deve acrescentar duas observações: não se trata tanto de sopesar uma perda *imediata*, nem tão-somente da autonomia⁴⁵³; trata-se, antes de tudo, de verificar a existência de uma perda *definitiva*, ou seja, permanente e irreversível da autonomia e, principalmente, da possibilidade de prosseguir no desenvolvimento livre da personalidade, considerado a pedra-de-toque do princípio da dignidade da pessoa humana.

Indisponível seria, pois, o direito que, renunciado, torna definitivamente impossível ao titular prosseguir, com autonomia, no desenvolvimento da sua personalidade.

E se assim for compreendido o conceito de indisponibilidade, forçará reconhecer que, *s.m.j.*, renunciar a vida incondicionalmente equivalerá abrir mão, perentória e definitivamente, da possibilidade de se autodeterminar e futuramente continuar a desenvolver livremente a sua personalidade. Aliás, embora a dignidade da pessoa humana seja considerada um dos fundamentos para a construção de uma sociedade livre e justa, o fato é que a própria noção do que seja uma *Constituição* gira em torno da ideia central de se reger e reger a própria vida, como princípio básico e primordial⁴⁵⁴. Somente em função da vida – individual e socialmente considerada –, e não da morte, é que teria sentido a criação de normas fundamentais para regular a organização política de uma nação e estabelecer direitos, liberdades e garantias que, a toda evidência, jamais poderão ser exercitados senão em vida⁴⁵⁵. É lição dada por Konrad Hesse que a eventual realização de interesses momentâneos não logra compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito àquilo que é identificado como verdadeira vontade da Constituição, acrescentando, com apoio na lição de Walter Burckhardt, que quem sacrifica “um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado

⁴⁵³ É que a imediatidade ou não da perda da autonomia ou do livre desenvolvimento da liberdade, por si só, não possui o condão de tolher, em absoluto, o respectivo titular do exercício do seu direito ou da sua posição jurídica fundamental. Para tanto, basta pensar em alguém que renuncie, por prazo certo e determinado, ao direito de professar a sua religião, abstendo-se, por exemplo, de frequentar a respectiva Igreja ou Templo. A “perda”, nesse caso, pode se dar de forma imediata, mas não será *definitiva*, com o que, inclusive, restariam mantidos íntegros os pressupostos da revogabilidade, da temporalidade e da parcialidade.

⁴⁵⁴ Conforme já havíamos anotado no trabalho desenvolvido na unidade curricular de Direito Constitucional Avançado, do Programa de Mestrado em Direito, Especialidade em Ciências Jurídicas, com o título *Eutanásia, Direito à Vida e Dignidade da Pessoa Humana*, sob a supervisão do Professor Doutor Pedro Trovão do Rosário, em 2018, muito embora não tenha sido referido trabalho objeto de nenhuma espécie de publicação.

⁴⁵⁵ “Não é possível conceber um direito da pessoa que leve à destruição da própria pessoa, porque tal contraria a própria estrutura axiológica do direito, sendo a norma que o previsse uma lei injusta, no sentido metodológico do termo. Um direito a morrer é um não direito, tal como o é o direito a ficar doente ou o direito a perder a liberdade (...) o homem não passa – por ser seu titular – a deter um poder absoluto sobre si mesmo, transformando-se num escravo de si próprio, porque o homem que o titula é pessoa e, como tal, o seu exercício há-de estar em consonância com a estrutura valorativa em que se funda.” (BARBOSA, Mafalda Miranda – **Eutanásia: porque não?** [Em linha]. Comissão Diocesana da Cultura – Aveiro, 04 de fevereiro de 2020. [Consult. 28 Out. 2021]. Disponível em <http://diocese-aveiro.pt/cultura/mafalda-miranda-barbosa-eutanasia-porque-nao/>).

democrático. Aquele, que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não mais será recuperado”⁴⁵⁶.

Dáí porque, enfim, renunciar definitiva e irrevogavelmente à vida significaria renunciar à própria dignidade humana, com o que, nesse sentido, não haveria de ser a eutanásia ativa admitida pela ordem jurídico-constitucional⁴⁵⁷, porquanto se apresenta “irrenunciável qualquer direito medularmente inerente à dignidade da pessoa humana” ⁴⁵⁸.

Mas como dito, ao menos por enquanto, tudo isso à guisa de uma mera reflexão.

⁴⁵⁶ HESSE, Konrad – **A força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, 34p. ISBN 85-88278-18-9, p. 21-2.

