

# TESTAMENTO VITAL ENTRE O NEOCONSTITUCIONALISMO E O CONSTITUCIONALISMO ANDINO

Célia Barbosa Abreu\*

**SUMÁRIO:** *Introdução; 2 Neoconstitucionalismo; 3 Constitucionalismo Andino; 4 Testamento Vital; 5 Considerações Finais; Referências.*

**RESUMO:** O presente trabalho destaca que o estudo do direito privado não é feito de forma adequada, isto é, com fundamento na Constituição e no Direito Internacional. Neste contexto, propõe o estudo do testamento vital de forma constitucionalizada e internacionalizada, objetivando também demonstrar que, progressivamente, vem sendo formada uma consciência jurídica universal sobre o tema, demonstrando o acolhimento da humanização do direito por diferentes povos, a despeito das distintas culturas e identidades.

**PALAVRAS-CHAVE:** Neoconstitucionalismo; Constitucionalismo Andino; Testamento Vital.

## LIVING WILL BETWEEN NEO-CONSTITUTIONALISM AND ANDINE CONSTITUTIONALISM

**ABSTRACT:** Current research underscores that the analysis on private Law is not executed adequately or according to principles based on the Constitution and International Law. Living Will or Advanced Health Care Directive is studied according to constitutional and international law. Analysis shows that a universal juridical conscience is progressively formed on the theme featuring the acceptance of law humanization by different peoples in spite of different cultures and identities.

**KEY WORDS:** Neo-Constitutionalism; Andine Constitutionalism; Living Will.

## TESTAMENTO VITAL ENTRE EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y EL CONSTITUCIONALISMO ANDINO

---

\* Doutora e Mestre em Direito Civil; Docente Adjunta de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense – UFF; Docente do PPGDC - Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional da Faculdade de Direito UFF. E-mail: celiababreu@terra.com.br

**RESUMEN:** El presente trabajo destaca que el estudio del derecho privado no es hecho de forma adecuada, es decir, con fundamento en la Constitución y en el Derecho Internacional. En este contexto, propone el estudio del testamento vital de forma constitucionalizada e internacionalizada, objetivando, también demostrar que, progresivamente, viene siendo formada una consciencia jurídica universal sobre el tema, demostrando el acogimiento de la humanización del derecho por distintos pueblos a despecho de las distintas culturas e identidades.

**PALABRAS-CLAVE:** Neoconstitucionalismo; Constitucionalismo Andino; Testamento Vital.

## INTRODUÇÃO

Existe uma distância abissal entre aquilo que é o estudo do Direito Privado e aquilo que deveria ser. Com sorte, seu estudo é feito com apoio nas mudanças ocorridas na Constituição, quando então se fala em Constitucionalização do Direito Privado, porém, só muito raramente; seu estudo é também feito de forma internacionalizada.

O fato é que ocorreu efetivamente uma humanização do Direito a qual atingiu o texto das constituições, configurando o Neoconstitucionalismo, tendo levado o Direito Constitucional ao triunfo, sendo exigível a leitura dos fenômenos jurídicos conforme a Constitucionalização/Internacionalização do Direito.

Necessário entender, então, a Constitucionalização do Direito Brasileiro como integrante não só do Neoconstitucionalismo como do chamado Constitucionalismo Andino, entendido como um Novo Constitucionalismo, nascido junto aos países latino-americanos. Para compreender instituições/institutos jurídicos brasileiros, torna-se necessário um exame constitucionalizado/comparativo.

Destarte, o tema das decisões sobre o fim da vida ganha novas cores. Com efeito, sempre foi delicado entender o funcionamento cerebral na antecâmara da morte, o que tradicionalmente se incumbia à psiquiatria. Prevalencia a tese contrária à tomada de declarações de vontade, como o testamento, próximo à morte. Ocorreria a incapacidade testamentária ativa, diante de um estado de delírio/ofuscação mental. Competiria ao médico se pronunciar, antes de um testamento<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. Contato entre a Medicina e o Direito. In: BOMFIM, B. Calheiros (Org.). **Escritos esparsos**. Rio de Janeiro: Destaque: 1995. p. 80-86.

Hodiernamente, no entanto, no Brasil, dividem-se os posicionamentos. De um lado, há quem entenda que o exercício da autonomia sobre a própria morte seria inadmissível, de outro, novos posicionamentos doutrinários surgem. Em nome da dignidade humana, defende-se um direito constitucional de morrer dignamente, em oposição às prorrogações infundáveis da agonia da morte, decorrentes dos avanços tecnológicos.

Propõe-se um estudo constitucionalizado e, dentro do possível, sob o viés latino-americano do “testamento vital” estipulação escrita, para os casos de eventual e futura incapacitação, estado terminal ou doença incurável, em prejuízo da manifestação do querer. Sustenta-se que a compreensão deste instituto necessita ser realizada juntamente com uma leitura constitucionalizada/internacionalizada da Ordem Jurídica Brasileira e, neste contexto, também pela percepção de que esta também é parte do Constitucionalismo Andino.

## 2 NEOCONSTITUCIONALISMO

Até chegar ao seu estágio atual, o Direito Constitucional viveu transformações que tiveram início na Europa, Alemanha e Itália e, depois, progressivamente se projetaram em diversos outros ordenamentos jurídicos, inclusive no brasileiro. O Neoconstitucionalismo surgiu como um conjunto das modificações do Estado e do Direito Constitucional, tendo este saído da derrota para alçar o seu triunfo. Três foram os marcos do processo evolutivo do Direito Constitucional: o histórico, o teórico e o filosófico, acerca dos quais será realizada apertada síntese.<sup>2</sup>

O marco histórico e que teria contribuído para as mudanças que ensejaram o surgimento e a evolução do chamado Neoconstitucionalismo corresponderia à Lei Fundamental de Bonn (Constituição Alemã, 1949), fruto de desenvolvimentos doutrinários já existentes no país, seguida da criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. O Tribunal Constitucional teria conferido uma nova dimensão aos direitos fundamentais, não mais restritos à proteção dos direitos individuais, consagrando direitos e valores que passaram a subordinar todos os ramos jurídicos, público e privado, vinculando os Poderes Estatais, configurando uma autêntica “revolução de ideias” que atingiram em cheio o coração do Direito Civil.

