

A VIABILIDADE DO  
TESTAMENTO VITAL  
NO ORDENAMENTO  
JURÍDICO BRASILEIRO

JOSE TRAILSON DE JESUS SANTOS



**Criação** Editora

TÍTULO:  
A Viabilidade do Testamento Vital no  
Ordenamento Jurídico Brasileiro

AUTOR:  
Jose Irailson de Jesus Santos

ISBN:  
978-85-8413-368-0



**Criação** Editora

CONSELHO EDITORIAL  
Ana Maria de Menezes  
Christina Bielinski Ramalho  
Fábio Alves dos Santos  
Ítalo de Melo Ramalho  
Jorge Carvalho do Nascimento  
José Afonso do Nascimento  
José Eduardo Franco  
José Rodorval Ramalho  
Justino Alves Lima  
Luiz Eduardo Oliveira  
Martin Hadsell do Nascimento  
Rita de Cácia Santos Souza

# A VIABILIDADE DO TESTAMENTO VITAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

JOSE IRAILSON DE JESUS SANTOS

---



**Criação** Editora  
Aracaju | 2023

Copyright © 2023, by Jose Irailson de Jesus Santos

Editoração eletrônica  
Adilma Menezes

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Pedro Anizio Gomes - CRB-8 8846

S237v Santos, Jose Irailson de Jesus.  
A viabilidade do testamento vital no ordenamento  
jurídico brasileiro / Jose Irailson de Jesus Santos. -- 1.  
ed. -- Aracaju, SE : Criação Editora, 2023.  
80 p 20cm  
E-book: 2 Mb; PDF. Inclui bibliografia.  
ISBN. 978-85-8413-368-0

1. Direito Civil. 2. Família. 3. Herança. 4. Testa-  
mento. I. Título. II. Assunto. III. Autor.

CDD 342.167  
CDU 347.676

ÍNDICE PARA CATÁLOGO SISTEMÁTICO

1. Direito Civil: Testamento e legados.
2. Direito Civil: Testamentos.

## APRESENTAÇÃO

A presente obra tem por objetivo verificar a compatibilidade jurídica do Testamento Vital no ordenamento jurídico brasileiro.

Como se verá o Testamento Vital é o documento por meio do qual a pessoa capaz poderá por meio da autonomia da vontade dispor sobre qual tratamento médico deseja ou não ser submetido, quando, acaso futuramente não possua capacidade de assim decidir. Serão estudadas algumas legislações estrangeiras, onde o testamento vital encontra-se consolidado, tais como Estados Unidos, Portugal e Itália.

A partir da análise da ordem jurídica brasileira, onde a constituição de 1988 e o código civil, fundados na dignidade da pessoa humana, dão sustentação para o direito à morte digna. Nessa perspectiva, a vida só é boa enquanto aquele que vive assim entender, caso não lhe faça mais sentido continuar vivo, seria legítimo o direito de por fim ao sofrimento,

dor e tristeza, exercendo a sua liberdade de não mais continuar vivo.

O Testamento Vital surge como instrumento concretizador desse direito e sua eficácia se dá quando a pessoa doente não tenha mais chance de cura. Não seria digno manter o paciente sob tratamento sem que tenha chance de cura ou melhora significativa em seu quadro clínico, através de mecanismos artificiais.

Dessa forma, amparado na força normativa da Constituição, sendo o direito à vida digna e por conseguinte o direito à morte digna, manifestações concretas da dignidade da pessoa humana, deve ser assegurada a autonomia do paciente e o Testamento Vital guarda compatibilidade com o texto constitucional.

# SUMÁRIO

Apresentação	5
Introdução	9
O Testamento Vital	12
Histórico	17
As diretivas antecipadas da vontade e a proteção jurídica do direito à vida	23
O Testamento Vital e os direitos da personalidade	32
O direito a morte digna	39
Possibilidade jurídica do testamento vital no Brasil	45
O testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro	53
Dos avanços normativos	57
O testamento vital nos tribunais	66
Conclusão	70
Referências	74





## INTRODUÇÃO

É certo que a morte traz consigo uma enorme carga de tristeza e sofrimento para familiares e amigos que perdem a pessoa querida. Embora todos saibam que a vida é finita, o ser humano sempre deseja postergar ao máximo o seu término.

Com o avanço das ciências e o surgimento de tratamentos médicos mais modernos, tornou-se possível, em algumas situações, prolongar por mais tempo a vida de pacientes portadores de doenças que em passado recente levariam o paciente a óbito imediatamente.

A possibilidade de crescer mais tempo de vida ao paciente e tê-lo próximo por mais tempo faz com que familiares optem por submetê-lo a tratamentos degradantes, que lhe trazem sofrimentos e dor, sem qualquer perspectiva de cura. Aliado a isso, surge os interesses privados dos profissionais e hospitais especializados que oferecem o tratamento, os

quais podem estar na busca incessante do lucro, a despeito de utilizar o ser humano como mero instrumento.

É nessa possibilidade de o paciente decidir sobre o que quer para seu tratamento ou não que aparece o testamento vital, assunto recente e polêmico, instrumento pelo qual o paciente exprime sua vontade diante das inúmeras possibilidades médicas.

O testamento vital e o mandado duradouro são espécie de diretivas antecipadas de vontade, documentos por meio dos quais, o paciente manifesta sua intenção de não se submeter a procedimento médico degradante, quando não traga certa probabilidade de certeza de cura ou dispõe para que um terceiro escolha quais procedimentos médicos não seja empregado no paciente.

O estudo aqui desenvolvido terá como problemática verificar se a pessoa capaz poderá por meio da autonomia da vontade dispor sobre qual tratamento médico deseja ser submetido. Se há instrumentos jurídicos para a pessoa determinar que não deseja passar por determinado procedimento médico? Ou se há possibilidade de se deixar tal disposi-

ção a juízo de um terceiro para que, caso não haja como o próprio ser exprimir sua vontade, aquele terceiro decida em seu lugar?

Justifica-se o presente trabalho no aparente conflito entre os princípios constitucionais da autonomia da vontade, quando pessoa capaz resolve dispor em documento público que acaso venha ser acometido por doença incurável não deseja se submeter a determinado procedimento médico, em detrimento da indisponibilidade do direito à vida.