⁴⁵⁷ Talvez por isso afirme Canotilho que “o direito à vida é um direito (de natureza defensiva perante o Estado), mas não é uma liberdade (o titular não pode escolher entre ‘viver ou morrer’).” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**, 7 ed, 20ª reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2003, 1522p. ISBN 978-972-40-2106-5, p. 1259-60).

⁴⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, 7 ed., 20ª reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2003, 1522p. ISBN 978-972-40-2106-5, p. 464.

CONCLUSÃO

A tradicional teoria dos direitos fundamentais, em que pese o árduo e incansável trabalho de aperfeiçoamento diariamente desenvolvido, por vezes parece não ser suficiente à correta solução dos chamados casos difíceis (*hard cases*), especialmente porque não confere limites exatos ou absolutamente seguros à imposição de restrições às mais diversas posições ou garantias jusfundamentais, mormente quando se encontra em voga o instituto da renúncia a direitos fundamentais, daí surgindo a necessidade de se estabelecer critérios mais claros e objetivos à sua análise.

Dentro desse cenário, e após percorrer algumas noções preliminares – mas sempre essenciais – ao correto estudo dos direitos fundamentais, passamos à abordagem do tema da renunciabilidade, estabelecendo diferenciações entre institutos afins para, então, explicitar os pressupostos de admissibilidade da renúncia a direitos fundamentais, seus limites e mecanismos de controlo, posteriormente procedendo a uma análise mais contextualizada da chamada morte medicamente assistida, naquilo que se reconhece por uma eutanásia ativa, que, ainda que venha a ser chancelada e a sua prática disciplinada pelo ordenamento jurídico interno – destino para o qual parece caminhar –, dada toda a polémica em que se encontra envolta, talvez jamais encontre um verdadeiro consenso em termos de estabilização jurídica e pacificação social, disso tudo sendo possível extrair as seguintes conclusões:

1. Renunciar a um direito fundamental significa dele expressamente abdicar, mediante a exteriorização, clara, livre e inequívoca, da manifestação de vontade do titular do respetivo direito fundamental, assim rejeitando ou desistindo de posições ou pretensões jusfundamentais.
2. A renúncia a um direito fundamental pressupõe o preenchimento de requisitos à sua completa admissibilidade e validade, divididos em pressupostos subjetivos – capacidade, titularidade e declaração de vontade – e objetivos – revogabilidade, temporalidade, parcialidade e benefício legítimo –, sem os quais não haverá plena conformação jurídico-constitucional.
3. O pressuposto da capacidade, via de regra, não revela maiores dificuldades para a efetivação de uma renúncia, uma vez que o exercício dos direitos fundamentais, especialmente com relação àqueles direta ou indiretamente ligados aos direitos de liberdade, será quase sempre um exercício de fato; eventuais dúvidas que possam surgir quando da necessidade de um determinado conhecimento ou de uma maior compreensão à tomada de decisões específicas, serão normalmente resolvidas no requisito da titularidade.
4. A titularidade pressupõe, como condição *sine qua non*, que a pessoa renunciante seja a própria titular da respetiva posição jusfundamental, pois somente se pode dispor livremente

daquilo que lhe pertence, disso resultando a impossibilidade de disposição de bens e direitos de terceiros, razão pela qual, em se tratando do instituto da renúncia a direitos fundamentais, o pressuposto da capacidade acaba muitas vezes por perder o seu caráter de essencialidade.

5. A manifestação de vontade também se revela de suma importância. Deve ser feita de forma consciente – pressupondo condições de compreender e avaliar o ato e suas respectivas consequências –, clara, inequívoca e livre, não podendo o titular incorrer em quaisquer vícios da vontade, como o erro ou o dolo, ou sofrer coações ou pressões externas à tomada da sua decisão, com o que não haverá voluntariedade; ademais, é justamente a declaração de vontade o elemento diferenciador da renúncia em relação ao mero não-exercício.

6. Sendo a renúncia a direito fundamental fruto de uma manifestação de vontade, natural e intuitivo que também deva se sujeitar a possibilidade de revogação a qualquer momento, igualmente por meio da manifestação de vontade, agora revogatória, afirmando-se, por isso, que a renúncia sempre se fará acompanhar de uma reserva de revogação a todo o tempo.

