

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

GARANTIAS FUNDAMENTAIS

LUIZ FERNANDO BELLINETTI

MARGARETH ANNE LEISTER

EDINILSON DONISETE MACHADO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

G763

Garantias fundamentais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Edinilson Donisete Machado, Luiz Fernando Bellinetti, Margareth Anne Leister – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-057-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Garantias fundamentais.
I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Apresentação

APRESENTAÇÃO

O desafio de se efetivarem as garantias fundamentais previstas no ordenamento jurídico de nosso país exige um amplo engajamento dos diversos setores e instituições jurídicas contemporâneas.

A academia tem colaborado decisivamente para este processo e o Conpedi tem se firmado, ao longo de mais de duas décadas, como um espaço fecundo para o debate sobre o tema e sua consequente implementação como instrumento transformador para que se possa alcançar a sociedade livre, justa e solidária preconizada em nossa Constituição Federal.

O Grupo de Trabalho Garantias Fundamentais, cujas atividades foram realizadas durante o XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, em Aracajú/SE, no período compreendido entre os dias 03 e 06 de junho de 2015, confirmou essa trajetória.

As contribuições de pesquisadores de diversos Programas qualificados de pós-graduação em Direito enriqueceram a apresentação e discussão dos trabalhos do Grupo, possibilitando a troca de experiências, estudos e investigações visando esse contínuo processo de efetivação das garantias fundamentais.

Do exame e discussão dos trabalhos selecionados foi possível identificar a riqueza dos textos com investigações realizadas desde o âmbito da filosofia até as especificidades da dogmática jurídica.

Foram apresentados e discutidos vinte e um trabalhos, que veicularam percucientes estudos e análises sobre as garantias fundamentais vinculadas às mais diversas searas do universo jurídico.

Gostaríamos que as leituras dos trabalhos aqui apresentados pudessem reproduzir, ainda que em parte, a riqueza e satisfação que foi para nós coordenarmos este Grupo, momento singular de aprendizado profundo sobre o tema.

É por isso que temos imensa satisfação de levar à publicação mais uma obra coletiva, que testemunha o conjunto de esforços do CONPEDI e seus associados, reunindo estudos e pesquisas sobre a temática das Garantias Fundamentais.

Esperando que a obra seja bem acolhida, os organizadores se subscrevem.

Prof. Dr Edinilson Donisete Machado UNIVEM

Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti UEL

Profa. Dra. Margareth Anne Leister - UNIFIEO

**A CONFORMAÇÃO NORMATIVA E O REGISTRO GRATUITO DO
TESTAMENTO VITAL COMO GARANTIA DA DIGNIDADE DA PESSOA
HUMANA**

**THE CONFORMATION STANDARDS AND REGISTRATION FREE TESTAMENT
VITAL AS HUMAN DIGNITY PERSON OF WARRANTY**

**Rogério Piccino Braga
João Antonio Sartori Júnior**

Resumo

Se a declaração prévia de vontade para o fim da vida, denominada pela doutrina de testamento vital, obteve espaço no ordenamento jurídico de países como o Uruguai, Estados Unidos e Espanha ao término da década de 1950, no Brasil ainda padece de embasamento legal para atingir a condição de instrumento que assegure dignidade à pessoa em estado terminal. Elevar a livre escolha por tratamentos médicos - ou a eles não se submeter quando em estado irreversível, vislumbrando o direito a uma morte digna - à condição de ato necessário para o exercício da cidadania, significa alcançar os objetivos constitucionais consubstanciados num de seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana. Urge reconhecer e garantir os limites projetados na declaração prévia de vontade do paciente, dirigidos às intervenções médicas a serem ou não empreendidas no instante em que o indivíduo já se encontra afastado do discernimento necessário à decisão sobre tais métodos. No contexto brasileiro, o instituto se encontra sob a égide rasa de Resoluções de Conselhos de classe, voltadas a reger o fim da vida dos seres humanos que se encontram aos cuidados do Estado. Urge, à semelhança do registro público gratuito do assento de nascimento e do óbito, regulados por lei federal, considerar a declaração prévia para o fim da vida, da mesma forma, ato necessário para o exercício da cidadania, normatizá-lo e torna-lo acessível a todos os cidadãos, efetivando, assim, seu direito a uma morte digna.

Palavras-chave: Dignidade humana; garantias fundamentais, Declaração de vontade; testamento vital.

Abstract/Resumen/Résumé

If the prior declaration of will to the end of life, called the doctrine of "living will", got space in the legal system of countries like Uruguay, USA and Spain at the end of the 1950s, Brazil still suffers from legal foundation to reach the instrument condition that ensures dignity to terminally ill person. Raise the free choice of medical treatment - or they did not submit when in an irreversible state, seeing the right to a dignified death - the act of condition necessary for the exercise of citizenship, means to achieve the constitutional objectives embodied in one of its fundamentals, dignity of the human person. Need to recognize and guarantee the design limits of a previous declaration of the patient will, directed to medical interventions to be undertaken or not the instant that the individual is already removed from

the discernment necessary to the decision on such methods. In the Brazilian context, the institute is under the aegis of shallow class Councils of resolutions aimed at regrant the end of life of human beings who are in State care. Urge, like free public record of the birth and death, regulated by federal law, to consider prior declaration to the end of life, likewise act necessary for the exercise of citizenship, regulates it and makes it accessible to all citizens, effecting thus their right to a dignified death.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Human dignity; fundamental guarantees; statement of intent; living will.

INTRODUÇÃO

É inegável o reconhecimento dos avanços tecnológicos e científicos na área da saúde com reflexos no direito, notadamente nos procedimentos que envolvem a preservação da vida humana. As chamadas limitações médico-terapêuticas, consubstanciadas na dignidade da pessoa humana, exigem do aplicador do direito um esforço transdisciplinar, a enfrentar a correlação entre o direito e as técnicas reflexas da medicina, da bioética e até mesmo questões morais. A declaração prévia de vontade para o fim da vida ainda carrega estigmas e gera polêmica entre os profissionais médicos, além de indecisões acerca de sua licitude, pela ausência de legislação específica e até mesmo pela falta de reconhecimento de normatividade aos atos infralegais. Não há no Brasil legislação específica a conformar a declaração prévia de vontade para o fim da vida, nem mesmo há o consenso acerca da necessidade, já que a

dignidade da pessoa humana encontra-se positivada como fundamento na Constituição Federal brasileira de 1988. E isso não é pouco. A dogmática dos direitos fundamentais, notadamente sob o aspecto epistemológico, nos leva a acreditar que à legislação de cada Estado membro não deve ser dada a triste tarefa de regulamentar o que de mais aplicável temos no contexto de construção do nosso sistema constitucional. É dizer, legislar sobre matéria de repercussão nacional onde, se algo ainda existe para ser disciplinado mediante ato legal e normativo, há de se escolher a via textual própria como transporte:

Em âmbito legislativo nacional, inexistente lei federal que trate especificamente dos direitos dos pacientes a recusar tratamento médico. Porém, encontra-se na produção teórica de juristas conectados à temática bioética a afirmação desse direito a partir da interpretação da própria Constituição Federal. Também há uma lei estadual paulista e algumas resoluções administrativas que auxiliam o entendimento da temática sobre assistência médica em pacientes no final de vida. Além disso, cabe por fim comentar as atuais discussões em termos de política legislativa, a partir da análise de um dispositivo específico do anteprojeto do novo Código Penal, que considera exclusão de ilicitude deixar de manter a vida de um paciente com morte “imminente e inevitável”. A prática do consentimento informado na assistência médica tem respaldo jurídico não apenas no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, no inciso III do artigo 1º, mas também através da cláusula geral da liberdade, expressa no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, onde se afirma que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (PITHAN, 2004, p. 109).