<sup>2</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Disponível em: <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/barroso.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2012.

Vários dispositivos do BGB (Código Civil Alemão) foram invalidados, sendo imposto que a interpretação de suas normas se fizesse a partir do disposto na Constituição, determinada também a elaboração de novas leis, com vistas ao atendimento do princípio da igualdade.<sup>3</sup> As mudanças legislativas se deram em matéria de regime matrimonial, direitos dos ex-cônjuges após o divórcio, poder familiar, nome de família, igualdade entre os filhos naturais e ilegítimos, sem mencionar os julgamentos sobre uniões homossexuais e direitos dos contratos. Ocorreram, ainda, modificações no direito internacional privado.<sup>4</sup>

A Constituição Italiana entrou em vigor antes da Constituição Alemã, isto é, em 1º de janeiro de 1948; no entanto, houve um lapso temporal até que a Constituição e os direitos fundamentais repercutissem na aplicação do direito ordinário, de modo que o processo de constitucionalização neste país só teve início em 60, vindo a se consumir em 70. Foi a partir da instauração de sua Corte Constitucional, em 1956, que as normas constitucionais passaram a ser diretamente aplicáveis, dispensando a intermediação do legislador. A Constitucionalização do Direito Italiano alcançou, de modo especial, o Direito Civil Italiano, em questões como: o adultério, o uso do nome do marido, o direito sucessório dos filhos ilegítimos etc.<sup>5</sup> Muitas matérias civis foram revistas à luz dos comandos constitucionais, tendo dado ensejo ao processo chamado de “descodificação do direito civil”<sup>6</sup>. Além de no Direito Civil, profundas foram as alterações necessárias no Direito do Trabalho sob o manto da Constituição.<sup>7</sup>

A Reconstitucionalização ocorreu algum tempo depois também em Portugal (1976) e Espanha (1978), tendo seu marco histórico no Brasil sido consagrado pelo advento da Constituição de 1988, vista como um passo decisivo para instituir a democracia iniciada com a Nova República.<sup>8</sup>

<sup>3</sup> SCHLÜTER, Wilfried. **Código civil Alemão**: direito de família. Tradução de Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Safé, 2002. p. 26.

<sup>4</sup> BARROSO, op cit., 2012.

<sup>5</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil-constitucional. Tradução Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 1-5.

<sup>6</sup> IRTI, Natalino. **La edad de la descodificación**. Traducción de Luis Rojo Ajuria. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1992. passim.

<sup>7</sup> BARROSO, op cit., 2012; GUASTINI, Riccardo. **La “Constitucionalización” del ordenamiento jurídico**: el caso Italiano. Disponível em: <[http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/GUASTINI\\_R-La\\_constitucionalizacion\\_del\\_ordenamiento\\_juridico\\_1\\_.pdf](http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/GUASTINI_R-La_constitucionalizacion_del_ordenamiento_juridico_1_.pdf)>. Acesso em: 27 fev. 2012.

<sup>8</sup> BARROSO, op. cit., 2012. Sobre a possibilidade de encontrar soluções para os problemas do Direito Civil Português no Direito Constitucional Lusitano, veja-se: MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria geral do direito civil**. Coimbra: Coimbra, 1996. p. 71–80. A respeito da função dos direitos fundamentais no Constitucionalismo Contemporâneo, sua eficácia nas relações entre particulares, com especial alusão à Constituição Espanhola de 1978, confira-se: PEREZ LUNÓ, Antonio Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Editorial Tecnos, 1998, p. 22-25. No Direito Civil pátrio, nunca deixará de ser pioneiro o trabalho de: MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, v. 17, n. 65, jul./set. 1993, p. 21-32.

O marco filosófico do Direito Constitucional Contemporâneo é associado ao Pós-Positivismo, identificado como um conjunto amplo e inacabado de reflexões sobre o Direito, sua função social e interpretação. Finda a Segunda Guerra Mundial, corresponde ao retorno dos valores ao Direito, que não mais se satisfaz com uma legalidade estrita. Nesse momento, tem início a atribuição de normatividade aos princípios, a formação de uma hermenêutica constitucional e a edificação de uma teoria dos direitos fundamentais, alicerçada na dignidade da pessoa humana, tornada o pórtico da Constituição.<sup>9</sup>

Finalmente, o marco teórico vem calcado em três grandes modificações, ocorridas em matéria de aplicação do Direito Constitucional, quais sejam: o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da Jurisdição Constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional.<sup>10</sup>

A Constituição deixa de figurar como mera Carta Política, mero convite à atuação dos Poderes Públicos, uma simples folha de papel.<sup>11</sup> Na década de 40, ganha atenção a questão da supremacia da Constituição, inspirada na experiência americana, vistos os EUA como o “berço do Constitucionalismo escrito e do controle de constitucionalidade” e cuja Constituição, datada de 1787, figurou, desde sempre, como documento jurídico de aplicação direta e imediata pelo Judiciário. Diversos países europeus adotam modelos de controle de constitucionalidade, surgindo Tribunais Constitucionais diversos (Chipre – 1960; Turquia – 1961; Grécia – 1975; Espanha – 1978; Portugal – 1982; Bélgica – 1984). No final do século XX, do Leste Europeu, merecem menção as Cortes Constitucionais diversas (Polónia –

<sup>9</sup> BARROSO, op cit., 2012. Interessante referir ao fato de que a positivação constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana, de base filosófica, se deu inicialmente na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (art 1º, nº 1), tendo sido estabelecido: “A dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os Poderes estatais.” A justificativa para esta positivação é vista como decorrência do fato de o Estado nazista ter vulnerado gravemente a dignidade humana através da prática de horrendos crimes, inclusive de natureza política, sob a invocação de razões de Estado, entre outras. Outras Constituições igualmente consagraram a dignidade da pessoa humana como princípio constitucional, como, exemplificativamente: a italiana, a portuguesa e a espanhola. Sobre o assunto, a doutrina é vasta, citem-se, ao menos: SILVA, José Afonso da. Dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. Rio de Janeiro: **Revista de Direito Administrativo**, n. 212, 1998, p. 89-90; BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 103-199, e ainda, a lição de: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 76-128. Diga-se, por fim, que, ao colocar a dignidade da pessoa humana como pórtico da Constituição, o Constituinte deixou nítida a intenção de que os demais bens devem gravitar em torno dela, que configura o centro do qual irradiam os direitos fundamentais. GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Normas e princípios na constituição brasileira de 1988. **Revista de Direito da Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 28, 1988, p. 49-63.