É esse contexto de rápido desenvolvimento científico e tecnológico que torna o tema atual e de significativa relevância social, haja vista os serviços prestados por profissionais médicos se encaixarem em típica relação de consumo, unindo os caminhos do Direito e da Medicina.

Dessa forma, terá como objetivo verificar se há fundamento jurídico para o testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro, visto que a proteção ao direito à vida no ordenamento jurídico brasileiro é amplamente disseminada tendo como direito fundamental a inviolabilidade do direito à vida e como fundamento da república a dignidade da pessoa humana.

## O TESTAMENTO VITAL

### CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

A doutrina costuma entender que as Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV) são gênero, do qual são espécies o Testamento Vital e o Mandato Duradouro. O Testamento Vital é uma associação equivocada ao testamento previsto no código civil e tal nomenclatura decorre, como será explanado ao longo do trabalho, da tradução da expressão inglesa *living will*.

O testamento nas lições de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho é um negócio jurídico pelo qual alguém, unilateralmente, declara a sua vontade, segundo pressupostos de existência, validade e eficácia, com o propósito de dispor, no todo ou em parte, dos seus bens, bem como de determinar diligências de caráter não patrimonial para depois da sua morte (GAGLIANO;FILHO, 2017).

Lecionam os doutrinadores baianos que o testamento possui as características de negó-

cio jurídico unilateral, personalíssimo, revogável e solene. Unilateral por lhe ser vedada a interferência de qualquer outra pessoa na manifestação de vontade, que deve ser única a do testador. Personalíssimo e revogável, pois é o que extrai da simples leitura do art. 1.858 do código civil. Personalíssimo porque deve emanar da vontade do testador, sem a interferência de terceiros na sua elaboração.

Testamento, na definição de Pontes de Miranda é o ato pelo qual a vontade de alguém é declarada para o caso de morte, com eficácia de reconhecer, transmitir ou extinguir direitos. Já para Caio Mário da Silva Pereira, o testamento é um negócio jurídico, unilateral, personalíssimo, gratuito, solene, revogável, com disposições patrimoniais e extrapatrimoniais e que produz efeitos post mortem. (DADALTO, 2013).

O testamento civil tem, portanto, por excelência a característica de produzir efeitos após a morte do testador, isto é, efeitos causa mortis. Por sua vez, o testamento vital consiste numa manifestação de vontade, em que o paciente de forma livre dispõe sobre o quer ou não receber como tratamento médico, para

que venha a produzir efeitos quando o paciente esteja incapacitado de decidir.

Embora possua características que os aproxime, o testamento vital difere do testamento sucessório, uma vez que este possui característica peculiar a produção de efeitos após a morte do testador. Diferentemente o testamento vital não produzirá efeitos pós-morte, mas em vida, quando o indivíduo não mais tiver condições de externar a sua vontade.

Nesse sentido, Roxana Borges (2001, p. 295-296), ensina que:

O testamento vital é um documento em que a pessoa determina, de forma escrita, que tipo de tratamento ou não tratamento deseja para a ocasião em que se encontrar doente, em estado incurável ou terminal, e incapaz de manifestar sua vontade. Visa-se, com o testamento vital, a influir sobre os médicos no sentido de uma determinada forma de tratamento ou, simplesmente, no sentido do não tratamento, como uma vontade do paciente que pode vir a estar incapacitado de manifestar sua vontade em razão da doença.

Há controvérsia acerca da tradução correta da expressão *living will*, de forma que uns o chamam de testamento de vida, outros de testamento biológico e, para outros simplesmente declaração prévia dos pacientes terminais ou testamento do paciente. (MALLET, 2015).

Segundo Vera Lúcia Rapouso (2011, p. 173):

O Testamento Vital é um documento escrito no qual uma pessoa dispõe acerca da sua vontade quanto aos cuidados médicos que pretende receber quando perca a capacidade de exprimir seus desejos, ou se encontrar em estado de incapacidade que não possa decidir por si.

Como será visto ao longo do trabalho, testamento vital é considerado na doutrina e nas legislações de outros países, especialmente na americana, como espécie das Diretivas Antecipadas de Vontade. Outra espécie de Diretivas Antecipadas é o mandato duradouro sobre quem passamos a discorrer.

Através do mandato duradouro o paciente nomeia um ou mais “procuradores” que deverão ser consultados pelos médicos em caso de

incapacidade – definitiva ou não, quando estes tiverem que tomar alguma decisão sobre recusa de tratamento. O procurador de saúde decidirá tendo como base a vontade do paciente. (DADALTO, 2015).

Importante esclarecer que não serão aprofundadas aqui as discussões sobre utilizar ou deixar de utilizar o nome testamento vital, mas sim, a análise dos fundamentos jurídicos que rodeiam o instituto.

Abstraindo-se da ausência de uniformidade acerca das nomenclaturas deste instituto, seja na doutrina, seja nas legislações existentes no mundo sobre o assunto, manteremos o estudo do instituto pelo nome de Testamento Vital, por ser assim conhecido majoritariamente.



## HISTÓRICO

As primeiras notícias do testamento vital se deram nos Estados Unidos nos anos 60, onde se tornou conhecido pelo termo “living will”. Embora não represente a tradução literal da expressão *living will*, a associação ao termo “testamento vital” decorre de que o termo will representa o desejo para que algo aconteça no futuro, além de representar um documento no qual se declara o destino dos seus bens, daí a tradução para “testamento vital”.

Pela proposta americana na época, foi pela criação de um documento, através do qual o paciente deixaria escrita sua recusa a se submeter a determinados tratamentos quando o estado vegetativo ou a terminalidade fosse comprovada. A este documento foi dado o nome de *living will*. (DADALTO, 2014).

A discussão sobre a possibilidade de haver um documento por meio do qual se fizesse disposições acerca de desejar ou não se submeter a determinado tratamento em caso de

a pessoa se achar incapacitada para decidir futuramente surgiu a partir de casos de grandes repercussões naquele país. Dentre estes, pode ser citado o “caso Cruzan”, no qual, a jovem americana, Nancy Cruzan, após sofrer um acidente de automóvel, foi diagnosticado um dano cerebral permanente. Após sobreviver por anos, a família solicitou o desligamento dos equipamentos que a mantinham viva, o que foi negado pela equipe médica e o caso levado à justiça. (ALVES, 2013).