O ato normativo editado no Estado de São Paulo, a que se refere a autora (PITHAN, 2004, p. 109), é a Lei nº 10.241, de 17 de março de 1999, que dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado e confere, pela redação do inciso XXIII do art. 2º, a possibilidade de o paciente “*recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida*”. Por ironia do destino, promulgado o referido diploma, dele fez uso o então governador do Estado de São Paulo, Mário Covas. A autora nos lembra, ainda, que atos normativos outros que não o dispositivo legal formal, ligam as chamadas “ordens de não-ressuscitação” à dignidade da pessoa humana, assim como a Resolução nº 41/95 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente em consonância com a Lei nº 8.069/90:

Um ano após a promulgação da referida lei paulista sobre os direitos dos usuários dos serviços de saúde de São Paulo, o então governador, Mário Covas, recusou tratamento médico em final de vida. Sofrendo de câncer terminal, Covas decidiu não se submeter a tratamento médico em unidade de terapia intensiva de hospital, preferindo morrer em casa. Outro documento normativo que auxilia na interpretação da dignidade da pessoa humana no momento da morte é a Resolução nº 41/95 do CONANDA, Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, órgão vinculado ao Ministério da Justiça. Esta resolução aprovou na íntegra um texto

elaborado pela Sociedade Brasileira de Pediatria, relativo aos direitos da criança e do adolescente hospitalizados. Enquanto a Lei nº 8.069/90 - o Estatuto da Criança e do Adolescente - diz em seu artigo 15 que a criança e o adolescente têm direito à dignidade, a Resolução nº 41/95 do CONANDA assegura ao paciente jovem ou infante, no artigo 20, o “direito a ter uma morte digna, junto a seus familiares, quando esgotados todos os recursos terapêuticos disponíveis” (PITHAN, 2004, p. 110-111).

No que concerne à definição de dignidade da pessoa humana como garantia fundamental - não apenas como um princípio nesse universo atual de um pamprincipiologismo, como diria Lenio Luiz Streck (2014, p.19) – veremos que é possível consolidar a certeza de que o ser humano pode dispor do exercício de um direito fundamental sem que dele renuncie. A dogmática das garantias fundamentais, construída como fruto de uma democracia participativa – razão de ser do sentimento constitucional de adesão ao texto maior – nos leva à reflexão sobre a necessidade de um processo hermenêutico voltado a não mais aceitar o ato de legislar de forma incontida e regionalizada sobre temas que dizem respeito ao cidadão do país, não do Estado membro somente. Caso contrário, a setorização da regulamentação de fundamentos constitucionais como a dignidade (da pessoa) humana, por exemplo, passará a fazer parte do infundável conjunto legislativo que compreende os atos normativos álibis (Marcelo Neves, 2007, p. 5). Isso ocorrerá com todo e qualquer diploma que se dispuser a regulamentar a dignidade humana por meio de comandos autorizativos à declaração prévia de vontade para o fim da vida, que não aquela a ser incorporada diretamente ao ordenamento jurídico federal, por outro lado. Nessa linha de raciocínio, legislar de forma irresponsável, traindo a confiança do cidadão e agir perniciosamente, como um bombeiro que lança gasolina em direção ao fogo, num contexto social onde o povo busca de todas as formas a solução para que seus anseios sejam transformados em bens jurídicos, é incutir no indivíduo a sensação de ineficácia do processo legislativo e da incompetência dos agentes responsáveis por representá-lo. É dizer, agir com imediatismo:

Mas não só dessa forma genérica evidencia-se a legislação-álibi. Em face da insatisfação popular perante determinados acontecimentos ou da emergência de problemas sociais, exige-se do Estado muito frequentemente uma reação solucionadora imediata. Embora, nesses casos, em regra, seja improvável que a regulamentação normativa possa contribuir para a solução dos respectivos problemas, a atitude legiferante serve como um álbi do legislador perante a população que exigia uma reação do Estado (NEVES, 2007, p.37).

O mesmo ocorre no caso das respostas abruptas do Estado-legislador a manifestações sociais desorganizadas, sem objetivos democráticos, a orientarem a ação de governos pautados pelo vento da mídia condutiva. Kindermann (2007, p. 37), referenciado por Marcelo Neves em sua obra *A constitucionalização simbólica* (2007, p. 38), trata do tema:

Kindermann refere-se ao caso de peixes acometidos por nematódeos que, conforme uma reportagem da TV alemã (1987), estariam sendo comercializados e provocando doenças intestinais nos consumidores. Os problemas econômico-sociais resultantes da redução do consumo provocada pela reportagem levaram o governo federal da Alemanha a expedir um decreto muito abrangente e detalhado, que deveria garantir o não-acesso ao comércio de todo e qualquer peixe acometido, tendo sido recebido com satisfação pelo público e servido para mostrar que o Estado “tinha os problemas sob controle”. Com isso, obtinham-se efeitos positivos para a regularização do comércio de pescados, embora, sob o ponto de vista instrumental, o problema ou risco da comercialização e consumo de peixes contaminados permanecesse fora do controle estatal, dependendo antes das medidas dos comerciantes de pescados (KINDERMANN, 1988, p. 268, *apud*. NEVES, 2007, p. 38).

Se por um prisma enxergamos como crucial o exercício teórico e todos os esforços hermenêuticos aptos que são à expressão do pós-positivismo a superar as velhas lições entranhadas, por outro, estender o fruto do trabalho epistemológico, dogmático (não dogmatismo) a todo e qualquer produto do poder constituinte derivado, aprovado sob a égide da falta de rigor no processo legislativo é homenagear a insegurança jurídica quanto à dignidade em articulação com a liberdade do indivíduo.