<sup>10</sup> BARROSO, op. cit., 2012.

<sup>11</sup> Sobre a necessidade de as Constituições não se limitarem a meras “cartas de intenções”, bem como chamando a atenção para a imprescindibilidade de sofrerem “uma espécie de acerto de marcha, de ajustamentos à realidade social”, em leitura crítica à Constituição Portuguesa, veja-se: SARAMAGO, José. Constituições e realidades. In: SARAMAGO, José. **O Caderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 79-80.

1986; Hungria – 1990; Rússia – 1991; República Tcheca – 1992; Romênia – 1992; República Eslovaca – 1992; Eslovênia – 1993). Dos países africanos, por sua vez, são objeto de referência: Argélia – 1989; África do Sul – 1996; Moçambique – 2003. Reino Unido, Holanda e Luxemburgo, todavia, mantêm padrão de supremacia parlamentar. A França, cuja Constituição data de 1958, não previu o controle de constitucionalidade, quer no modelo europeu, quer no modelo americano, tendo adotado o chamado modelo do “controle prévio”, exercido pelo Conselho Constitucional em relação a algumas leis, antes de entrarem em vigor. Nela, não existe uma verdadeira Jurisdição Constitucional. Apesar de suas peculiaridades, que resultaram num processo de constitucionalização mais tardio e ainda em fase de afirmação, progressivamente, o ordenamento jurídico francês vem sendo impregnado pela Constituição, ganhando as normas constitucionais força normativa e sendo usada a técnica da interpretação conforme a Constituição. Ao lado da interpretação tradicional, revelada insuficiente para solucionar problemas ligados à “vontade constitucional”, a Hermenêutica Constitucional surge como uma decorrência da força normativa da Constituição, sendo certo que as especificidades das normas constitucionais terminam por corroborar para a construção doutrinária e jurisprudencial de vários princípios interpretativos (princípio da supremacia da Constituição, princípio da presunção de constitucionalidade das normas e dos atos do Poder Público, princípio da interpretação conforme a Constituição, princípio da unidade, princípio da razoabilidade e princípio da efetividade).<sup>12</sup>

No Brasil, o marco de sua Constitucionalização se deu com a Constituição Brasileira de 1988, que foi objeto de elogios e críticas. De um lado, é vista como símbolo da travessia democrática brasileira; de outro, se diz que abraça interesses legítimos de trabalhadores junto com os de classes econômicas e categorias funcionais, incorporando paternalismos, reservas de mercado e privilégios corporativos, sendo prolixa e corporativa. Destaca-se o fato de que, a um só tempo, tratou de todos os ramos do Direito infraconstitucional (administrativo, civil, penal, financeiro e orçamentário, tributário, internacional, trabalho, processo civil e penal). Diz-se que os excessos do Constituinte poderiam levar à imobilidade do sistema, com a limitação do legislador ordinário, que quedaria subordinado à normativa constitucional.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> BARROSO, op. cit., 2012.

<sup>13</sup> BARROSO, op. cit., 2012. Para um entendimento de que, em lugar de “mais constituição”, tese dos que advogam os defensores do constitucionalismo-dirigente, é hora de “menos abrangência constitucional” e de “mais democracia”, veja-se: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Constitucionalismo democrático e governo das razões**: estudos de direito constitucional contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 41.

### 3 CONSTITUCIONALISMO ANDINO

O exame de uma Constituição, contudo, como assevera Antonio Carlos Wolkmer, não pode reduzir-se ao simples formalismo jurídico ou ao seu reflexo hierárquico no ordenamento jurídico. Antes de tudo, uma Constituição sintetiza “um espaço estratégico e privilegiado de múltiplos interesses materiais, fatores socioeconômicos e tendências pluriculturais”, congregando e refletindo, em decorrência, os “horizontes do pluralismo”. A aproximação e a integração entre Constituição e pluralismo democrático se projetam na perspectiva de um novo Estado de Direito. Nesse sentido, a Constituição Brasileira de 1988, apesar de seu perfil republicano liberal e analítico, comparativamente às constituições anteriores, pode ser identificada como a mais avançada com relação a qualquer outro momento da história nacional. Nela houve o amplo reconhecimento dos direitos fundamentais, sendo inauguradas, inclusive, amplas perspectivas pluralistas em campos como: o religioso, o filosófico, o político e o cultural. A Constituição vigente, portanto, consagra - o pluralismo -, tendo a ele agregado o adjetivo “político”, em sentido mais vasto (no art. 1º, V). Desse modo, apesar das críticas a que está sujeita, é forçoso admitir a contribuição da Constituição da República de 1988 para a superação da tradição publicista liberal-individualista e social-intervencionista, configurando um importante instrumento para o neoconstitucionalismo, de tipo “pluralista e multicultural”. A Constituição de 1988 reconheceu os chamados direitos novos (direitos humanos, direitos da criança e do adolescente, direitos do idoso e do meio ambiente), tendo então dedicado um capítulo exclusivo para os povos indígenas (art. 231-232), em clara manifestação de seu posicionamento, reiterar-se: “pluralista e multicultural”.<sup>14</sup>

E como entender afinal a Constitucionalização no Direito Brasileiro? Como perceber o constitucionalismo pátrio em meio à tradição jurídica latino-americana? Sim, porque é verdade que a tradição latino-americana está apoiada em elementos europeus de mesma raiz histórica e cultural (os povos da Península Ibérica); entretanto, também é certo que existem nuances próprias, decorrentes de costumes indígenas e africanos incorporados.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo e crítica ao constitucionalismo na América Latina**. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/antoniofolkmer.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2012.