O tribunal do estado de Missouri, atendeu ao pedido da família da jovem e autorizou o desligamento, entre os fundamentos da decisão estaria o depoimento de uma amiga da jovem, a qual relatou que Nancy sempre lhe contou que não queria ser mantida viva por aparelhos, caso sofresse de algum mal que comprometesse a sua capacidade de vida autônoma.

Outro caso emblemático vivido nos Estados Unidos foi o caso da jovem Karen Ann Quinlan, uma americana de 22 anos, entrou em coma por causas nunca reveladas e seus pais adotivos, após serem informados pelos médicos do seu quadro irreversível de saúde,

solicitaram o desligamento do respirador. O médico responsável se recusou e a família de Karen acionou o poder judiciário a fim de obter a autorização do desligamento. A autorização foi negada em primeira instância, tendo o caso sido levado às instâncias superiores e obtendo êxito na corte suprema, os aparelhos foram desligados. Karen permaneceu viva mesmo assim por mais dois anos, vindo a falecer em decorrência de uma pneumonia, sem respirador externo e com o mesmo quadro clínico de antes. (DADALTO, 2015).

Foi a partir daí que o estado da califórnia legislou sobre o assunto, reconhecendo o direito de o indivíduo nomear um procurador para tomar decisões médicas em nome dele quando estiver impossibilitado. Outros estados seguiram o exemplo da califórnia até que em, em 1991, o congresso daquele país votou, em 1991, a chamada Patient Self-Determination Act - PSDA, sob duas formas de diretivas antecipadas da vontade, quais sejam, a manifestação explícita da própria vontade (living will) e o estabelecimento de um procurador para os cuidados da saúde (PRCS – durable power of attorney for health care). (ALVES, 2013).

Na Europa, as primeiras manifestações para discussão sobre testamento vital começaram no conselho europeu, órgão definidor de prioridades políticas da União Europeia. Foi por meio de um documento conhecido como Convenção de Oviedo (Convenção sobre Direitos Humanos e Biomedicina) que a União Europeia dispôs sobre o direito de as pessoas manifestarem sua vontade quanto a uma futura intervenção médica.

Segundo Cristiane (2013, p. 3), a convenção de Oviedo dispõe que

a vontade anteriormente manifestada quanto a uma intervenção médica por um paciente que, no momento da intervenção, não está em condições de manifestar a sua vontade deve ser levada em consideração.

Após a convenção de Oviedo, foi dado início a um movimento em algumas comunidades autônomas espanholas, dando origem a Lei Catalã em 2000, para tratar das **instrucciones previas**, o que foi seguido por algumas outras comunidades do país, tais como a Galícia, Extremadura, Madrid e outras. (DADALTO, 2014).

Embora tenha retificado a Convenção de Oviedo, não havia na Itália qualquer normatização sobre as diretivas antecipadas de vontade até 1998, quando foi aprovado um novo Código de Deontologia Médica, que dispôs sobre a autonomia do paciente protegendo a liberdade, a dignidade e a vontade do paciente. No entanto, esta norma não pode ser considerada como uma lei do testamento vital, uma vez que não possui eficácia erga omnes. (ALVES, 2013).

As discussões sobre as diretivas antecipadas de vontade na Itália ganharam grandes proporções com o caso de Piergiorgio Welby, idoso de 60 anos de idade, que sofria de distrofia muscular progressiva desde os 18 anos.

Desde 1997 que vivia conectado a um respirador artificial e, em virtude de uma piora no seu quadro de saúde, procurou a justiça para solicitar que os aparelhos que o mantinham vivo fossem desligados. Teve seu pedido negado pelo Tribunal de Roma, o que fez escrever uma carta ao então presidente da Itália, Giorgio Napolitano com o objetivo de sensibilizá-lo com o seu sofrimento. Esta carta causou grande comoção social e gerou um grande debate sobre a legalização da eutanásia naque-

le país. Em 2006, o médico responsável pelo caso desligou os aparelhos por conta própria, sendo em seguida acusado pela prática de eutanásia, mas a juíza do processo o absolveu. (DADALTO, 2014).

Este julgamento foi marcante na história italiana e, desde então, o debate sobre o testamento vital tem crescido na Itália.

Uma associação italiana provocou uma grande movimentação a respeito das diretivas antecipadas de vontade naquela sociedade nas redes sociais com a criação de um aplicativo, por meio do qual o cidadão divulga para os seus familiares e amigos os seus últimos desejos, bem como divulgam o que ficou conhecido como “testamento biológico”. A ideia do aplicativo nas redes sociais surgiu após o caso emblemático vivido no país, no qual a italiana Eluana Englaro ter sofrido um acidente de automóvel e ficar em estado vegetativo por 17 anos. Durante esse tempo a família de Eluana tentou sem sucesso obter na justiça a ordem para interromper a sua alimentação artificial. (ALVES, 2013).

# AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DA VONTADE E A PROTEÇÃO JURÍDICA DO DIREITO À VIDA

## A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A AUTONOMIA DA VONTADE

A proteção ao direito à vida no ordenamento jurídico brasileiro é amplamente disseminada no Brasil. Não poderia ser diferente quando se indaga qual a importância de se proteger os demais direitos se a pessoa não tivesse protegido o direito de estar vivo e assim poder usufruí-los.

Ensinam Gilmar Mendes e Paulo G. Branco (2017, p. 228), que:

A existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades dispostos na Constituição. Esses direitos têm nos marcos da vida de cada indivíduo os limites máximos de sua extensão concreta. O direito à vida é a premissa

dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse.

A constituição atribui tratamento especial à vida por todo o seu texto, dando ao Estado o dever de protegê-la de todas as formas de ameaça.

Os direitos fundamentais, o que inclui o direito à vida, possuem como característica a inalienabilidade, a irrenunciabilidade e imprescritibilidade. São inalienáveis, pois não se pode transferi-los ou negociá-los, não possuem conteúdo patrimonial. São direitos imprescritíveis porque não se extinguem pelo transcorrer do tempo, não deixam de ser exigíveis. A irrenunciabilidade desses direitos, quer dizer que é inadmissível o sujeito abrir mão. (SILVA, 2010).