1 A dignidade (da pessoa) humana como fundamento do sistema constitucional brasileiro

Já há muito se diz da dignidade da pessoa humana, a matriz ideológica e a coluna que sustenta as Constituições democráticas de todos os Estados que as possuem. Ao se falar em Estado Democrático de Direito, fruto do movimento responsável pela consagração e positivação dos direitos fundamentais naquelas Cartas constitucionais – o constitucionalismo –, inevitavelmente, a dignidade da pessoa humana surge não como troféu coadjuvante, mas sim como ponto de partida e ponto de chegada, protagonista, portanto, de todo avanço constitucional democrático. Fundamento do produto da Assembleia Constituinte que culminou na redação da Constituição Federal brasileira de 1988, por necessidade do contexto social na ocasião, se fez positivada como tal. As violações engendradas pelo regime ditatorial que vigorou por mais de 20 anos no Brasil-militar, produziram em nosso sistema jurídico-constitucional a premência da conformação dos anseios de uma sociedade privada a fórceps

das liberdades individuais, assim como a elevação da ruptura com o regime de exceção ao patamar de bem jurídico.

E isso se traduz pelo contexto em que se deu o golpe militar de 1964, até o início do processo de redemocratização brasileiro. Iniciado o regime, surgem as forças de resistência, algumas delas caracterizadas como movimentos armados, inexistentes até então, fato que serviria, mais tarde, como instrumento de autojustificação do regime militar (SKIDMORE, 1988, p. 23). Lançando mão do Ato Institucional nº 5, em 13 de dezembro de 1968, passa a ditadura a atuar de forma sistemática em repressão aos movimentos de resistência, em nítida política de Terror de Estado, generalizando a tortura, exterminando membros dos citados movimentos armados, exilando líderes políticos e sociais, envidando prisões e demissões arbitrárias nos setores privado e público, cassando direitos políticos, censurando, torturando, praticando execuções sumárias e fazendo pessoas desaparecerem (ABRÃO; TORELLY, 2012, p. 15). Mais tarde, 14 anos depois, a assim chamada Lei da Anistia deu início à tão esperada redemocratização.

Passaram, a partir de então, à discussão de “acordos” que culminaram no movimento denominado “Diretas Já” e em seguida na Assembleia Constituinte que dera origem à Constituição Federal de 1988, sacramentando o Estado Democrático de Direito em nosso País. Estávamos, sem sombra de dúvidas, diante de uma revolução como expressão pura de seu significado sociológico em Marx, traduzida numa busca retroativa de um desenvolvimento obstaculizado, ou nos dizeres de Lenin, quando a classe superior não pode e a classe inferior não quer prosseguir no velho sistema (BONAVIDES, 2015, p. 435).

Nesse contexto, então, é que se deu a conformação da luta pela democracia, pela extinção dos meios arbitrários exteriorizados pelo regime militar e pela sagração dos direitos humanos hoje positivados no texto constitucional, direitos fundamentais, portanto. Por evidência factual, é que se desenvolve a forma interpretativa e fundamental pautada na dignidade da pessoa humana. É dizer que todas as forças estejam voltadas sim, porém, para impedir que os seres humanos, nas situações mais difíceis, sejam expostos à arbitrariedade, à força dos Estados, à repressão e ao ataque indiscriminado e sem medida dos vencedores em gravíssimos conflitos (ALARCÓN, 2011, p. 268). Não esqueçamos, por exemplo, que do radicalismo político inglês entre 1681 e 1683, num típico contexto de dissidências políticas e religiosas, foi que surgiram o “direito de resistência” e o “direito à revolução”, sob o aspecto da formulação teórica, a pressupor esforços para traçar os contornos precisos ao “corpo do povo”. Por essa razão foi que John Locke sugerira a distinção entre poder constituinte do

povo e o poder ordinário do governo e do legislativo – responsáveis estes por prover a edição e a aplicação de leis (CANOTILHO, 2003, p. 72-73):

Os pressupostos teóricos da sugestão de um supreme power identificados pela doutrina como poder constituinte são resumidamente estes: (1) o estado de natureza (state of nature) é de caráter social; (2) neste estado de natureza os indivíduos têm uma esfera de direitos naturais (property) antecedentes ou preexistentes à formação de qualquer governo; (3) o poder supremo é conferido à sociedade ou comunidade e não a qualquer soberano; (4) o contrato social através do qual o povo “consente” o poder supremo do legislador não confere a este um poder geral mas um poder limitado e específico e, sobretudo não arbitrário; (5) só o corpo político (body politic) reunido no povo tem autoridade política para estabelecer a constituição política da sociedade (CANOTILHO, 2003, p. 73).

No que concerne à análise do conteúdo do que viria a empregar significado mais condizente com a dignidade da pessoa humana, de precisa utilidade não somente didática, mas também prática aplicada ao caso concreto, a teoria dos três graus do ser narrada por Antonio Caso e citada na obra de Pietro de Jesús Lora Alarcón elevando a coisa, o indivíduo e a pessoa a patamares existenciais (ALARCÓN, 2011, p. 269):

Nessa teoria, a coisa, o indivíduo e a pessoa, são considerados patamares existenciais, sendo que, a primeira é o ser sem unidade, pois se uma coisa quebra nada morre nela. O quebrar coisas nos dá coisas. Porém, ao tomar-se contato com o biológico nos deparamos com os indivíduos. E, dentre os indivíduos distinguimos os das espécies não humanas, mas que apresentam potência vital, e o indivíduo da espécie humana. Este último é algo a mais ou representa algo a mais que um indivíduo, pois é uma pessoa, uma substância individual de natureza racional. Assim, tão somente do indivíduo da espécie humana, transformador consciente da realidade, com plena percepção do seu tempo, é dizer, das noções de passado, presente e futuro, pode-se cobrar responsabilidade, posto que é o único que converte natureza em cultura, distinguindo dentre o bom e o ruim, o aceitável e o condenável, o razoável e o absurdo. Nesse sentido, o significado da dignidade expressa algo que eleva, que realiza, que qualifica, e que, portanto, sobrepassa os meros fatos (ALARCÓN, 2011, p. 269).

Alçada como o foi a dignidade da pessoa humana ao patamar de fundamento do Estado Democrático (e social) de Direito brasileiro (art. 1º, III da CF de 1988), necessária será sempre a interpretação de conteúdo, como base a decisões e à edição de normas. É o que se extrai da certa lição de Pietro de Jesús Lora Alarcón (2011, p. 269):

Nessa seara, cumpre também assinalar, nos marcos do chamado neoconstitucionalismo ou constitucionalismo de princípios, a consideração de que os direitos consagrados em normas outrora vistas como de efetividade diferida, sobre a base de uma interpretação irresponsável da sua programaticidade – normas programáticas, hoje são normas que exigem sua aplicabilidade imediata. Tais normas que se referem a direitos sociais, quando efetivadas, supõem uma ação estatal destinada a promover soluções a problemas que impedem surgimento de uma condição mínima de vida do ser humano. Destarte, a dignidade humana, como base

para o exercício da liberdade, é prestigiada de maneira direta, através de uma interpretação que obriga o Estado a trabalhar com um sentido de justiça social definido e decisivo (ALARCÓN, 2011, p. 269).