7. O pressuposto da temporalidade liga-se à durabilidade dos efeitos do ato renunciatório, que deve, assim, possuir prazo determinado ou, ao menos, determinável por meio de condições e termos vinculados exclusivamente à vontade do indivíduo renunciante.

8. A parcialidade, por sua vez, refere-se à extensão da renúncia, o que resulta dizer que não poderá atingir o direito ou a posição jurídica jusfundamental como um todo, na sua integralidade, para que não seja o respetivo conteúdo essencial totalmente destruído.

9. Embora não se confundam, revogabilidade, temporalidade e parcialidade se encontram interligadas, as duas últimas fornecendo suporte àquela. Uma renúncia feita sob o caráter *ad aeternum* significaria a extinção do próprio direito. Da mesma forma, uma renúncia que acabe por englobar o direito em sua totalidade equivaleria a sua extinção. Em ambos os casos, ficaria irreversivelmente comprometida a possibilidade de posterior revogação.

10. À renúncia deve sempre existir um benefício legítimo e proporcional, sob pena de restar autorizada a presunção de que não haveria consentimento voluntário, apenas devendo se atentar para que o controlo sobre esse pressuposto não se transforme em uma indevida interferência ao direito de autodeterminação e de livre desenvolvimento da personalidade, porquanto aquele que renuncia sempre o faz de acordo com suas conveniências, razão pela qual, por vezes, será o requisito melhor avaliado sob o aspeto da inexistência de um evidente prejuízo que, no contexto fático, mostre-se inaceitável e injustificável.

11. Dentre os limites e mecanismos de controlo à renúncia de direitos fundamentais, destacam-se a dignidade da pessoa humana, o livre desenvolvimento da personalidade, o princípio da proporcionalidade e o princípio da proteção do núcleo essencial; antes de qualquer

análise meritória, porém, deve-se observar se sobre o conflito não incide nenhuma norma-regra de *status* constitucional, quanto então, na generalidade, possuirá primazia em relação a diversas outras alternativas baseadas em normas principiológicas.

12. O princípio da dignidade humana, que poderia ser traduzido na máxima de sempre tratar da pessoa como um fim em si mesma e nunca como um objeto, deve ser compreendido a partir de uma análise conjunta com o direito à autodeterminação e ao livre desenvolvimento da personalidade, sendo o indivíduo livre para determinar seus próprios planos de vida.

13. A proporcionalidade é tradicionalmente dividida em três subprincípios: a adequação (o meio deve se mostrar viável à consecução da finalidade proposta), a necessidade ou indispensabilidade (o meio escolhido deve satisfazer a pretensão mediante a menor onerosidade possível, visando à menor ingerência) e a proporcionalidade em sentido estrito (verificação do custo-benefício, ponderando-se as vantagens e desvantagens do meio eleito em relação ao fim).

14. O princípio da proteção ou salvaguarda do núcleo essencial, embora de polêmica definição doutrinária quanto às diversas teorias que o cercam, não deve, sob pena de incongruência e ineficácia constitucionais, ser reduzido ao critério da proporcionalidade, devendo ser compreendido como um instrumento conceitual de proteção última dos direitos fundamentais, inclusive como barreira contra o próprio princípio da proporcionalidade, porquanto liga-se, primordialmente, à ideia de proibição de excesso.

15. O chamado paternalismo jurídico, embora mereça ser visto com ressalvas para que não seja indevidamente tolhido o direito ao livre desenvolvimento da personalidade visando à dignidade humana intrinsecamente inerente a cada pessoa, por vezes restará justificado pelas circunstâncias concretas, especialmente quando, ainda que por meio de atos voluntários, com sua conduta o indivíduo acabe por atentar irremediavelmente contra a sua própria dignidade.

16. À renúncia ao direito à vida, em sua fase final, merece ser primordialmente analisada sob o conceito de eutanásia direta, já que somente nessa hipótese haverá uma verdadeira e imediata renúncia à vida humana, devendo as demais hipóteses de morte assistida receber tratamento à luz dos conceitos de ortotanásia e distanásia.

17. O aborto não traduz verdadeira renúncia, subsumindo-se à hipótese conflito na modalidade de colisão, enquanto este instituto, diferentemente, pressupõe a existência de uma concorrência ou concurso de direitos fundamentais pertencentes ao mesmo indivíduo.