Ao dotar o ser humano de uma dignidade intrínseca e indisponível deve ser reconhecida a ele a titularidade do direito mais elementar de expressão dessa dignidade única, qual seja o direito a existir, de estar vivo. Se todos



os seres humanos ostentam igual dignidade, não é razoável privar alguns desse direito elementar, seja qual for o objetivo (MENDES; BRANCO, 2017).

A Constituição de 1988 inaugurou a nova ordem constitucional com dignidade da pessoa humana no centro das relações. Passou-se da fase individualista/patrimonialista para o campo da valorização dos direitos existenciais. A convergência entre os ditames constitucionais e os da legislação privada ocorreu com a aprovação do novo código civil de 2002 e a partir de então houve maior compatibilidade da normas constitucionais nas relações entre particulares.

Assim como nas demais constituições republicanas, a carta magna de 88, estabelece a laicidade do Estado, não havendo religião oficial no país, nem qualquer nível de hierarquia de pensamentos religiosos.

Embora, não visemos esgotar as questões religiosas que circundam a temática da (in) disponibilidade da vida, é inegável a influência da religião sobre o direito e vice-versa.

As diferentes religiões possuem cada qual sua concepção sobre o fim da vida, tendo

como fundamentos os seus dogmas e a vida, para a religião, na maioria das vezes, tem caráter absoluto.

Nesse sentido, Gabriel Furtado (2013, p. 11) dispõe sobre a concepção de vida para a religião que:

A vida como um bem sacro e, portanto, intocável, está intimamente ligada a dogmas religiosos, em especial no caso brasileiro à deontologia cristã (religião majoritária em nosso país, de acordo com o resultado do recenseamento feito em 2010 pelo IBGE), que prega o sacrifício como expiação, num caminho de purificação em busca de uma vida eternamente agradável no além. Assim, se a vida é sempre digna de ser vivida, a **contrario sensu**, qualquer intervenção que venha a antecipar ou evitar o prolongamento do seu fim será indigna e contrária aos propósitos humanos.

Ocorre que a nova ordem constitucional também assegura a liberdade religiosa, pelo qual o indivíduo é livre para escolher as diretrizes religiosas que quiser seguir, inclusive

podendo não seguir nenhuma delas.

Por essa perspectiva, é possível sustentar que a vida não é um bem jurídico absoluto, recebendo diferentes graus de tutela de acordo com as circunstâncias e com as próprias escolhas existenciais do indivíduo. O que é inegável sustentar é, na verdade, o estabelecimento de condições para uma boa vida, digna de ser vivida, e não simplesmente a sua proteção a qualquer preço. (FURTADO, 2013).

A vida, por essa linha de pensamento só é boa enquanto aquele que vive assim entender, caso não lhe faça mais sentido continuar vivo, seria legítimo o direito de por fim ao sofrimento, dor e tristeza, exercendo a sua liberdade de não mais continuar vivo.

O entendimento de Gabriel Furtado (2013, p. 13) é que:

Essa visão é, sobretudo, compatível e harmoniosa com a vigente ordem constitucional, pois permite que cada um defina para si, no exercício de sua liberdade de consciência e credo, os contornos da vida que entende ser digna de ser vivida, no seu projeto pessoal de vida e de livre e total de-

envolvimento de sua personalidade – processo este que se quer autônomo.

É nesse limite em que a vida deixa de ser usufruída dignamente que surge espaço para a autonomia da vontade do paciente que esse encontra em fase terminal, sem perspectiva real de cura para exercer com liberdade o seu direito de não permanecer no sofrimento.

Compreende-se que a autonomia da vontade é um conceito indeterminado e é visto como a faculdade de determinar-se e de agir consoante a lei, a qual configura atributo próprio dos seres racionais, além de servir de fundamento para a dignidade. Nota-se aqui a profunda interação entre autonomia e dignidade. (DONNINI e LEMOS, 2017).

A vontade é elemento diferenciador dos atos jurídicos, é elemento característico das relações privadas. Consiste num elemento diferenciador entre o ser humano e as demais espécies que vivem sobre a terra. Ela é responsável por distinguir os fatos humanos (atos jurídicos) em relação aos fatos naturais (fatos jurídicos *stricto sensu*). (TARTUCE, 2017).

Embora seja oriundo predominantemente das relações privadas, o princípio da autonomia da vontade nem mesmo em tais relações está imune da influência dos princípios constitucionais, principalmente da dignidade humana. A partir desta visão civil constitucional, o princípio da autonomia da vontade passou a ser reconhecido pela doutrina como autonomia privada.

Na concepção de Roberta Elzy Faria apud Luciana Dadalto (2014, p. 8):

O princípio da autonomia da vontade é corolário de uma época na qual o Estado deveria interferir o mínimo possível na esfera individual, pois estabeleceu-se sobre a base da justiça formal, ou seja, estando formalmente garantida em lei, não importava ao Estado que, material ou concretamente a justiça não existisse.

Vive-se um momento histórico marcado por disputas geopolíticas e imprevisão econômica, no qual o individualismo selvagem cedeu lugar para o solidarismo social, característico de uma sociedade globalizada, que

exige o reconhecimento de normas limitativas do avanço da autonomia privada, em respeito ao princípio maior da dignidade da pessoa humana. (GAGLIANO; FILHO, 2017).

De igual modo, defende Luciana Dadalto (2015, p. 17):

Os princípios constitucionais devem orientar o exercício da autonomia privada do sujeito. A autonomia não é autossuficiência, pois ela não é satisfeita isoladamente. Sendo assim, é definida a partir da interação social com os outros e consigo mesmo. Ademais, é imprescindível a relação da autonomia privada com a dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é um conceito multifacetado. É uma cláusula aberta que permite inúmeras interpretações, possibilitando uma ampla rede de proteção da pessoa humana, tornando-se este um fim em si mesmo e não um mero instrumento ou objeto das pretensões de outrem. Portanto, a dignidade humana, dentre de uma de suas inúmeras perspectivas, possibilita a proteção do indivíduo contra atos de

terceiros que tenham como escopo atingir sua integridade física, moral, psicológica, sendo um fundamento jurídico amplo para proteção do indivíduo. (SEIXAS;SOUZA, 2015).