Ingo Wolfgang Sarlet (2014, p. 124), citando Albert Bleckmann (1997, p. 539), é categórico ao afirmar que o Estado existe em função do ser humano e não o contrário, numa visão típica do avanço proporcionado pelo constitucionalismo contemporâneo:

Ao consagrar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático (e social) de Direito (art. 1º, II), a CF de 1988, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do próprio Estado e do exercício do poder estatal, reconheceu categoricamente que o Estado existe em função da pessoa humana, e não o contrário (BLECKMANN, 1997, p. 539, apud. SARLET, 2014, p. 124).

Na mesma linha de raciocínio o autor lembra não ter sido por acaso que a dignidade da pessoa humana não integrou o rol dos direitos fundamentais, mas sim alçado ao grau de princípio fundamental (SARLET, 2014, p. 124). Se, para se compreender o direito constitucional se faz necessário aludir aos grandes problemas jurídico-políticos a que o movimento constitucional moderno procurou dar resposta (CANOTILHO, J.J. Gomes, 2003, p. 51), não é diferente com a dignidade da pessoa humana, fundamento da Constituição Federal de 1988, assim considerada no que concerne à superação de um regime instalado em 1964, supressor que foi de todas as garantias fundamentais do indivíduo. É da essência do constitucionalismo a necessidade em elevar a dignidade da pessoa humana ao trono de fundamento constitucional. Eis a sugestão de um poder constituinte de resistência nos moldes de John Locke, a guardar características semelhantes ao que o legislador de 1988 projetou em momento histórico e político que demandava resistência ao regime ditatorial de 1964:

Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará a técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo. Numa outra acepção – histórico-descritiva – fala-se em constitucionalismo moderno para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político (CANOTILHO, J.J, 2003, p. 52, grifo nosso).

Sarlet (2012, p. 46-47) nos mostra que os direitos do cidadão, frente ao Estado, são estabelecidos cotidianamente:

Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto peculiar (ressalvado certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês), do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual de seu poder. São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”. Assumem particular relevo no rol desses direitos, especialmente pela sua notória inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. São posteriormente, complementados por um leque de liberdades, incluindo as assim denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação, etc.) e pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia (SARLET, 2012, p. 46-47).

Jürgen Habermas (2012, p. 17, *apud*. ROTHENBURG, 2014, p. 122), diz que a dignidade, aqui elevada ao patamar de fundamento do Estado Democrático de Direito, base de sustentação da República Federativa do Brasil, não simplesmente como um direito fundamental, “*é um sismógrafo que mostra o que é constitutivo para uma ordem jurídica democrática – a saber, precisamente os direitos que os cidadãos de uma comunidade política devem se dar para poderem se respeitar reciprocamente [...]*”. A noção de dignidade repousa na autonomia pessoal ainda que não exclusivamente, é dizer na liberdade que o ser humano possui de, ao menos potencialmente, formatar sua própria existência (SARLET, p. 126).

1.1 A experiência norte-americana e uruguaia com o testamento vital: breves considerações

Luciana Dadalto Penalva (2008, p. 516-538), lucidamente citada por Thales Prestrêlo Valadares Leão (2013) traz a experiência norte-americana com o testamento vital. Denominado de “living will”, surgiu no final da década de 1960 por meio de documento editado pela Sociedade Americana para Eutanásia naquela época. Anos mais tarde, eclodia nos Estados Unidos um novo modelo de testamento vital, visando assegurar, dentre outros, “a abordagem da temática nos tribunais, levando em conta a diferença entre o homicídio privilegiado por relevante valor moral e o qualificado por motivo torpe” e “o direito de o paciente morrer por sua vontade”:

Nos Estados Unidos da América, o testamento vital, cunhado pela denominação living will, teve seu nascedouro no final da década de 1960, especificamente em

1967, quando a Sociedade Americana para a Eutanásia, pela primeira vez, propagou um documento de cuidados antecipados pelo qual o indivíduo poderia registrar seu desejo de interromper as intervenções médicas de manutenção da vida. Em 1969, foi proposto pelo advogado Louis Kutner um novo modelo, objetivando a solução de conflitos entre médicos, pacientes terminais e familiares sobre a tomada de decisão em relação aos tratamentos que o paciente em estado terminal deveria ser submetido, tendo sido sugerido ainda que o documento satisfizesse 4 (quatro) finalidades: 1) auxiliar a abordagem da temática nos tribunais, levando em conta a diferença entre o homicídio privilegiado por relevante valor moral e o qualificado por motivo torpe; 2) permitir ao paciente o direito de morrer por sua vontade; 3) propiciar ao paciente expressar seu desejo de morrer mesmo em ocasião em que esteja incapaz de dar seu consentimento; e 4) garantir ao paciente que sua vontade será respeitada e cumprida (PENALVA, 2008, p. 516-538, *apud* LEÃO, 2013).

Na atualidade, ao que os Estados Unidos chamam de “diretivas antecipadas”, recebe esforço de extensão não somente aos pacientes terminais, mas também a todo e qualquer cidadão, a considerar a expressão “planejamento antecipado de tratamentos” (LEÃO, T., 2013).

No Uruguai, a conformação jurídica se deu pela Lei nº 18.473, de 21 de abril de 2009 e estabeleceu que *“toda persona mayor de edad y psíquicamente apta, en forma voluntaria, consciente y libre, tiene derecho a oponerse a la aplicación de tratamientos y procedimientos médicos salvo que con ello afecte o pueda afectar la salud de terceros”*. No que concerne à experiência uruguaia com o testamento vital, Sérgio Franco Leão (2012, p. 97) nos informa que o Uruguai foi um dos pioneiros na implantação em seu ordenamento jurídico, do testamento vital, autorizando o magistrado, ainda, a eximir de pena aquele que contribuisse com o processo de “aceleração da morte por questões sentimentais”:

O Uruguai foi um dos primeiros países do mundo a aprovar uma legislação específica sobre eutanásia (ano de 1934), a qual autorizava o juiz a exonerar a pena do autor que tivesse contribuído para acelerar o processo de morte de outrem por questões sentimentais, em atendimento às súplicas reiteradas da vítima. Para tanto, o agente também deveria apresentar antecedentes criminais honrados, segundo a legislação mencionada. Com esse histórico, o Uruguai, no ano de 2009, aprovou o testamento vital ou declaração de vontade antecipada, sendo que a legislação prevê que a pessoa maior de idade e em plenas condições psíquicas, de forma voluntária, consciente e livre, pode manifestar a sua oposição à aplicação de qualquer tratamento ou procedimento médico no final de sua vida, exceto quando essa conduta afetar a saúde de terceiros (LEÃO, Sérgio, 2012, p. 97).