18. O debate envolvendo os argumentos e contra-argumentos à eutanásia se mostra insuficiente. A discussão envolvendo, por um lado, o direito à vida e, por outro, a dignidade da pessoa humana, ainda que seja esta reforçada pela liberdade, em sua dimensão de autodeterminação e desenvolvimento da personalidade, poderia se estender indefinidamente

sem se ter, no entanto, a certeza de que seria, efetivamente, atingida uma solução jurídica minimamente aceitável sob o ponto de vista da estabilização jurídica e da pacificação social.

19. Uma solução justa e correta à questão da morte medicamente assistida, adotada sob o enfoque dos critérios de estruturação e de previsibilidade, e justamente porque retrata uma autêntica renúncia à vida em sua fase terminal por parte do titular desse direito fundamental, deve passar por uma criteriosa análise à luz de cada um dos seus pressupostos.

20. Embora se possa admitir que a eutanásia ativa – com exclusão da discussão envolvendo a renúncia a direito de terceiros, inadmissível – ultrapassaria, com relativa tranquilidade, os pressupostos da capacidade e da titularidade, assim como da declaração de vontade livre e voluntária e do benefício legítimo e proporcional, estes dois últimos com alguma polêmica, o mesmo não se pode dizer quanto aos requisitos da revogabilidade, da temporalidade e da parcialidade, já que o pedido ou o consentimento à própria morte, uma vez colocado em prática, inviabilizará completamente a possibilidade de revogação a qualquer tempo: revogabilidade, temporalidade e parcialidade, em se tratando de renúncia, atuam como verdadeiros mecanismos de salvaguarda e manutenção do próprio núcleo essencial dos direitos fundamentais.

21. Mesmo diante de uma sistematização do instituto da renúncia a direitos fundamentais, sua análise conclusiva à luz da morte medicamente assistida ainda pode gerar discussões jurídicas intermináveis, evidenciadas na exata compreensão ou abrangência, *v.g.*, dos termos revogabilidade, temporalidade e parcialidade ou, de outra forma, quanto à verdadeira capacidade de o doente terminal manifestar uma vontade livre e vinculativa ou, ainda, se a morte poderia ser considerada um benefício legítimo e proporcional, mostrando-se necessário repensar, à guisa de aprofundamento à reflexão, o conceito de bem ou direito indisponível.

22. A indisponibilidade não mais pode ser vista ou analisada a partir de um rol específico e previamente catalogado no texto constitucional ou, de outra forma, enquanto meros direitos da personalidade; indisponível e, por conseguinte, irrenunciável seria, pois, o direito que, uma vez renunciado, torna definitivamente impossível ao respectivo titular prosseguir, com autonomia, no livre desenvolvimento da sua personalidade.

23. Renunciar definitiva e irrevogavelmente à vida significaria renunciar à própria dignidade humana, descaracterizando-a por completo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADAMY, Pedro Augustin – **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011, 224p. ISBN 978-85-392-0053-5.

_____. Renúncia a direitos fundamentais. In **Curso de direito constitucional**. Coord. ALVIN, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão; e STRECK, Lenio. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 173-84. ISBN 978-85-9477-165-0.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto – **Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia de Direitos do Homem**, 3 ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, 1662p. ISBN 978-972-54-0489-8.

ALEMANY, Macario – **Breve nota sobre la idea de ‘paternalismo’ en la obra de Ernesto Garzón Valdés** [Em linha]. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Vol. 30 (2007), p. 35-38. ISSN 0214-8679. Universidad de Alicante [Consul. 22 out. 2021]. Disponível em https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13087/1/DOXA_30_04.pdf.

ALEXY, Robert – **Teoria dos direitos fundamentais**, 5 ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, 669p. ISBN 978-85-7420-872-5.

ANDRADE, José Carlos Vieira de – **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 6 ed. Coimbra: Edições Almedina, 2019, 387p. ISBN 978-972-40-7922-6.

ANDRADE, Manuel da Costa – **Consentimento e acordo em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, 708p. ISBN 972-32-0438-X.

ASÚA. Luis Jiménez de – **Liberdade de amar e direito a morrer**, Tomo I. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, 116p. ISBN 85-7604-013-1.

_____. **Liberdade de amar e direito a morrer**, Tomo II. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, 124p. ISBN 85-7604-014-X.

ATIENZA, Manuel – **Discutamos sobre paternalismo** [Em linha]. Doxa: Cuadernos de Filosofia del Derecho, Vol. 5 (1988), p. 203-2014. ISSN 0214-8876. Universidad de Alicante. [Consult. 21 out. 2021]. Disponível em https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10875/1/Doxa5_11.pdf.