Os casos em que se torna lícita a conduta daquele que fazendo uso da sua autonomia para não se submeter a tratamento médico é o cerne de utilização do testamento vital. A concretização deste instituto deve envolver discussões sobre quais situações o ordenamento jurídico tutela a continuidade da vida ou se permite a cessação dela, depende do sopesamento dos diversos princípios constitucionais envolvido, tais como a dignidade humana e a autonomia da vontade.

## O TESTAMENTO VITAL E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade são direitos inerentes a própria condição de ser humano e podem ser entendido como direitos mínimos para se viver dignamente.

Inicialmente, a personalidade jurídica foi compreendida como uma aptidão genérica reconhecida a toda e qualquer pessoa para que possa titularizar relações jurídicas. A partir da influência dos direitos fundamentais constitucionais, ela passou a ser reconhecida como o atributo de uma pessoa para que possa atuar no plano jurídico e reclamar uma proteção jurídica mínima, básica, reconhecida pelos direitos da personalidade. Em síntese, os direitos da personalidade estão unidos ao desenvolvimento da pessoa humana, caracterizando-se como garantia para a preservação de sua dignidade (FARIAS; ROSENVALD, 2014).

A proteção aos direitos da personalidade é construção jurídica recente, iniciada prin-



principalmente com o término da segunda guerra mundial, com a elaboração da Declaração Universal dos Direitos do Cidadão.

Nas lições de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2014, p.168):

Somente após a II Grande Guerra Mundial, consideradas as atrocidades praticadas pelo nazismo contra a individualidade da pessoa humana e contra a humanidade como um todo, sentiu-se a necessidade de proteção de uma categoria básica de direitos reconhecidos à pessoa humana. Era preciso assegurar uma tutela fundamental, elementar, em favor da personalidade humana, salvaguardando a própria raça. Nesse passo, em 1948, foi promulgada a Declaração Universal de Direitos do Homem.

A promulgação da Constituição de 1988 e a aprovação do Código Civil de 2002 representam marcos normativos importantes para a construção de um novo Direito Civil. A Constituição figura no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, tendo como princípio basilar a dignidade da

pessoa humana e o Código Civil rege o direito privado protegido, sem se afastar, no entanto, da tutela constitucional.

O desenvolvimento do direito constitucional, centrado na dignidade da pessoa humana, da principiologia jurídica e a inserção das cláusulas pétreas no ordenamento jurídico estabeleceram as características dos direitos da personalidade. E isso teve como consequência levar o Direito Civil de uma marca patrimonialista e individualista para um patamar que se preocupa com as pessoas e não somente com as coisas. (SCHEREIBER, 2011).

Os direitos da personalidade estão previstos entre os artigos 11 e 21 do Código Civil Brasileiro. Isso demonstra o avanço do Código de 2002, pois o Código de 1916 era marcadamente patrimonialista, hierarquizado e paternalista, não tinha um capítulo reservado para tratar sobre os direitos da personalidade. Ademais, não tinha a perspectiva civil-constitucional. (FERNANDES, 2015).

Inicialmente entendia-se que os direitos fundamentais seriam inerentes à relação do Estado com os particulares. Percebeu-se que, sobretudo, nos países democráticos as

relações entre particulares também causavam ameaças a direitos fundamentais da pessoa, de modo que tais direitos passaram a incidir nas relações privadas, dando origem ao que se chamou de eficácia horizontal dos direitos fundamentais. (SILVA, 2005).

A partir da ideia de que os princípios fundamentais não são absolutos, ou seja, quando em conflito com outros princípios podem sofrer limitações.

Os princípios são normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas possíveis. Distinguem-se os princípios das regras pelo fato estas, se válidas devem sempre ser realizadas por completo. Os conflitos entre princípios, por sua vez, não resolvidos pela invalidade de um deles. A solução de colisões entre princípios não exige a declaração de invalidade de nenhum deles e também não é possível que se fale que um princípio institui uma exceção a outro. (ALEXY apud SILVA, 2005).

A doutrina considera que os direitos da personalidade são dispostos na legislação atual de forma exemplificativa, podendo vir a

existir outros direitos ainda não expressados no texto constitucional ou legal.

Nesse sentido, foi aprovado na IV Jornada de Direito Civil o Enunciado nº 274 do Conselho da Justiça Federal – CJF, o qual estabelece que “Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1.º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana)”.

Há uma estreita relação entre os conceitos de dignidade, autonomia e liberdade. Isso porque, se o fundamento da dignidade de determinada pessoa humana é a sua autonomia em fazer escolhas e exercê-las estreme de qualquer interferência externa, a pessoa humana deve ser livre para que seja digna. O oposto da autonomia é a heteronomia. Esta se configura sempre que a liberdade de escolha do sujeito é sombreada e maculada por interferência externa de terceiros. (FURTADO, 2013).

Entende-se que o exercício da liberdade e autonomia não se dará ao mero querer do indivíduo, mas estará sempre balizado pelos valores constitucionais, como leciona Heloisa Helena Barboza (2008, p. 410):

A autonomia privada, enquanto exercício da liberdade, constitui instrumento de expressão e concretização da dignidade humana. (...). No momento em que é exaltado o papel fundamental da pessoa humana na ordem jurídica, não parece razoável entender sua autonomia como uma concessão ou atribuição do Estado, mas sim como o reconhecimento do poder do sujeito privado de autorregular-se, nos limites da lei, aqui entendida em seu sentido amplo, e que tem na Constituição da República sua expressão maior. Não há que se admitir um espaço de liberdade que afronte as diretrizes constitucionais. Em outras palavras: a autonomia privada será merecedora de reconhecimento e tutela somente se representar a realização de um valor constitucional.

Assim, se faz pertinente a lição de Silva e Gomes (2012, p. 10):

O que o testamento vital viabiliza é que uma pessoa ao perder sua capacidade de discernimento não seja submetida à vontade do Estado ou de terceiros, sendo submetida a

tratamentos degradantes que apenas prolongariam uma vida sem dignidade. Não se trata de defender a prática da eutanásia ou do suicídio, que são vedados pelo ordenamento jurídico, mas sim de garantir ao indivíduo o direito de escolher os tratamentos aos quais quer ou não ser submetido.