2 O dilema terminológico e a *ratio essendi* da declaração prévia de vontade para o fim da vida

Malgrado a não positivação no ordenamento jurídico brasileiro do instituto do testamento vital, a assim chamada declaração prévia de vontade para o fim da vida, pela doutrina atual, há por parte dos aplicadores do direito o constante exercício hermenêutico

aplicado a mecanismos normativos que, apesar de infraconstitucionais e infralegais, muitas vezes, consagram e se consubstanciam na dignidade da pessoa humana. Diferente, no entanto, como se verá adiante, é a situação em países como Argentina, Alemanha, França, México, Portugal, Uruguai, dentre outros, onde o ordenamento jurídico local contempla a declaração prévia de vontade para o fim da vida. Por aqui, a Resolução nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina, define as chamadas diretivas antecipadas de vontade dos pacientes como “[...] o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade”.

Em termos oriundos de atos dotados da mesma força normativa, destaca-se a redação do item XXI do Capítulo I da Resolução nº 1.931/09, também do Conselho Federal de Medicina, que estabelece o Código de Ética Médica, ao prescrever que “nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará sob sua atenção todos os cuidados apropriados”. Já em latente paradoxo, entretanto, a redação do artigo 41 ao impedir o médico “abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal”. Eis o paradoxo que nos autorizaria a positivação em termos constitucionais, permitindo a declaração prévia de vontade para o fim da vida, como fruto da vertente substancial da dignidade (da pessoa) humana.

Se a declaração prévia de vontade para o fim da vida não se encontra incorporada no ordenamento legal infraconstitucional, não seria através da terminologia empregada pela práxis extraída da Resolução do Conselho Federal de Medicina, a saber, testamento vital, que isso ocorreria. De todo o sistema normativo que envolve o direito das sucessões, o termo “testamento”, por óbvio, estaria a designar o instituto que gera efeitos *post mortem* do indivíduo, ao passo que a declaração prévia de vontade implicaria efeitos *ante mortem*, dispondo sobre o tratamento médico ao qual deseja ser submetido no que – por razões científicas – podem ser considerados os dias finais da existência do indivíduo, já sem o devido discernimento. Em que pesem tais considerações vagarem pelo universo meramente terminológico, eis um dilema a ser enfrentado no caminho rumo à pacificação do instituto, a fim de que dúvidas não parem e divergências dessa esfera não afetem o pano de fundo do mecanismo – a dignidade (da pessoa) humana. Por essas e outras razões que, na abordagem do tema, procura-se utilizar o termo “Declaração Prévia de Vontade para o Fim da Vida (DADAUTO, L. 2013, p. 17), mais condizente, aliás, com os objetivos do instituto.

Importante distinção é entabulada por Aluer Baptista Freire Junior e Andréia Vieira Amigo (2014), quando abordam o tema em paralelo essencial com a eutanásia. Pese a preferência pelo termo testamento vital, os autores fornecem importante reflexão acerca de conceitos que, uma vez confundidos, seriam capazes de esvaziar o raciocínio e retirar do instituto seu, como dito, pano de fundo, ou seja, a dignidade (da pessoa) humana:

O Testamento Vital consiste em um documento devidamente assinado, em que o interessado juridicamente capaz declara a que tipo de tratamento médico deseja ser submetido ao se encontrar em situação que impossibilite a sua manifestação de vontade, podendo se opor a futura aplicação de tratamentos e procedimentos médicos que prolonguem sua vida em detrimento da qualidade da mesma. Diferencia-se da eutanásia, pois nesta o médico age ou omite-se, surgindo diretamente a morte, com consentimento do paciente, a pedido de algum familiar ou sob impulso de exacerbado sentimento de piedade humana. Ressalte-se que no caso da eutanásia tudo acontece no momento de sofrimento do paciente, ou quando este não mais responde pelos seus atos, vindo a mesma acontecer por ação ou omissão impulsionada pela piedade do médico ou a pedido de alguém, muitas das vezes sem o consentimento do próprio paciente, não prevalecendo a vontade do mesmo, uma vez que esta não foi manifestada devido a seu estado debilitado (FREIRE, J.; AMIGO, A., 2014).

Não se trata de empregar celeridade à morte, mas sim de dar dignidade à pessoa em período onde essa dignidade tende a ser mitigada. É dizer, ainda no entendimento dos citados autores, que “*o que se propõe não é apressar a morte, mas humanizá-la, pois quando a Constituição de 1988 consagrou o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, tornou-se a primeira a reconhecê-lo expressamente*” (FREIRE, J.; AMIGO, A, 2014). Que não se confunda, ainda, o desdobramento da declaração prévia de vontade para o fim da vida, com a figura da ortotanásia, onde a conduta do profissional médico não visa a medidas de prolongamento artificial da vida, mas sim proporcionar o maior conforto possível para que a pessoa doente consiga viver até o momento de sua morte (BURLÁ, C. 2011, p. 46).

Da exposição de motivos da Resolução nº 1.995/2012, do Conselho Federal de Medicina, nos chama atenção o fato de que “*(...) um aspecto relevante no contexto do final da vida do paciente, quando são adotadas decisões médicas cruciais a seu respeito, consiste na incapacidade de comunicação que afeta 95% dos pacientes (...)*. Desta forma, a declaração prévia de vontade para o fim da vida, se mostra fundamental, como forma de garantir ao indivíduo um final de vida digno, impedindo sua submissão a tratamento desumano.

Ainda há um grande caminho pela frente, já que a Resolução surgira como instrumento a resguardar mais o profissional médico, na tentativa de evitar sua responsabilização pela adoção de medidas, restando ao Judiciário a decisão no que lhe cabe para assegurar a dignidade humana.

3 A autonomia inserta na definição dos direitos fundamentais como elemento justificativo do testamento vital

A dignidade articula-se com as diversas categorias de direitos fundamentais em espécie, como a liberdade e a autonomia. Em que pese, ainda que não de forma exclusiva como consignado por Francis Delpérée (1999, p. 63, *apud* SARLET, 2015, p. 124), a “*noção de dignidade repousa na autonomia pessoal, isto é, na liberdade (no sentido de capacidade para a liberdade)*”. A prerrogativa, por assim dizer, de o ser humano agir conforme sua vontade e decidir segundo seus objetivos, traçar seu plano de vida e dele desfrutar, traduz de forma mais precisa o significado da autonomia como aspecto normativo dos direitos fundamentais. Está para os direitos fundamentais, assim como a liberdade está para o indivíduo e sua emancipação. Walter Claudius Rothenburg (2014, p. 10) leciona acerca da participação do titular dos direitos fundamentais em seu processo de conformação, assim como da emancipação do indivíduo pela autonomia quando lhe é facultado a decidir sobre o exercício desses direitos:

Os direitos fundamentais não toleram uma heteronomia muito extensa, pois devem ser definidos, antes de tudo, pelos próprios titulares. A deliberação a respeito de tratamentos médicos (como é o caso da recusa à transfusão de sangue pelos crentes Testemunhas de Jeová) e uniões afetivas ilustra a importância da autonomia na definição dos direitos fundamentais. Emancipa-se o sujeito ao permitir-lhe que decida o que fazer de seus direitos fundamentais [...]. O direito há de conferir um estatuto (regime jurídico) que preserve e promova a autonomia. Fundamentada na “dignidade da pessoa humana”, a autonomia relaciona-se com diversos direitos fundamentais [...] (ROTHENBURG, 2014, p. 10).