<sup>15</sup> Seria possível, a partir das características próprias do constitucionalismo latino-americano falar de um novo constitucionalismo latino-americano? A este respeito: PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. **Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?** Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/245.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2012; DALMAU, Rubén Martínez. **Asambleas constituintes e novo constitucionalismo en América Latina**. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/245.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2012; BELAUNDE, Domingo García. **El constitucionalismo latinoamericano y su influencias**. Disponível em: <<http://www.garciabelaunde.com/articulos/Elconstitucionalismolatinoamericanoysuinfluencias.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2012.

É neste âmbito que é proposto um novo Constitucionalismo, chamado Constitucionalismo Andino ou Indígena, nascido em meio aos países latino-americanos, a partir de suas mudanças políticas e de seus processos constituintes. O Constitucionalismo Moderno teria se revelado insuficiente para retratar a realidade das sociedades colonizadas, não conseguindo explicar o fato de persistirem relações tipicamente coloniais nas sociedades latino-americanas, nos séculos XIX, XX e XXI, a despeito da ruptura com as metrópoles europeias. Este novo constitucionalismo surge caracterizado por três ciclos: - o primeiro ciclo (ciclo social e descentralizador) associado às Constituições Brasileira (1988) e Colombiana (1991);<sup>16</sup> - o segundo ciclo (ciclo do constitucionalismo participativo e pluralista) correlacionado à Constituição Venezuelana (1999); - o terceiro ciclo (ciclo do constitucionalismo plurinacional comunitário), por sua vez, representado pelas Constituições do Equador (2008) e Bolívia (2009).<sup>17</sup>

A título de complementação, pode-se aduzir que, em grande medida, vozes na doutrina também salientam a recepção de um neoconstitucionalismo na Argentina, onde se fazem sentir questões como: a força normativa da Constituição Nacional, a proteção judicial dos direitos humanos e o caráter difuso e integrador das disposições constitucionais. A Constituição Argentina (1853) teria aderido ao modelo norte-americano, onde o caráter normativo e supremo da Constituição Nacional desde sempre esteve presente. Afirma-se, então, que estaria ocorrendo uma mudança qualitativa no ordenamento jurídico argentino, pela qual a crescente constitucionalização surge, entre outros fatores, como parte de um processo de judicialização em meio a um processo político e social.<sup>18</sup>

A compreensão da realidade constitucional latino-americana é questão da mais alta relevância, assim como é oportuno lembrar também, como o faz a doutrina, que a constitucionalização brasileira do direito, não pode ser confundida com a simples presença de normas de direito infraconstitucional na Constituição, mas, pelo contrário, extremamente importante perceber a necessidade de reinterpretação dos institutos jurídicos sob a ótica constitucional, de forma a realizar o que se convencionou chamar de *filtragem constitucional*. A Constituição Brasileira

<sup>16</sup> JARAMILLO, Leonardo García. **El neoconstitucionalismo en el contexto de la internacionalización del derecho: El caso colombiano**. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/133/art/art3.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2012.

<sup>17</sup> WOLKMER, op cit., 2012.

<sup>18</sup> SANTIAGO, Alfonso. **Neoconstitucionalismo**: sesión privada del Instituto de Política Constitucional del 3 de abril de 2008. Disponível em: <<http://ancmvp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf>>. Acesso em: 03 mar.2012

passa à verdadeira norma vinculante, superior, legitimadora e fundante de todo o ordenamento jurídico.<sup>19</sup>

Nesse contexto, a Constituição passou a ocupar uma nova posição no “centro das relações de direito privado”, antes ocupado pelo Código Civil, o que se dá a partir de uma consciência da unidade do sistema e do respeito à hierarquia das fontes normativas.<sup>20</sup> Foi reconhecida na doutrina a incidência dos princípios constitucionais nas relações de direito privado.<sup>21</sup> De acordo com uma nova ordem de valores, os valores existenciais passaram a prevalecer sobre os patrimoniais e, em decorrência, diversos institutos/instituições sofreram limitações, sendo “funcionalizados ao atendimento do interesse social”: o contrato, a empresa, a propriedade, a posse, a família etc. Percebeu-se a necessidade de se repensar o próprio conceito de “sujeito de direito”, de modo a colocar a pessoa humana como ser coletivo no centro de interesses.<sup>22</sup>

“Funcionalizar o direito” é compreendê-lo como instrumento da ideia de “solidariedade social”, objetivo e valor básico da ordem jurídica brasileira. Os

<sup>19</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Safe, 1999. p. 142.

<sup>20</sup> MORAES, op cit., 1993, p. 24.

<sup>21</sup> PERLINGIERI, Pietro. Normas Constitucionais nas relações privadas. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, n. 6-7, 1998/1999, p. 63-77.; TEPEDINO, Gustavo. Código civil, os chamados microsistemas e a constituição: premissas para uma reforma legislativa. **Revista de Direito da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, n. 6-7, 1998/1999. p.13.

<sup>22</sup> FACHIN, Luiz Edson. Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 753, jul. 1998. p. 49-50.