Assim, pretende-se fundamentar a validade do testamento vital na Constituição Federal de 1988, pois retrata o exercício da dignidade da pessoa humano aliada à sua liberdade de escolha e visa proporcionar o direito a morte digna, como consectário do direito à vida digna, assunto este que será abordado no próximo capítulo.

## O DIREITO A MORTE DIGNA

Vários são os mistérios que envolvem a temática morte. As incertezas sobre qual o destino de cada um após a morte, a angústia da pessoa que está prestes a morrer, bem como a não aceitação pela perda do ente querido dos familiares do doente terminal são sentimentos comuns àqueles que estão no fim da vida.

Nas palavras de Marie de Hennezel (2004, p.33):

Constatamos com frequência: o doente sabe. Só tem necessidade de que alguém o ajude a exprimir o que já sabe. Por que temos tanta dificuldade de dizer isso? Não é a angústia dos que o cercam que o impede de falar para protegê-los?

As grandes diretivas de atendimento aos pacientes terminais são as de aliar a competência técnica com a competência humana, cuidar de uma pessoa e não de um sintoma e

acompanhar os doentes até o fim, respeitando sua dignidade. (HENNEZEL, 2004).

A questão preocupante diz respeito ao momento em que não mais seja digno manter o paciente sob tratamento sem que tenha chance de cura ou melhora significativa em seu quadro clínico. Indaga-se se seria digno impor ao paciente a sobrevivência através de mecanismos artificiais.

Os progressos da medicina instituíram a preocupação com a imortalidade. Se antes os indivíduos encaravam a morte como inevitável e fruto da vontade divina, atualmente a morte é vista como fato a ser evitado, de modo que o sofrimento deixa de ser aceito como contrapartida de cada êxito do homem na sua adaptação ao meio, e cada dor é um sinal de alarme que apela para uma intervenção exterior a fim de interrompê-la. (PESSINI, 2004).

Entende-se que a dignidade humana que se tem nos dias correntes, qualifica-se como um “valor íntimo” a cada ser humano, apartado de qualquer relativização ou comparação, pondo-se acima de todo e qualquer preço. É famosa sua afirmação de que no reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Daí



concluir que aquilo que tem preço poder ser substituído por outro equivalente, diferentemente daquilo que tem dignidade, que por estar acima de todo o preço não permite equivalência. O digno é insubstituível. (IMMANUEL KANT apud FURTADO, 2013).

Ainda nas palavras de Kant “a autonomia é o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional. Ou seja, o ser humano é digno, visto que autônomo; é senhor de suas escolhas”. (IMMANUEL KANT apud FURTADO, 2013).

A vida humana tem valor inato, intrínseco e sagrado. Todos têm direito a uma vida digna e, por conseguinte, a uma morte digna. Deve ser respeitada, ao máximo, a autonomia dos seres humanos, seus interesses fundamentais e o valor intrínseco de sua vida. (DWORKIN, 2003).

Nestas perspectivas, o direito a morte digna teria fundamento no próprio direito à vida, pois não haveria que se falar em direito à vida que não seja esta, vida digna.

Os tratamentos médicos podem ser dispostos em tratamentos ordinários e extraordinários. Os tratamentos ordinários, também

chamados de cuidados paliativos, são aqueles tratamentos que garantem ao paciente terminal melhor qualidade de vida até o momento da sua morte. Os tratamentos extraordinários, também conhecidos por fúteis, por sua vez, são aqueles que não oferecem nenhum benefício real ao paciente, pois a morte é inevitável. (DADALTO, 2015).

O que se defende é que os tratamentos ordinários não podem sofrer interrupção e, em sentido oposto os tratamentos extraordinários podem ser suspensos, por não encontrar fundamento no direito à vida digna.

As disposições de recusa ou de aceitação de cuidados e tratamentos para serem válidas perante o ordenamento jurídico brasileiro, o paciente não poderá dispor acerca da recusa de tratamentos paliativos, mas apenas serão lícitas as disposições que digam respeito a rejeição de tratamentos fúteis. A definição de futilidade deve levar em conta a inexistência de benefícios que este tratamento trará ao paciente, sendo aferida no caso concreto. (DADALTO, 2015).

Num Estado Democrático de Direito é indispensável se assegurar o direito à vida digna,

o qual será exercido pelo indivíduo autônomo. Nas palavras de Habermas apud Dadalto (2015, p. 48):

(...) no contexto democrático todos devem formar uma concepção pessoal do que seja vida boa, segundo os critérios próprios que não devem ser submetidos à prescrição da maioria.

O que se depreende do exposto acima é que a autonomia da pessoa que está em fim de vida deve ser respeitada, garantindo a validade da sua opinião quanto aos tratamentos aos quais não quer ser submetido.

A proteção do bem jurídico vida é tamanha que o legislador tipificou como crime algumas situações que envolve a terminalidade da vida, tais como a eutanásia. Aqui se faz pertinente a distinção entre eutanásia, ortotanásia, distanásia, mistanásia e suicídio assistido.

A eutanásia é a conduta, através da ação ou omissão do médico, que emprega ou omite meio eficiente para produzir o resultado morte em paciente, abreviando-lhe o curso natural da vida. A ortotanásia consiste na absten-

ção ou suspensão de todo tratamento fútil ou extraordinário diante da morte iminente do paciente, o que se busca não é a morte propriamente, mas o seu processo humanizado, resultado da enfermidade. Distanásia é comumente chamada de obstinação terapêutica, pois, por meio dela, se busca prolongar ao máximo a quantidade de vida humana. A mistanásia, por sua vez, é a morte miserável, fora e antes da hora. É o que ocorre, por exemplo, por falta de vagas no serviço de saúde. O suicídio assistido é resultado da ação do paciente que, com a ajuda de terceiros, provoca a morte. (DADALTO, 2015).

Este trabalho se restringe a análise jurídica da manifestação prévia de vontade a fim de que tenha eficácia quando o indivíduo não mais tenha condições de gerir seus atos e escolhas, de modo que a suspensão de tratamento médico não constitua prática da eutanásia.