Não é dizer da renúncia ao gozo de um direito fundamental, mas sim de dispor de seu exercício, consagrando a preocupação social com os direitos sociais sem dissociá-los, todavia, da universalidade do instituto, conforme magistério do citado autor (ROTHENBURG, 2014, p. 12). Vale a reflexão acerca do aspecto negativo dos direitos fundamentais no caso do direito à vida. A discussão acerca de condutas extremas como o suicídio ganha destaque na medida em que vêm à tona condutas perigosas e estilos de vida perniciosos, nos questionando se a vida é ou não um bem disponível. Fato é que se em situações tais há quem defenda a não criminalização do auxílio ao suicídio, por considerar o direito fundamental à vida, disponível, negar legitimidade à declaração prévia de vontade para o fim da vida como instrumento de consagração da dignidade (da pessoa) humana seria negar ao titular dos direitos fundamentais liberdade:

Ora, a expressão *exercício de direito* sugere algo ativo: locomover-se, escrever, protestar, exercer atividade econômica. Pergunta-se, porém, se é obrigatório que o titular dos respectivos direitos realize a conduta por eles positivamente descrita. A resposta deve ser negativa em três sentidos. Primeiro, porque se trata de direitos e não de obrigações; ninguém tem o dever de se conduzir da forma descrita na Constituição em referência a um direito fundamental. Na maioria dos direitos fundamentais, há o livre arbítrio de exercer ou não o direito outorgado. A liberdade decorrente de direito fundamental é, em toda a regra, dispositiva, sendo somente o Estado obrigado a justificar suas ações/omissões em face da liberdade outorgada, não sendo o indivíduo obrigado a justificar o seu não exercício [...]. No caso do direito à vida há controvérsias sobre o fato de se saber se o direito compreende também um aspecto negativo. Seria o direito ao suicídio, de maneira direta, assim como com condutas perigosas ou com estilo de vida gravemente lesivo à saúde. Muitas vezes o direito à vida é interpretado como dever do titular. Consideramos que essa visão é meramente ideológica. Garantindo o direito à vida, a Constituição Federal considera-o como *bem disponível*, dependendo sua forma de exercício de decisão de seu titular (DIMOULIS, D.; MARTINS, L, 2014, p. 138-139).

Não há - é dizer da evolução do contexto em que se construíram os direitos fundamentais – como renunciar à dignidade, bem como à dignidade articulada materialmente com os direitos. Há, porém, que se considerar a viabilidade de autolimitação de certos direitos concernentes à personalidade:

Levar a sério o aspecto subjetivo dos direitos fundamentais significa considerar que o indivíduo tem em si o direito (“negativo”) de deixar de viver se assim o decidir. Isso significa, juridicamente, que o suicídio (e sua tentativa) não pode ser punido ou de qualquer forma sancionado (DIMOULIS, D.; MARTINS, L, 2014, p. 139).

Lívia Haygert Pithan (2004, 137 p.) abordando os aspectos gerais da bioética e do biodireito, com enfoque nas “ordens de não ressurreição” como estratégia de condutas médicas diante de pacientes irreversíveis, adentra na definição e discussão da eutanásia até chegar à dignidade da pessoa humana como “fundamento ético-jurídico” das tais ordens de não-ressuscitação. A autora nos põe no caminho certo ao consignar a morte digna como um direito alicerçado na base mesma dos direitos fundamentais e dialoga com aspectos da moral católica, em especial nos casos em que a reanimação cardiopulmonar excessiva configura uma violação ao fluir espontâneo da vida:

Assim, parece que o procedimento médico-terapêutico da reanimação cardiopulmonar, quando usado de maneira excessiva e desnecessária estaria violando o “fluir espontâneo” do processo vital, que termina com a morte. Nesse sentido, o bem jurídico *vida* estaria sendo violado e disponibilizado justamente com a intervenção médica extraordinária ou fútil e não com a limitação terapêutica (PITHAN, 2004, p. 81).

Consigna, ainda, Lívia H. Pithan (2004, p. 79), agora citando Etienne Montero (2001, p. 27), a diferença entre a eutanásia e a recusa lícita a uma terapia inútil, como fundamento para sustentar o direito de morrer de forma digna:

[...] debaixo do legítimo pretexto de rechaçar o empenho ou obstinação terapêutica, as expressões “direito à morte digna” ou “direito a morrer” têm sido estigmatizadas para defender a possibilidade de abreviar a vida de um doente terminal ou irreversível. Assim, estabelecer o entendimento de dignidade humana é fundamental para definir limites entre a eutanásia e a recusa válida de uma terapia inútil. A questão central, para Montero, é estabelecer se o conceito de dignidade humana com o qual se trabalha é aquele baseado na ética kantiana e o qual inspirou tanto a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948 quanto nossa Constituição Federal ou se é relativista, baseado no subjetivismo dos envolvidos - onde a autonomia individual é vista de forma absoluta. A inviolabilidade do direito à vida, como consta no caput do artigo 5º da Constituição Federal brasileira de 1988, retrata a proteção da vida como bem jurídico indisponível. Se a dignidade humana é a norma-valor que inspira a interpretação de todo o ordenamento jurídico, cabe analisar o direito à vida juntamente com a noção de dignidade - podendo-se falar do direito à vida digna. Não se poderia dizer, então, que do próprio direito à vida digna deriva um direito a morrer com dignidade? (MONTERO, 2001, p. 27, *apud* PITHAN, 2004, p. 79-80).

Nos dizeres de Dalmo de Abreu Dallari (1998, p. 239), o viver com dignidade transcende até mesmo o simples viver físico do ser humano. Mais que isso, para o autor, a dignidade da pessoa humana está intimamente ligada à conclusão de que quem vive sem discernimento e sem dignidade, na verdade, já deixou de viver:

[...] há hipóteses em que só resta uma aparência de vida e, neste caso, tomadas todas as cautelas para a eliminação de dúvidas quanto ao verdadeiro estado do paciente e obtida a autorização livre e consciente de quem pode decidir pela pessoa que, na realidade, já deixou de viver aí sim é possível deixar de prolongar a vida aparente e optar pela ortotanásia, em nome da dignidade humana. Isso é compatível com os direitos humanos. [...] A vida humana é mais do que a simples sobrevivência física, é a vida com dignidade, sendo esse o alcance da exigência ética de respeito à vida (DALLARI, 1998, p. 239).