Para uma síntese clara acerca da constitucionalização do direito privado, válida a referência à lição de Daniel Sarmento, aonde se tem que: “ Os reflexos desta nova visão personalista do Direito Privado projetam-se sobre todos os seus campos. No Direito das Obrigações relativiza-se o dogma da autonomia da vontade, e se incrementa a quantidade de normas de ordem pública editadas em prol de interesses coletivos, com a intensificação da tutela dos hipossuficientes. Avulta a preocupação com a boa-fé objetiva, com o equilíbrio contratual, e se reconhece a função social do contrato. No campo dos direitos reais, a função social da propriedade e da posse remodela aqueles institutos, no afã de compatibilizá-los com outros vetores constitucionais como o direito à moradia e a proteção ao meio ambiente. Na seara da responsabilidade civil, elastece-se as hipóteses de responsabilidade objetiva, fundadas na teoria do risco, e já ingressam as preocupações com a justiça distributiva, ao lado da lógica tradicional fundada na justiça comutativa. No Direito de família, decai o patriarcalismo e a veneração incondicionada às instituições, como o casamento. A família se democratiza, com o reconhecimento da igualdade entre os cônjuges e do direito dos filhos de serem consultados nas decisões que lhes afetarem. Destaca-se a preocupação com o afeto nas relações familiares e com a tutela prioritária do interesse da criança. No Direito Comercial, fala-se na função social da empresa, como elemento limitador e condicionador dos poderes do empresário e amplia-se a proteção das partes mais fracas (e.g. do acionista minoritário nas sociedades anônimas). E os exemplos poderiam se multiplicar, pois o fenômeno da personalização se insinua por todos os campos do ordenamento privado, emprestando-lhe nova compostura, em harmonia com os valores sociais emergentes e com os princípios da Constituição da República. (...)

Os chamados ‘direitos da personalidade’ representam uma das formas de proteção da pessoa humana do Direito Privado. Sem embargo, a personalização deste ramo do Direito está longe de esgotar-se na tutela de direitos da personalidade, pontualmente tipificados em textos legislativos infraconstitucionais, como ocorreu no novo Código Civil brasileiro, que tratou da matéria nos seus artigos 11 a 21.” (SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 121-122).

institutos do Direito Civil, inclusive no segmento da atividade empresarial, se relacionam à temática da “funcionalização social do direito”. O estágio atual da família, do contrato, da propriedade, da posse e da empresa é o da negação ao exacerbado individualismo, marca indelével do período das codificações oitocentistas e consagração de um novo modelo fundado na integração dos valores coletivos nas relações intersubjetivas, que se instrumentaliza na noção de “função social”.<sup>23</sup>

A funcionalização de institutos e instituições não é tema novo, deita raízes nas noções mais básicas de sujeito de direito, detentor de prerrogativas que, vez por outra, deixam de servir apenas ao interesse próprio, devendo se coadunar aos interesses sociais. O Direito Romano traz um exemplo disto por ocasião da *ex Poetelia Papíria* (326 a. C), quando os interesses pessoais do credor foram postos de lado, em prol da prevalência do interesse coletivo, com a substituição da sujeição pessoal do devedor pela de seus bens.<sup>24</sup>

A visão funcional do direito, embora antiga, por se tratar de noção de conteúdo variável e, como tal, com recepção diversa a cada época histórica, frente às diversas influências ideológicas e aos interesses políticos, econômicos e sociais, passa a exigir dos estudiosos uma contínua e progressiva compreensão em suas dimensões e possibilidades.<sup>25</sup> No direito contemporâneo, marcado por novos paradigmas, o estudo dos antecedentes, dos aspectos atuais e das perspectivas futuras da “função social do direito,” seus contornos dogmáticos e eficácia social, nas experiências nacional e estrangeira surge como um autêntico desafio, verdadeira exigência da ordem do dia.

A presença do interesse social no Direito Privado passa a ser vista diante da necessidade de conciliação de valores constitucionais: justiça social, desenvolvimento econômico e direitos individuais. A intervenção estatal nos mercados é parte deste cenário, de forma a garantir a observância das normas jurídicas e éticas, sem afetar seu bom funcionamento. A própria noção de exercício regular do direito passa a estar sujeita ao atendimento do interesse social, à observância de novos paradigmas como: a função econômico-social do direito, a boa-fé e os bons costumes. Os valores humanísticos ou antropológicos, consagrados na Constituição passam a recair tanto

---

<sup>23</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Apresentação. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. (Coord.). **Função social no direito civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p.xviii.

<sup>24</sup> CHAMOUN, Ebert. **Instituições de direito romano**. 6. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1977. p. 294.

<sup>25</sup> PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. Tradução Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 670.

no direito público quanto no direito privado, o que torna mesmo difícil distinguir “o que é matéria de direito público e o que é tema de direito privado.”<sup>26</sup>

#### 4 TESTAMENTO VITAL

Fruto do avanço tecnológico, afirma-se hoje que pacientes estão se transformando em “campos de batalha”. Pessoas que estão à beira da morte ou sofrendo de profunda incapacitação, entubadas, desfiguradas, sedadas, monitoradas por aparelhos são mantidas vivas por semanas ou mesmo anos. Nesse âmbito ganha relevância a questão das decisões sobre o fim da vida, as chamadas diretrizes antecipadas ou “testamentos vitais”, isto é, documentos nos quais se estipula que procedimentos médicos devem ou não ser utilizados para manter o signatário vivo em circunstâncias específicas.”<sup>27</sup>

O tema (testamento vital), que inicialmente poderia ser identificado como pertencente ao direito privado, hoje, em face da constitucionalização do direito privado e do entrelaçamento ocorrido entre as searas pública e privada, passa a exigir um exame não só privatista, mas também publicista, com apoio no texto constitucional e também na ordem internacional. Assim, apenas um olhar comparativista e constitucionalizado permitirá a compreensão da evolução que o debate em torno do testamento vital vem sofrendo no cenário de transição do Neoconstitucionalismo para o Constitucionalismo Andino.

Vale dizer que, até pouco tempo atrás, se podia afirmar que este era um assunto pouco debatido no Brasil; porém, hoje já se tem aprovado inclusive um Enunciado na V Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, realizada em novembro de 2011, segundo o qual:

Enunciado 528. Art. 1729, parágrafo único e Art. 1857, Código Civil. É válida a declaração de vontade, expressa em documento autêntico, também chamado ‘testamento vital’, em que a pessoa estabelece disposições sobre que tipo de tratamento de saúde ou de não-tratamento deseja, para o caso de se encontrar sem condições de manifestar a sua vontade.

<sup>26</sup> WALD, Arnaldo. O interesse social no direito privado. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas.**- Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira.. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. passim.

<sup>27</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida:** aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 252.