## POSSIBILIDADE JURÍDICA DO TESTAMENTO VITAL NO BRASIL

Não há no Brasil lei em sentido estrito a respeito do testamento vital. As discussões se dão em nível doutrinário e jurisprudencial à luz dos princípios constitucionais e do direito comparado. É neste cenário de omissão legislativa que discutiremos a viabilidade jurídica do testamento vital em terras brasileiras.

Como visto antes, o código civil de 2002 andou bem, inovando quando comparado ao anterior, ao tratar expressamente sobre os direitos de personalidade, mas não dispôs sobre os direitos da pessoa nos momentos que antecedem a sua morte.

A doutrina atual não hesita em criticar o código civil sob diversos aspectos, principalmente quanto às omissões ao tratamento de temas de sua época, que passaram despercebidos pelo legislador.

O surgimento da nova codificação civil não teve relação com as transformações por

que passava o direito civil da sua época. A ausência de grandes inovações se explica, em parte, pela própria falta de atualidade do projeto original, o qual havia sido elaborado cerca de uma década antes da atual Constituição e, por isso, indiferente às profundas transformações por ela provocadas no direito brasileiro. (SCHREIBER, 2011).

A constituição de 1988, tendo como centro do sistema a dignidade da pessoa humana, tem como alicerce a valorização dos direitos existenciais. Guiada pelas ideias do neoconstitucionalismo, a nova era constitucional se caracteriza pela concepção de força normativa da constituição, da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, sendo estas incidentes nas relações entre particulares inclusive.

Inicialmente havia a visão limitada de que os direitos fundamentais seriam inerentes à relação do Estado com os particulares. Com o passar do tempo, percebeu-se que, sobretudo, nos países democráticos as relações entre particulares também causavam ameaças a direitos fundamentais da pessoa. A constitucionalização do direito significa, em linhas gerais,

a irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais a outros ramos do direito. O principal aspecto dessa irradiação revela-se na vinculação das relações entre particulares e os direitos fundamentais, também chamadas de efeitos horizontais dos direitos fundamentais. (SILVA, 2005).

A doutrina e a jurisprudência brasileira são uníssonas para reconhecer a aplicabilidade direta (imediata) das normas constitucionais nas relações entre particulares. Corrobora tais afirmações as lições de Bernardo Gonçalves (2017, p. 371):

Sem dúvida, o Brasil vem adotando, tanto doutrinária quanto jurisprudencialmente, a posição europeia do manuseio dos direitos fundamentais nas relações privadas. Portanto, a vinculação de particulares aos direitos fundamentais previstos constitucionalmente vem sendo reconhecida. Porém, ainda não há na jurisprudência do STF uma teorização (fundamentação teórica) sobre os limites e alcances dessa aplicação, ou seja, sobre o campo de incidência dos direitos fundamentais de forma direta

(imediate) ou indireta (mediata) nas relações privadas.

Embora legalmente não regulamentadas, as diretivas antecipadas de vontade podem possuir força normativa, se buscarem amparo jurídico na Carta Mãe. Caso haja respaldo constitucional, especialmente se fundamentado em um direito fundamental, as diretivas antecipadas passam a gozar de guarida constitucional com aplicabilidade imediata ao mundo fático. (BUSSINGUER e BARCELLOS, 2013).

Ao fazer uma análise mais acurada do instituto das Diretivas Antecipadas de Vontade, Elda Coelho Bussinguer e Igor Barcellos (2013, p.6) advogam que:

No entanto, à luz de um olhar mais atento, podemos notar que as diretivas dizem, em última instância, respeito à vida e à morte do paciente – aquela um bem explicitamente protegido pela Constituição Federal (art. 5º, caput) 4 e, segundo defendemos, esta, igualmente, um bem jurídico tutelado pela Carta Magna. É nesse sentido que



surge para nós a necessidade de um novo paradigma jurídico acerca de vida e morte como bens a serem tutelados pelo Direito.

Defendem ainda que a vida é um bem quase que absoluto, não admitindo, portanto, ponderações. Porém, advertem que em alguns casos excepcionais a morte seria mero desdobramento da vida.

É o caso de pacientes terminais. Estes são caracterizados por se encontrarem em uma situação em que a morte já se instaurou como tal. Não há possibilidade de reversão do quadro. Nesse contexto, a morte só pode se apresentar como uma decorrência da própria vida. Se esta é um direito fundamental, a decisão acerca de até que ponto devem se seguir os tratamentos não passa de uma decorrência do exercício pleno do direito à vida, ou do direito à morte, entendida, neste caso, como uma decorrência da própria vida. (BUSSINGUER e BARCELLOS, 2013).

Portanto, em tais casos, a constitucionalidade das diretivas antecipadas de vontade encontra suporte, pois estas versam sobre o direito fundamental à vida/morte, tendo, assim,

eficácia plena e aplicabilidade imediata, como dispõe o art. 5º, §1º do Texto Constitucional. (BUSSINGUER e BARCELLOS, 2013).

Do exposto, percebe-se que não se pode dispor da vida em qualquer situação, sob pena de violar a ordem jurídica, por meio da autonomia privada, pelo abuso de direito. Existem, no entanto, situações permissivas que são apenas casos limites para assegurar a vontade do paciente, cujo quadro clínico não haja possibilidade de melhora.

O ser humano deve ser tratado de modo digno também em situação de fim de vida, recebendo tratamentos ordinários para amenizar o sofrimento, para assegurar-lhe qualidade de vida. Os tratamentos extraordinários, aqueles que visam prolongar a vida, são fúteis e não alterarão a situação de terminalidade. A suspensão dos tratamentos extraordinários é chamada de Suspensão de Esforço Terapêutico (SET) e são estes os tratamentos que devem ser objeto de recusa expressa no testamento vital. (DADALTO, 2015).

A questão que surge é se os médicos estariam obrigados a cumprir a vontade do paciente, se estariam vinculados a uma ma-

nifestação sem amparo legal ou se poderiam se recusar a atender os ditames do testamento vital.

Segundo Luciana Dadalto (2015, p. 99) “o Testamento Vital, em regra, possui efeitos erga omnes, vinculando médicos, parentes do paciente, e eventual procurador de saúde vinculado às suas disposições”.