ÁVILA, Humberto – **Teoria da segurança jurídica**, 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, 744p. ISBN 978-85-392-0255-3.

_____ **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2015, 237p. ISBN 978-85-392-0280-5.

BARBOSA, Mafalda Miranda – **Eutanásia: porque não?** [Em linha]. Comissão Diocesana da Cultura – Aveiro, 04 de fevereiro de 2020. [Consult. 28 Out. 2021]. Disponível em <http://diocese-aveiro.pt/cultura/mafalda-miranda-barbosa-eutanasia-porque-nao/>.

BARROSO, Luís Roberto – **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação** [Em linha]. Versão provisória para debate público. Mimeografado, Dezembro de 2010. [Consult. 12 Out 2021]. Disponível em https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf.

BONFIM, Edilson Mougenot – **Curso de processo penal**, 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, 1116p. ISBN 978-85-02-62235-7.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. – **Reality Shows e liberdade de programação**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, 112p. ISBN 972-32-1159-9.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**, 7 ed., 20ª reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2003, 1522 p. ISBN 978-972-40-2106-5.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa anotada**, Volume I, 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 1152p. ISBN 978-85-203-3044-9.

CARVALHO, Gisele Mendes – **Aspectos jurídico-penais da eutanásia**, São Paulo: IBCCRIM, 2001, 206p.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira – **Restrições aos direitos fundamentais no estado constitucional**. Curitiba: Juruá, 2019, 474p. ISBN 978-85-362-8884-0.

CASAL, Cláudia Neves – **Homicídio privilegiado por compaixão**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, 247p. ISBN 972-32-1274-9.

CÓDIGO Civil – **Decreto-lei n.º 47344** [Em linha]. Diário da República, Série I, N.º 274 (25-11-1966) [Consult. 28 Out. 2021]. Disponível em <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075>.

CÓDIGO Penal – **Decreto-lei n.º 48/95** [Em linha]. Diário da República, Série I-A, N.º 63 (15-03-1995) [Consult. 28 Out. 2021]. Disponível em <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/48-1995-185720>.

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa – **Diário da República** [Em linha]. Série I, N.º 86 (10-04-1976) [Consult. 26 Out. 2021]. Disponível em <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view>

COSTA, José de Faria – **Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, 239p. ISBN 972-32-1331-1.

_____ O fim da vida e o direito penal. In **Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias**. Org. ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; ANTUNES, Maria João. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 759-807. ISBN 972-32-1193-9.

CRORIE, Benedita Mac – Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares: algumas notas. In **Estudos em homenagem ao professor Doutor António Cândido de Oliveira**. Coord. FIGUEIRAS, Claudia Sofia Melo; FONSECA, Isabel Celeste Monteiro; ROCHA, Joaquim Freitas da; FROUFE, Pedro Madeira, 1 ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 141-150. ISBN 978-972-40-7080-3.

CUNDIFF, David – **A eutanásia não é a resposta**. Tradução: Jorge Pinheiro. Lisboa: Instituto Piaget, 1992, 223p. ISBN 972-8407-50-5.

DIAS, Jorge de Figueiredo – **Direito penal: parte geral**, Tomo I, 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, 1062p. ISBN 978-972-32-2108-4.

DIAS, Roberto – **O direito fundamental à morte digna: uma visão constitucional da eutanásia**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, 239p. ISBN 978-85-7700-548-2.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo – **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, 330p. ISBN 978-65-5065-243-2.

DOUZINAS, Costas – **O fim dos direitos humanos**. Tradução: Luzia Araújo. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2009, 418p. ISBN 978-85-7431-333-7.

DWORKIN, Ronald – **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo – Revisão: Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, 362p. ISBN 85-336-1560-4.

_____ **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, 572p. ISBN 85-336-2257-0.

FARIAS, Gisela – **Muerte voluntaria: sedación, suicídio assistido, eutanásia**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007, 197p. ISBN 978-950-508-751-8.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves – **Curso de direito constitucional**, 12 ed. Salvador: JusPodvim, 2020, 2208p. ISBN 978-85-442-3469-3.

FERRAJOLI, Luigi – **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**, 1 ed., 3ª tiragem. Tradução: Alexandre Salim *et al.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, 122p. ISBN 978-85-7348-726-8.

FLÁVERO, Flamínio – **Medicina legal: introdução ao estudo da medicina legal, identidade, traumatologia**, 12ª ed. Belo Horizonte: Villa Rica, 1991, 1150p.