Em suma, o referido Enunciado trouxe a aplicação da ortotanásia, na hipótese de testamento vital, para o Brasil. Necessário, portanto, de antemão, diferir entre: eutanásia, distanásia e ortotanásia. A eutanásia é um comportamento ativo e intencional de abreviação da vida de um doente terminal, adotado por um profissional de saúde, com finalidade benevolente. Seria um suicídio assistido, com a retirada da vida através do auxílio de terceiro. A distanásia consiste no prolongamento ao máximo da morte, usados meios extraordinários e desproporcionais para tanto. Finalmente, a *ortotanásia* configura a morte no tempo certo, sem o prolongamento artificial, surgindo como prática utilizada para não gerar o sofrimento decorrente da utilização de técnicas terapêuticas inúteis de prolongamento vital.<sup>28</sup>

O que se fez aqui foi admitir no Brasil, na falta de lei, os testamentos vitais como instrumentos de vontade antecipada pelos quais o paciente lúcido, anteendo doenças irreversíveis ou incuráveis, expressa sua vontade no sentido de não prolongarem artificialmente seu tratamento inutilmente. Autoriza a suspensão de tratamentos voltados a adiar a morte, quando esta já é certa. Não se confundiria com um auxílio à morte do paciente, sendo ao revés o reconhecimento de sua autodeterminação e liberdade.

Ultrapassada esta preliminar, algumas questões iniciais de ordem constitucional e internacional despontam. Como compreender a validade desta declaração de vontade? Onde está seu fundamento? Seria correto identificá-lo na Ordem Constitucional Brasileira? Outras Ordens Jurídicas estariam igualmente acolhendo o instituto em foco e influenciando para a formação de uma possível “consciência universal sobre a matéria”?

Para que se compreenda efetivamente a validade e o fundamento desta declaração de vontade é preciso identificá-la na Ordem Constitucional Brasileira. A despeito do embate em torno do tema, antes da admissão do referido enunciado não foram poucos os argumentos trazidos pela doutrina no sentido de se aceitar a validade do testamento vital, a partir de fundamentos da Constituição da República, dentre eles: a) a sua identificação como preservação de sua dignidade e de seus parentes; b) a identificação do testamento vital como manifestação da autonomia privada do paciente; c) o direito à vida digna; d) o direito à morte digna e outros.

“O testamento vital ou biológico, ao tutelar a manifestação da autonomia privada, nos termos acima, funciona como um instrumento voltado para a proteção

<sup>28</sup> CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo**: intersexualidade, transexualidade, transplantes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 65-75.

direta da dignidade do paciente terminal e indireta da dignidade de seus familiares, de vez que estes sofrem os males e as dores pelos quais passa seu ente querido.”<sup>29</sup> Assim, pode ser visto como um instituto que encontra “fundamento constitucional, na cláusula geral de tutela da pessoa humana (art. 1º, III; 3º, I, e 5º, § 2º, da Constituição da República Brasileira).”<sup>30</sup>

O acolhimento da cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana pela Ordem Constitucional Brasileira significa que o ser humano e seus valores existenciais são os valores prioritários do sistema. Mais do que isto, significa que, a partir da consagração da dignidade, existe um rol inesgotável de direitos fundamentais, essenciais à plena realização da existência humana que, se aparentemente incidirem em conflito entre si, deverá prevalecer aquele que melhor espelhe a dignidade humana, segundo o critério da proporcionalidade. A própria vida, exemplificativamente, por mais que seja um bem maior, do qual emanam outros, não se justifica por si mesma, se afastada do padrão de dignidade. Se o indivíduo expressa não considerar digno um tratamento de mantê-lo vivo, seria fazer prevalecer uma vida considerada indigna e contrariamente a sua liberdade de consciência, crença, integridade psicofísica etc. Ao contrário, reconhecer que aquilo que o paciente considera vida digna é dar-lhe tratamento solidário, aliás, não só a ele, mas a seus familiares (art. 5º, III).

Recentemente, em linhas gerais, afirma-se a necessidade de perceber o testamento vital como “instrumento que serve à autonomia privada do paciente terminal, como reflexo de seus projetos de vida, em consonância com o modelo democrático adotado pela Constituição da República de 1988.”<sup>31</sup>

Trata-se de admitir *uma nova concepção de autonomia privada* com apoio constitucional no ordenamento. De fato, nos dias atuais, a percepção da autonomia privada vai muito além de uma identificação com a iniciativa econômica, tradicionalmente vista como liberdade de negociar, escolher o contratante, determinar o conteúdo do contrato ou ato, escolher a forma do ato. A autonomia privada não é um valor em si. A autonomia privada está sujeita a um reexame, um juízo de valor a cada ato realizado. Tanto os atos patrimoniais quanto os não

<sup>29</sup> TARTUCE, Flávio. A questão do testamento vital ou biológico: primeiras reflexões. In: LAGRATA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos**. São Paulo: Atlas, 2011. passim.

<sup>30</sup> TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. I, p. 23-54.

<sup>31</sup> DADALTO, Luciana. **Testamento vital**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 147.

patrimoniais (no caso, o testamento vital) passam por uma filtragem constitucional, em especial estes últimos, eis que possuem uma posição mais elevada na escala de valores constitucionais. As liberdades decorrentes da autonomia privada devem encontrar compatibilidade com os princípios da ordem constitucional, a fim de que seja possível avaliar se é digna ou não de proteção pela ordem jurídica. A utilidade social de um ato só existe se surge em conformidade com a segurança, a liberdade e a dignidade humana. Mesmo atos que não sejam expressão da iniciativa privada, sendo manifestação da personalidade do homem hão de ser garantidos e tutelados. “A atuação da autonomia não deve ser identificada” tão só como realização do direito subjetivo, mas ainda de “deveres de solidariedade, aí incluídas solidariedade social e familiar.”<sup>32</sup>

Afirma-se mesmo o necessário reconhecimento de um direito constitucional de morrer, a partir da premissa de que as decisões sobre a vida e a morte de alguém são as mais importantes e cruciais para a formação e expressão da personalidade. Um sistema jurídico que consagra a dignidade deve então ser favorável à liberdade individual, incentivando mesmo que sejam tomadas decisões sobre o fim da vida.