De se lembrar que é assegurado pelo inciso III do artigo 5º da Constituição Federal que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante e, ainda que o *caput* do artigo 41 do Código de ética Médica, materializado pela Resolução nº 1931, de 24 de setembro de 2009 do Conselho Federal de Medicina, consigne a proibição de “*abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal*”, o parágrafo único do dispositivo é claro ao prescrever que não deve o profissional médico “[...] *empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal*”.

Portanto, deve se levar em consideração os benefícios de tratamentos que, comprovadamente tragam benefícios e não se traduzam em expedientes meramente paliativos, excessivos. Do contrário, há de se permitir ao indivíduo a recusa à inutilidade de tais

procedimentos desprovidos de certeza de cura, a exemplo da reanimação (ressuscitação), dentre outros a retirar do paciente a dignidade no fim da vida.

Como regra geral nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, a declaração prévia de vontade para o fim da vida apresenta-se como conteúdo das diretivas antecipadas de vontade do paciente, traduzida na aceitação ou recusa a tratamentos médicos, disposição sobre doação de órgãos e a nomeação de um representante. Por outro lado, não pode conter disposições contrárias ao ordenamento jurídico brasileiro, o que por óbvio macularia escolhas a procedimentos que culminam, *ad exemplum*, com a eutanásia ou a suspensão de tratamentos ordinários. Com espeque nesse contexto, Luciana Dadalto (2013, p. 93-94) aduz importante diferenciação e aponta os limites materiais ao procedimento do profissional médico:

[...] enquanto a eutanásia passiva, ainda que consentida, pressupõe, segundo Garay, a suspensão de meios terapêuticos proporcionados e úteis – aqui denominados de tratamentos ordinários ou cuidados paliativos - na declaração prévia de vontade para o fim da vida pretende-se a retirada de tratamentos extraordinários, ou fúteis [...] a objeção de consciência do médico, a proibição de disposições contrárias ao ordenamento jurídico, e disposições que sejam contraindicadas à patologia do paciente ou tratamento que já estejam superados pela Medicina (DADALTO, 2013, p. 93-94).

4 A gratuidade do registro da declaração prévia para o fim da vida como ato necessário ao exercício da cidadania

O constituinte de 1988 elevou ao grau de direito fundamental a gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania, na forma da lei (inc. LXXVII, art. 5º CF/88), reservando, porém, à legislação infraconstitucional a regulamentação das hipóteses. É o caso da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os registros públicos, alterada pela Lei nº 9.534/1997 de 10 de dezembro de 1997, que dedicou nova redação ao artigo 30:

“Não serão cobrados emolumentos **pelo registro civil de nascimento e pelo assento de óbito**, bem como pela primeira certidão respectiva. § 1º Os reconhecidamente pobres estão isentos de pagamento de emolumentos pelas demais certidões extraídas pelo cartório de registro civil. § 2º O estado de pobreza será comprovado por declaração do próprio interessado ou a rogo, tratando-se de analfabeto, neste caso, acompanhada da assinatura de duas testemunhas. § 3º A falsidade da declaração ensejará a responsabilidade civil e criminal do interessado (grifo nosso).”

Não somente o artigo 30 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, ou o inciso VI do art. 1º da Lei nº 9.265, de 12 de fevereiro de 1996 foram alteradas pela Lei nº. 9.534/97, mas também importante inovação deitou sobre a redação do art. 45 da Lei nº. 8.935, de 18 de novembro de 1994, que regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispendo sobre

serviços notariais e de registro – a chamada Lei dos Cartórios, sendo assegurada, a partir de então, a gratuidade do registro civil de nascimento e do assento de óbito, assim como da primeira certidão e, aos reconhecidamente pobres, a gratuidade dos emolumentos pelas certidões a que se refere este artigo. Pesem as inovações e os benefícios, a constitucionalidade dos artigos 1º, 3º e 5º da Lei nº. 9.534/97 foi questionada perante o Supremo Tribunal Federal, via Ação Direta de Inconstitucionalidade apresentada pela Associação dos Notários e Registradores do Brasil, ANOREG/BR. Em sede de argumentação, alegou-se na Inicial violação aos preceitos constitucionais que garantem o exercício da atividade notarial e de registro em caráter privado, o que resultaria em prejuízo ao direito do serventuário aos emolumentos, a falta de precisão no significado da expressão “reconhecidamente pobres” e o surgimento de hipótese de requisição de serviços públicos, alheios ao que prescreve a Constituição Federal. Em julgamento que homenageou não somente a dignidade humana, mas também o exercício dos atos livres do cidadão o plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu que “*os atos relativos ao nascimento e ao óbito relacionam-se com a cidadania e com o seu exercício e são gratuitos na forma de Lei – Art. 5º, LXXVII*”:

EMENTA: Constitucional. Argüida a inconstitucionalidade de arts. Da Lei 9.534/97. Registros Públicos. Gratuidade pelo registro civil de nascimento, assento de óbito, pela primeira certidão desses atos e por todas as certidões aos "reconhecidamente pobres". Não há plausibilidade do direito alegado. Os atos relativos ao nascimento e ao óbito relacionam-se com a cidadania e com o seu exercício e são gratuitos na forma de Lei – Art. 5º, LXXVII. Portanto, não há direito constitucional à percepção de emolumentos por todos os atos que delegado do Poder Público pratica; Não há obrigação constitucional do Estado de instituir emolumentos para todos esses serviços; os serventuários têm direito de perceber, de forma integral, a totalidade dos emolumentos relativos aos serviços para os quais tenham sido fixados. Ação conhecida. Liminar Indeferida (BRASIL. STF, 2003).

Paralela à ADI/MC 1800-1/DF acima, em 1999, fora ajuizada pelo Procurador Geral da República a Ação Direta de Constitucionalidade nº. 5-2, visando a declaração de constitucionalidade dos mesmos dispositivos atacados na ADI/MC 1800-1/DF, a saber, os artigos 1º, 3º e 5º da Lei nº. 9.534/97. Sob o relatório também do Ministro Nelson Jobim os dispositivos foram declarados constitucionais em julgamento que ocorreu no dia 29 de março de 2006:

CONSTITUCIONAL. DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE. ATIVIDADE NOTARIAL. NATUREZA. LEI 9.534/97. REGISTROS PÚBLICOS. ATOS RELACIONADOS AO EXERCÍCIO DA CIDADANIA. GRATUIDADE. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. VIOLAÇÃO NÃO OBSERVADA. PRECEDENTES. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. I - A atividade desenvolvida pelos titulares das serventias de notas e registros, embora seja análoga à atividade empresarial, sujeita-se a um regime de direito público. II - Não ofende o princípio da proporcionalidade lei que isenta os "reconhecidamente pobres" do pagamento dos

emolumentos devidos pela expedição de registro civil de nascimento e de óbito, bem como a primeira certidão respectiva. III - Precedentes. IV - Ação julgada procedente (BRASIL. STF, 2007).