FRANÇA, Genival Veloso de – **Medicina legal**, 9ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2013, 694p. ISBN 978-85-277-1693-2.

GALEOTI, Giulia – **História do aborto**. Tradução: Sandra Escobar. Lisboa: Edições 70, 2007, 172p. ISBN 978-972-44-1296-2.

GARCIA, M. Miguez – **O direito penal passo a passo**, Vol. I, 2 ed. Coimbra: Almedina, 2015, 444p. ISBN 978-972-40-5816-0.

GODINHO, Inês Fernandes – Autodeterminação e morte assistida na relação médico-paciente. In **O sentido e o conteúdo do bem jurídico vida humana**. Coordenadores: José de Faria Costa e Urs Kindhäuser. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 111-129. ISBN 978-972-32-2028-5.

_____ **Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de comparticipação em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, 408p. ISBN 978-972-32-2308-8.

GOMES, Hélio – **Medicina legal**, 20ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.

GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Manual de direito constitucional**, Vol. 2, 4 ed. Coimbra: Almedina, 2011, 1571p. ISBN 978-972-40-4681-5.

HÄBERLE, Peter – **Hermenêutica constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, 56p. ISBN 85-88278-55-3.

_____ **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn**. Madrid: Dykinson, 2003, 240p. ISBN 84-9772-123-3.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich – **Princípios da filosofia do direito**. Tradução: Orlando Vitorino, 4 ed. Lisboa: Guimarães Editores, 1990, 333p.

HESSE, Konrad – **A força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, 34p. ISBN 85-88278-18-9.

_____ **Temas fundamentais do direito constitucional**. Tradução de Carlos dos Santos Almeida, Inocêncio Mártires Coelho e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Saraiva, 2009, 171p. ISBN 978-85-02-08147-5.

HINTERMEYER, Pascal – **Eutanásia, a dignidade em questão**. Tradução: Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 2006, 134p. ISBN 85-15-03241-4.

HUMPHRY, Derek – **A solução final: a praticabilidade de auto-eliminação e da assistência a suicídios em casos terminais de doenças degenerativas**. Tradução: Ênio Silveira. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1994, 228p. ISBN 85-200-0145-9.

INGENIEROS, José – **O homem medíocre**. Tradução: Lycurgo de Castro Santos. São Paulo: Ícone Editora, 2012, 248p. ISBN 978-85-274-0862-2.

ISRAËL, Lucien – **Contra a eutanásia**. Tradução: António Maia da Rocha. Lisboa: Multinova, 2016, 135p. ISBN 978-972-30-1919-3.

JAKOBS, Günther – **Suicídio, eutanásia e direito penal**. Tradução: Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003. 48p (Coleção Estudos de Direito Penal, Vol. 10). ISBN 85-204-1922-4.

JANUÁRIO, Rui; FIGUEIRA, André – **O crime de homicídio a pedido: eutanásia, direito a morrer ou dever de viver**. Lisboa: Quid Juris, 2009, 334p. ISBN 978-972-724-458-4.

KELSEN, Hans – **Teoria geral das normas**. Tradução: José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986, 509p.

LEI N.º 25/2012, de 16 de julho – **Diário da República** [Em linha]. Série I de 2012-07-16 [Consult. 24 Set. 2018]. Disponível em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/179517/details/normal?q=Lei+n.%C2%BA%2025/2012+de+16+de+julho>.

LOBO, Bárbara Natália Lages – **O direito à igualdade na Constituição Brasileira**, 2 ed., rev. e ampl. Washington: Global South Press, 2016, 238p. ISBN 978-1-943350-40-7.

LOBO, Bárbara Natália Lages; SAMPAIO, José Adércio Leite – **A prostituição e a dignidade da pessoa humana: crítica literária e musical à negação do direito fundamental ao trabalho** [Em linha]. Revista Espaço Jurídico: Journal of Law, Set/Dez de 2016, V. 17, n.º 3, e-ISSN 2179-7943, p. 913-932 [Consult. 15 Out 2021]. Disponível em <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/10554/pdf>.

MANIACI, Giorgio – **La dittatura dei diritti indisponibili** [Em linha]. Rivista Diritto & Questioni Pubbliche, Universidade de Palermo, 2014, p. 669-710 [Consult. 11 Ago. 2021]. Disponível em http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2014_n14/22-studi_Maniaci.pdf.