A dignidade deve ser prezada e, em seu centro, o direito à consciência, de forma tal que um governo que negue o direito de decisão sobre a vida e a morte é totalitário, por mais livre que deixe os cidadãos para fazerem outras escolhas menos relevantes. Honrar a dignidade significa exigir a democracia. Uma Constituição que negue a liberdade de consciência é inimiga da democracia, jamais sua criadora. Necessário constar do texto das Constituições o direito de decidir sobre a vida e a morte.<sup>33</sup>

A análise da experiência estrangeira, a despeito das peculiaridades próprias de cada sistema jurídico, é também sempre válida para a compreensão de um instituto, eis que o direito pátrio não deve ser lido como uma realidade isolada diante da ordem internacional. Dentro do possível, ainda que brevemente, algumas notas são trazidas sobre a recepção do testamento vital em outros sistemas jurídicos.

Inicialmente, merece menção a experiência norte-americana, onde, no Estado da Califórnia, em 1976, foi aprovado o primeiro diploma legal, reconhecendo a declaração prévia de vontade do paciente terminal e, a partir da qual, outros Estados norte-americanos igualmente aprovaram leis regulamentando a matéria até

---

<sup>32</sup> PERLINGIERI, op. cit., 1997, p. 18-19.

<sup>33</sup> DWORKIN, op cit., 2003, p. 342-343.

que, em 1991, foi editada lei federal, consagrando o direito à autodeterminação do paciente. A seguir, mencione-se a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano em face das aplicações da Biologia e da Medicina (Convenção de Oviedo), 1997, art. 9º, que aludiu expressamente à vontade do paciente no momento da intervenção médica. Outra referência necessária seria a Lei Catalã 21/2000, como primeira lei espanhola a legalizar a declaração prévia de vontade do paciente terminal. Digno de nota o Código de Deontologia Médica da Itália, art. 34, tutelando a liberdade, a dignidade e a vontade expressa do paciente.<sup>34</sup>

Da América Latina, a seu turno, merecem menção: a) a Lei 160/2001, art. 3º, de Porto Rico, que tratou da diretiva antecipada de vontade; b) a Lei 4263 /2007 da Província de Rio Negro/Argentina, versando sobre diretivas antecipadas; c) a Lei 18473/2009 do Uruguai, que institui o testamento vital naquele país; d) a existência de projetos de lei, decisões e artigos na Argentina.

Nesse contexto, ainda, da vizinha Argentina, merece especial destaque inclusive o Anteprojeto de Código Civil e Comercial da Nação Argentina, elaborado pela Comissão de Reformas criada pelo Decreto 191/2011, integrada por Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco e Aída Kemelomajer de Carlucci, em seus aspectos valorativos e princípios preliminares, bem como no tratamento por ele conferido às chamadas diretrizes médicas antecipadas (art. 60).<sup>35</sup>

A primeira nota a ser feita em torno do Anteprojeto é relativamente à recepção da Constitucionalização do Direito Privado, na medida em que estabelece uma comunhão entre os princípios da Constituição, do direito público e do direito privado, em resposta a um reclamo da maioria da doutrina argentina. São levados em conta os Tratados em geral, especialmente os de Direitos Humanos, além dos direitos constitucionalmente reconhecidos. Alguns aspectos servem de exemplo: a proteção da pessoa humana nos seus direitos fundamentais (os chamados direitos da personalidade); os direitos de incidência coletiva; a tutela da criança; a proteção das pessoas com capacidades diferentes; a atenção conferida à mulher; o reconhecimento dos direitos dos consumidores e dos bens ambientais etc.

Finalmente, no que tange às diretivas médicas antecipadas, cabe ressaltar o art. 60 do anteprojeto, onde consta:

<sup>34</sup> Para um maior aprofundamento, veja-se: DADALTO, op cit., 2010, p. 77-113.

<sup>35</sup> LORENZETTI, Ricardo. **Aspectos valorativos y principios preliminares del anteproyecto de código civil y comercial de la nación**. Disponível em: <<http://www.nuevocodigocivil.com/aspectos-valorativos-y-principios-preliminares-del-anteproyecto-de-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion/>>. Acesso em: 13 jun. 2012.

Artigo 60.- Diretivas médicas antecipadas. A pessoa plenamente capaz pode antecipar diretivas e conferir mandato relativo a sua saúde e previsão de sua própria incapacidade. Pode também designar a pessoa ou as pessoas que vão expressar o consentimento para os atos médicos e para exercer sua curatela. As diretivas que impliquem em prática de eutanásia se têm por não escritas. Esta declaração de vontade pode ser livremente revogada em todo momento por quem a manifestou.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer deste estudo, é possível notar: por um lado, o estudo do direito privado deve ser hoje feito com apoio na Constituição; por outro, a realidade histórica atual, marcada pelo avanço tecnológico e pela globalização, tende, em certa medida, à aproximação dos Estados Nacionais, na ordem internacional, não sendo mais aceitável que o estudo do Direito Comparado persista, como outrora, como um mero acidente, uma ilustração, um acessório de um assunto principal (o direito interno).<sup>36</sup>

Não retomando a velha discussão se o Direito Comparado é ciência ou método, pode-se, antes de tudo, destacar a sua mais alta relevância para que seja viável perceber: a formação de um Direito Uniforme Espontâneo, caracterizado pela adoção de *soluções análogas em diferentes sistemas jurídicos*; a reforma legislativa dos países como decorrência do Direito Comparado; a possibilidade de mútua compreensão entre os povos, superando os mal-entendidos e a tensão internacional; o aumento da cultura jurídica no plano espacial.<sup>37</sup>

Só um olhar comparativista permite compreender questões como a integração, a harmonização e a unificação do direito, ou, ao menos, a formação de uma “consciência jurídica universal.”<sup>38</sup> A União Europeia é um exemplo de integração supranacional, em estágio avançado. O Mercosul, a seu turno, um exemplo de mercado comum, de cunho econômico, mas que se pretende vá além disso,

---

<sup>36</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Resumo das lições de legislação comparada sobre o direito privado*. Bahia: J. L. Fonseca Magalhães, 1897. p. 11.