Chamou atenção o voto de vista do Ministro Ricardo Lewandowski, após voto do ministro-relator, ao afirmar que *“o nascimento e a morte constituem fatos naturais que afetam igualmente ricos e pobres, mas as suas consequências econômicas e sociais distribuem-se desigualmente entre eles”*. Sendo assim, de se concluir que a gratuidade do registro do testamento vital segue os mesmos princípios adotados no julgamento dos casos analisados pelo Supremo Tribunal Federal.

CONCLUSÃO

Conclui-se que o ato de negar-se ao exercício de um direito fundamental não implica necessariamente renúncia ao gozo desse direito. No que concerne à vida, como dito, há quem entenda, e assim há de se entender pelo todo exposto, que o paciente em fase terminal buscando assegurar dignidade ao fim de sua existência, possa dispensar por suas escolhas enquanto lhe aprouver discernimento, determinadas intervenções que lhe retirariam o direito a uma morte digna. Para isso, ao que chamavam antes de “testamento vital”, faz-se necessária a adequação terminológica, ao que passaria a denominar-se “declaração prévia de vontade para o fim da vida”. De todo o discorrido, conclui-se, ainda, que não há mais espaço para disposições infraconstitucionais acerca do tema, sujeitas que estão a toda sorte de infundados e desamparados tropeços hermenêuticos, ocasionados pela força de uma retórica regionalizada e adequada somente à realidade dos contextos regionais. Propõe-se a transformação do anseio social em bem jurídico, incluindo-se o direito de emitir e ver registrada a declaração de vontade para o fim da vida, como desdobramento da dignidade da pessoa humana e positivada na legislação federal.

Dados do Conselho Federal do Colégio Notarial do Brasil, divulgados no Jornal A Cidade de Ribeirão Preto, no Estado de São Paulo (PENHA, D. 2014), apontam que *“no Estado de São Paulo foram registrados 625 documentos, de acordo com dados do Colégio Notarial Brasileiro. Em todo o Brasil, são 1059 registros”*. Daí é que se extrai, ainda, a necessidade da gratuidade do registro do instituto. A consciência dos limites do direito e de seu papel como agente de transformação não pode levar o jurista a se despir de toda e

qualquer responsabilidade social, mas inspirar a formulação de novas classificações, com vista a assegurar um permanente comprometimento com a proteção e a valorização da pessoa.

Dessa forma, em não havendo previsão infraconstitucional em nível federal do registro gratuito da declaração prévia de vontade para o fim da vida e, havendo para o assento de nascimento e óbito, uma vez considerada a declaração referida um ato necessário para o exercício da cidadania, pelo que se extrai da dignidade da pessoa humana, razoável seria, portanto, a previsão em diploma federal.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. Mutações do conceito de anistia na justiça de transição brasileira: a terceira fase da luta pela anistia. In: Revista anistia política e justiça de transição. ISSN 2175-5329. Brasília: Ministério da Justiça, Jan/Jun 2012.

BONAVIDES, Paulo. Ciência política. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988. 25. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000 b

_____. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1.931/2009. Aprova o Código de Ética Médica.

_____. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1.995/2012. Dispõe sobre as chamadas diretivas antecipadas de vontade dos pacientes

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI/MC 1800-1/DF, Relator Min. NELSON JOBIM, Julgamento: 06/04/1998, Tribunal Pleno, Publicação no DJ: 03/10/2003, p.10. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 02 abr 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADC/DF 5, Relator: NELSON JOBIM, Julgamento: 11/06/2007, Tribunal Pleno, Publicação: DJe-117 DIVULG 04-10-2007 PUBLIC 05-10-2007 DJ 05-10-2007 PP-00020 EMENT VOL-02292-01 PP-00001 RT v. 97, n. 868, 2008, p. 125-131.

_____. Ministério da Justiça. CONANDA - Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. Direitos da criança e do adolescente hospitalizados. Resolução nº 41195, publicada no Diário Oficial da União, Seção 1, de 17 de outubro de 1995.

_____. Ministério da Saúde. CNS - Conselho Nacional de Saúde. Normas de pesquisa envolvendo seres humanos. Resolução nº 196/96. In: Bioética, v. 4, n. 2, suplemento, 1996.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 2003.

COMISSÃO ECONÔMICA PARA AMÉRICA LATINA E CARIBE. Panorama Social da América Latina 2007.

CRESPO, Antônio Pedro Albernaz; GUROVITZ, Elaine. A Pobreza como um Fenômeno Multidimensional. ERA-eletrônica. São Paulo: FGV, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Bioética e direitos humanos. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira et ai. (orgs.). Iniciação à bioética. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 231-241.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2014.

HABERMAS, Jürgen. Sobre a constituição da Europa: um ensaio. São Paulo: Unesp, 2012.

LEÃO, Sérgio Franco. Testamento vital: uma alternativa do direito para uma morte digna. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento da Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Disponível em: http://tede.biblioteca.ucg.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1176. Acesso em: 2 abr. 2015.

LEÃO, Thales Prestrêlo Valadares. Testamento vital: direito de morrer naturalmente. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3626, 5 jun. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24638>>. Acesso em: 2 abr. 2015.

LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. Ciência política, estado e direito público: uma introdução ao direito público da contemporaneidade. São Paulo: Verbatim, 2011.

MONTERO, Etienne. I Hacia una legalización de la eutanasia voluntaria? Reflexiones acerca de la tesis de la autonomia. Cuadernos de Bioética. Santiago, España. p. 27-43, 2001/1a.

NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. 2. ed. São Paulo: VWF Martins Fontes, 2007.

PENALVA, Luciana Dadalto. As contribuições da experiência estrangeira para o debate acerca da legitimidade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, Brasília, p. 516-538, nov. 2008.

PENHA, Daniela. Testamento vital ao alcance de todos. Jornal A Cidade. Ribeirão Preto. Disponível em: http://www.jornalacidade.com.br/noticias/cidades/cidades_internaNOT.aspx?idnoticia=1005457. Acesso em: 30 mar. 2015.

PITHAN, Livia Haygert. A dignidade humana como fundamento das “ordens de não-ressurreição. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos Fundamentais. André de Carvalho Ramos e José Carlos Francisco (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana. In: Comentários à Constituição do Brasil. J.J. Gomes Canotilho (Org.) [et. Al]. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. A eficácia dos Direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, 11. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SKIDMORE, Thomas. The Politics of military rule in Brazil 1964-85. Nova Iorque: Oxford University Press, 1988.

SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. Tradução: Laura Teixeira Motta. Revisão técnica: Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

URUGUAI. Lei nº 18.473/2009, de 17 de março de 2009. “Se incorpora a nuestro ordenamento jurídico y se establece su alcance.” Disponível em: <<http://200.40.229.134/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=18473&Anchor=>>. Acesso em: 2 abr. 2015.