MARMELSTEIN, George – **Curso de direitos fundamentais**, 8 ed. São Paulo: Atlas, 2019, 552p. ISBN 978-85-97-01941-4.

MARTINELLI, João Paulo Orsini – **Paternalismo jurídico-penal: limites da intervenção na liberdade individual pelo uso das normas penais**. São Paulo: LiberArs, 2015, 246p. ISBN 978-85-64789-52-2.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis – **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales - CEC, 1997, 150p. ISBN 84-259-1017-X.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de direito constitucional**, 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, 1662p. ISBN 978-85-53602-87-2.

MIRANDA, Jorge – **Direitos fundamentais**, 2 ed. Coimbra: Almedina, 2017, 562p. ISBN 978-972-40-7217-3.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – **Constituição Portuguesa Anotada**, Vol. I, 2 ed. Lisboa: Universidade Católica, 2017, 1045p. ISBN 978-972-54-0541-3.

MORAES, Alexandre de – **Direito constitucional**. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2010. 922p. ISBN 978-85-224-5975-9.

_____ **Direitos humanos fundamentais**, 8 ed. São Paulo: Atlas, 2007, 335p. ISBN 978-85-224-4876-0.

MOREIRA, Vital – **Praça da República (32): Invocar a Constituição em vão** [Em linha]. Causa Nossa [Consult. 01 Ago. 2020]. Disponível em <https://causa-nossa.blogspot.com/2020/06/praca-da-republica-32-invocar.html>.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm – **Além do bem e do mal**. Tradução: Antonio Carlos Braga. São Paulo: Editora Escala, 2013, 272p. ISBN 789-77-634-61977-0.

NOTÍCIAS, Diário – **Cuidados paliativos não chegam a mais de 80% dos doentes** [Em linha]. Diário de Notícias, 22 de maio de 2018 [Consult. 16 Out 2021]. Disponível em <https://www.dn.pt/portugal/cuidados-paliativos-nao-chegam-a-mais-de-80-dos-doentes-9364757.html>).

NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais**, Vol. I, 2 ed. Coimbra: Almedina, 2018, 210p. ISBN 978-972-40-7591-4.

_____ **A dignidade da pessoa humana: dignidade e inconstitucionalidade**, Vol. II, 2 ed. Coimbra: Almedina, 2018, 318 p. ISBN 978-972-40-7734-5.

_____ Direitos como trunfos contra a maioria: sentido e alcance da vocação contramajoritária dos direitos fundamentais no estado de direito democrático. In **Direitos Humanos e Democracia** – Coord. CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 79-113. ISBN 978-85-309-2488-1.

NOVAIS, Jorge Reis – **Princípios estruturantes do estado de direito**. Coimbra: Almedina, 2019, 289p. ISBN 978-972-40-7764-2.

_____ Renúncia a direitos fundamentais. In **Perspectivas Constitucionais nos 20 Anos da Constituição de 1976**, Volume I. Coord. MIRANDA, Jorge. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 263-335. ISBN 972-32-0752-4.

NOVAIS, Vera – **Professores de Direito Público dizem que projetos de lei sobre eutanásia violam Constituição** [Em linha]. Observador, 15 de junho de 2020 [Consult. 01 Ago. 2020]. Disponível em <https://observador.pt/2020/06/15/professores-de-direito-publico-dizem-que-projetos-de-lei-sobre-eutanasia-violam-constituicao-portuguesa/>.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves – **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, 471p. ISBN 978-85-472-2792-0.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard – **Direitos fundamentais**. Tradução: António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, 578p. ISBN 978-85-02-13036-4.

TRIBUNAL Constitucional de Portugal – **Acórdão n.º 123/2021** [Em linha]. Processo n.º 173/2021. Plenário. Relator: Conselheiro Pedro Machete [Consult. 20 out. 2021]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210123.html>.

_____ **Acórdão n.º 288/1998** [Em linha]. Processo n.º 340/98, Plenário – 1ª Secção. Relator: Conselheiro Luís Nunes de Almeida. [Consult. 20 out. 2021]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980288.html>.

_____ **Acórdão n.º 375/2008** [Em linha]. Processo n.º 2000/2008. Relator: Conselheiro Carlos Pamplona de Oliveira. [Consult. 20 out. 2021]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080375.html>.