<sup>37</sup> SÁ RIBEIRO, Marilda Rosado de. Importância do direito comparado. In: TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto (Org). *O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 680-681.

<sup>38</sup> ANCEL, Marc. *Utilidade e métodos do direito comparado: elementos de introdução geral ao estudo comparado dos direitos*. Tradução Sérgio José Porto. Porto Alegre: Safe, 1980. p. 10.

alcançando uma integração política e jurídica, encontrando esta última fundamento no art. 4º, parágrafo único, da Constituição de 1988.

Neste particular, então, por mais que seja cedo se falar de um “direito comunitário latino-americano, de uma unificação legislativa do direito privado neste âmbito, a presença de princípios comuns nos códigos latino-americanos” não é novidade. A lembrança do Esboço de Teixeira de Freitas, em grande parte adotado no Código Civil Argentino atual e que influenciou a legislação uruguaia, paraguaia e as leis de outras repúblicas hispano-americanas, é prova disto.<sup>39</sup>

A análise da experiência estrangeira, em matéria de direito privado, demonstrou: a) a presença da constitucionalização do direito privado em diferentes ordenamentos e de um novo constitucionalismo, hoje em debate na América Latina; b) a recepção do testamento vital em diferentes ordenamentos jurídicos, o que parece fruto de uma crescente consciência jurídica universal em torno de uma maior humanização do direito, a despeito das diferenças culturais e de identidade entre os povos.

## REFERÊNCIAS

ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do direito comparado**: elementos de introdução geral ao estudo comparado dos direitos. Tradução Sérgio José Porto. Porto Alegre: Safe, 1980.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em: <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/barroso.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2012.

BELAUNDE, Domingo García. **El constitucionalismo latinoamericano y su influencias**. Disponível em: <<http://www.garciabelaunde.com/articulos/Elconstitucionalismolatinoamericanoyinfluencias.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2012.

<sup>39</sup> MIRANDA, Pontes. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 80-82.

BEVILÁQUA, Clóvis. Contato entre a Medicina e o Direito. In: BOMFIM, B. Calheiros (Org.). **Escritos esparsos**. Rio de Janeiro: Destaque: 1995.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Resumo das lições de legislação comparada sobre o direito privado**. Bahia: J. L. Fonseca Magalhães, 1897.

CHAMOUN, Ebert. **Instituições de direito romano**. 6. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994

DADALTO, Luciana. **Testamento vital**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DALMAU, Rubén Martínez. **Asembleas constituintes e novo constitucionalismo en América Latina**. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/245.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2012.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 753, p. 49-50, jul. 1998.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Apresentação. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. (Coord.). **Função social no direito civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Normas e princípios na constituição brasileira de 1988. **Revista de Direito da Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 28, p. 49-63, 1988.

GUASTINI, Riccardo. **La “Constitucionalización” del ordenamiento jurídico: El Caso Italiano**. Disponível em: <[http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/GUASTINI\\_R-La\\_constituionalizacion\\_del\\_ordenamiento\\_juridico\\_1\\_.pdf](http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/GUASTINI_R-La_constituionalizacion_del_ordenamiento_juridico_1_.pdf)>. Acesso em: 27 fev. 2012

IRTI, Natalino. **La edad de la descodificación**. Traducción de Luis Rojo Ajuria. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1992.

JARAMILLO, Leonardo García. **El neoconstitucionalismo en el contexto de la internacionalización del derecho: El caso colombiano.** Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/133/art/art3.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2012.

LORENZETTI, Ricardo. **Aspectos valorativos y principios preliminares del anteproyecto de código civil y comercial de la nación.** Disponível em: <<http://www.nuevocodigocivil.com/aspectos-valorativos-y-principios-preliminares-del-anteproyecto-de-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion/>>. Acesso em: 13 jun. 2012.

MIRANDA, Pontes. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, v. 17, n. 65, p. 24, jul./set. 1993.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria geral do direito civil.** Coimbra: Coimbra, 1996.

PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. **Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?** Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/245.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2012.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito.** Tradução Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERLINGIERI, Pietro. Normas Constitucionais nas relações privadas. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, n. 6-7, p. 63-77, 1998/1999.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional.** Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PEREZ LUNÓ, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 1998.

SÁ RIBEIRO, Marilda Rosado de. Importância do direito comparado. In: TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 680-681.

SANTIAGO, Alfonso. **Neoconstitucionalismo**: Sesión Privada del Instituto de Política Constitucional del 3 de abril de 2008. Disponível em: <<http://ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf>>. Acesso em: 03 mar.2012.

SARAMAGO, José. Constituições e realidades. In: SARAMAGO, José. **O Caderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 79-80.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Safe, 1999.

SCHLÜTER, Wilfried. **Código civil Alemão**: direito de família. Tradução de Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Safe, 2002.

SILVA, José Afonso da. Dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. Rio de Janeiro: **Revista de Direito Administrativo**, n. 212, p. 89-90, 1998.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Constitucionalismo democrático e governo das razões**: estudos de direito constitucional contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

TARTUCE, Flávio. A questão do testamento vital ou biológico: primeiras reflexões. In: LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito de família**: novas tendências e julgamentos emblemáticos. São Paulo: Atlas, 2011. p. 7-32.

TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. I, p. 23-54.

TEPEDINO, Gustavo. Código civil, os chamados microssistemas e a constituição: premissas para uma reforma legislativa. **Revista de Direito da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, n. 6-7, p. 13, 1998/1999.

WALD, Arnaldo. O interesse social no direito privado. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **O Direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas.- Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008. *passim*.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo e crítica ao constitucionalismo na América Latina**. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2012.

*Enviado em: 25 de junho de 2012*

*Aceito em: 02 de abril de 2013*