_____ **Acórdão n.º 413/2014** [Em linha]. Processos 14/2014, 47/2014 e 137/2014. Relator: Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha. [Consult. 01 fev. 2022]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140413.html>

TRIBUNAL Constitucional de Portugal – **Acórdão n.º 617/2006** [Em linha]. Processo n.º 924/2006. Plenário. Relatora: Conselheira Maria Fernanda Palma. [Consult. 20 out. 2021]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060617.html>

PULIDO, Carlos Bernal – **O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais**. Tradução: Thomas da Rosa de Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2013, 347p. ISBN 978-85-66722-03-1.

RESTREPO, Ricardo Sanín – **Teoría crítica constitucional: la democracia ala enésima potencia**. Valência: Tirant lo Blanch, 2014, 292p. ISBN 978-84-9053-624-7.

RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues – **Liberdades públicas**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006, 680p. ISBN 85-336-2256-2.

ROJAS, Enrique – **O homem moderno**. Tradução: Wladir Dupont. São Paulo: Editora Mandarim, 1996, 153p. ISBN 85-354-0208-X.

ROSS, Alf – **Direito e Justiça**, 2 ed. Bauru, SP: Edipro, 2007, 432p. ISBN 978-85-7283-592-3.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna – **Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, 222p. ISBN 978-85-384-0237-4.

SAMPAIO, José Adércio Leite – **Direitos fundamentais: retórica e historicidade**, 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, 448p. ISBN 978-85-384-0109-4.

SANTOS, Laura Ferreira dos – **A morte assistida e outras questões de fim-de-vida**. Coimbra: Almedina, 2015, 312p. ISBN 978-972-40-6106-1.

SARLET, Ingo Wolfgang – **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, 199p. ISBN 978-85-7348-957-6.

SARMENTO, Daniel – **Dignidade da pessoa humana**, 2 ed., 3ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2019, 375p. ISBN 978-85-450-0175-1.

SCALIA, Antonin – **Uma questão de interpretação: os tribunais federais e o direito**. Tradução: Samuel Sales Fontes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2021, 64p. ISBN 978-655721-004-8.

SCHUMANN, Kay H. – A reflexão Binding/Hoche: simultaneamente uma breve reflexão sobre a proteção da vida em direito penal. In **O sentido e o conteúdo do bem jurídico vida humana**. Coordenadores: José de Faria Costa e Urs Kindhäuser). Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 37-56. ISBN 978-972-32-2028-5.

SILVA, Christine Oliveira Peter da – **Hermenêutica de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, 308p. ISBN 85-7469-265-4.

SILVA, Filipa Martins; NUNES, Rui. **Caso belga de eutanásia em crianças: solução ou problema?** [Em linha]. Revista de Bioética, Vol. 23, n.º 3 (2015), p. 475-84 [Consult. 13 jan. 2022]. Disponível em https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/1094/1325.

SILVA, Fernando – **Direito penal especial: os crimes contra as pessoas**, 4 ed. Lisboa: Quid Juris, 2017, 336p. ISBN 978-972-724-781-3.

SILVA, Germano Marques da – **Direito penal português: teoria do crime**, 2 ed. Lisboa: Universidade Católica, 2018, 468p. ISBN 978-972-54-0458-4.

SILVA, Maria – **Criadas apenas 20 novas camas de cuidados paliativos em dois anos** [Em linha]. Jornal de Notícias – JN Direto, 09 de outubro de 2021 [Consult. 16 Out 2021]. Disponível em <https://www.jn.pt/nacional/criadas-apenas-20-novas-camas-de-cuidados-paliativos-em-dois-anos-14201852.html>.

SILVA, Virgílio Afonso da – **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**, 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, 279p. ISBN 978-85-392-0031-3.

SILVA, Virgílio Afonso da – **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005, 191p. ISBN 85-7420-696-2.

STRECK, Lenio – **Lições de crítica hermenêutica do direito**, 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, 168 p. ISBN 978-85-69538-04-2.

TELLES, Inocêncio Galvão – **Manual dos contratos em geral**, 4ª ed., refundido e actualizado. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. 551p. ISBN 972-32-1103-3.

VALDÉS, Ernesto Garzón – **Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?** [Em linha]. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Vol. 5 (1988), p. 155-173. ISSN 0214-8876. Universidad de Alicante [Consul. 21 out. 2021]. Disponível em https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10872/1/Doxa5_08.pdf.

VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Teoria geral do direito civil**, 8ª ed. Coimbra: Almedina, 2015, 708p. ISBN 978-972-40-6265-5.