No entender da citada doutrinadora, só seria legítimo a recusa do médico em atender o desejo do paciente, quando contrários aos ditames da sua consciência, seja por motivos religiosos, éticos ou outro de foro íntimo, quando então, o médico encaminha o paciente a outro profissional.

Ademais, submeter o enfermo ao prolongamento de vida sem que este possa manifestar sua vontade, por exclusiva vontade de parentes próximos, sem que se olvide das boas intenções que fundamentam esta decisão, ou até mesmo do hospital, pessoa jurídica de direito privado que exerce atividade econômica, que pode oferecer tratamentos médicos com alto custo financeiro somente para alcançar lucro, é transformar o indivíduo próximo ao falecimento em um instrumento da vontade de

outrem, esquecendo-se que a pessoa humana deve ser entendida como um fim em si mesmo e não como um meio para alcançar objetivos e anseios de outrem. (SEIXAS e SOUZA, 2015).

Dessa forma, o testamento vital se mostra como instrumento concretizador da vontade do paciente e hábil a fundamentar o encerramento de tratamentos fúteis e que só causam sofrimento e dor ao paciente que já não mais tem chance de cura.

## O TESTAMENTO VITAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

**P**assemos a análise das características do testamento vital, que embora já comentadas superficialmente, quando da comparação com o instituto do testamento civil, importante frisar alguns aspectos.

O testamento vital deve ser escrito, feito por pessoa capaz e registrado em cartório a fim de dar publicidade ao ato. Nesse sentido são os ensinamentos de Luciana Dadalto (2015, p. 102):

No que tange ao aspecto formal, o testamento vital, assim como o testamento, é um negócio jurídico solene, portanto, deve ser escrito e registrado no cartório competente, nos países que adotam esse sistema de publicização de atos civis.

Ainda se faz pertinente consignar que o instrumento deve ser escrito por pessoa

com discernimento e será eficaz apenas em situações de terminalidade da vida, quando o paciente não mais puder exprimir a sua vontade.

Cumprido esclarecer que o testamento vital não se confunde com o consentimento informado, este se trata de uma obrigação do médico prestar todas as informações ao paciente e obter deles a concordância, antes de submetê-lo a tratamento, de modo que o Código de Ética Médica estabelece vedações aos médicos, visando a boa prática da medicina.

A seguir podem ser observadas algumas disposições da Resolução nº 1.931/2009 do Conselho Federal de Medicina:

#### Capítulo IV – DIREITOS HUMANOS

É vedado ao médico:

Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

#### Capítulo XII – ENSINO E PESQUISA MÉDICA

É vedado ao médico:

Art. 102. Deixar de utilizar a terapêutica cor-

reta, quando seu estiver liberado no país.  
Parágrafo único. A utilização da terapêutica experimental é permitida quando aceita pelos órgãos competentes e com o consentimento do paciente ou de seu representante legal, adequadamente esclarecidos da situação e das possíveis consequências. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2009).

O testamento vital, por sua vez, é um documento de manifestação de vontades pelo qual uma pessoa capaz manifesta seus desejos sobre suspensão de tratamentos, a ser utilizado quando o outorgante estiver em estado terminal, em Estado Vegetativo Permanente ou com uma doença crônica incurável, impossibilitado de manifestar livre e conscientemente sua vontade. (DADALTO, 2015).

Quando se trata do testamento vital, faz necessário o consentimento livre e esclarecido como sendo um requisito, o que representa algo a mais do que o simples consentimento informado. Não basta apenas a informação do diagnóstico, do prognóstico, dos riscos e dos objetivos dos tratamentos e procedimentos, mas se faz necessário o esclarecimento, para

só então ser colhido o consentimento do paciente, para fins de prosseguimento. (DADALTO, 2015).



## DOS AVANÇOS NORMATIVOS

**D**iante da inexistência de lei acerca do testamento vital no Brasil, coube ao Conselho Federal de Medicina editar duas resoluções a fim de orientar a prática médica no país, quando diante de uma situação na qual, através da autonomia da vontade, pessoa capaz resolve dispor que não deseja se submeter a determinado procedimento médico.

A Resolução CFM n° 1805/2006 estabelece que o médico pode limitar ou até suspender tratamento de paciente terminal, que prolonguem a vida do paciente, desde que atendida a vontade do paciente ou do seu representante legal. É o que consta do art. 1° da Resolução CFM:

Art. 1° É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de

seu representante legal. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2006).

Conforme a aludida Resolução, cabe ao médico esclarecer ao paciente ou ao seu representante legal as possíveis terapias indicadas a cada caso, bem como assegurar ao paciente todos os cuidados para aliviar os sintomas por ele acometido.

A Resolução CFM 1805/2006 foi objeto de uma ação judicial ajuizada pelo Ministério Público Federal (MPF), perante a 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal. Sustentou o MPF que o CFM extrapolou sua competência ao dispor mediante resolução, em virtude de que a temática era tipificada como crime. (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. Sentença. Ação Civil Pública n. 2007.34.00.014809-3. Julgado em 01/12/2010).

Percebe-se que o MPF confundiu os conceitos de eutanásia, ortotanásia e suicídio assistido quando do ajuizamento da ação.

As alegações do CFM sustentaram que a Resolução era plenamente válida, pois não se trata de eutanásia ou de distanásia, mas sim de ortotanásia. A ortotanásia não é crime e tem

como objetivo garantir o direito a uma morte correta, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana. Além disso, a Medicina Paliativa surge para proporcionar conforto ao paciente diante de uma morte menos dolorosa e mais digna.

A Ação foi julgada improcedente, após o próprio MPF concordar com o CFM em sede de alegações finais, sendo reconhecida na sentença a competência do CFM para edição da Resolução nº 1805/2006, bem como a compatibilidade da norma com o Direito no estágio atual da medicina.

Em 2012, o CFM, editou a Resolução nº 1.995, a qual versa expressamente sobre as diretivas antecipadas de vontade. A Resolução representa o marco normativo do instituto no ordenamento jurídico brasileiro. Os dois primeiros artigos da aludida Resolução, definem a que se destina tal instrumento normativo:

Art. 1º Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que esti-

ver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

Art. 2º Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012)

A referida Resolução prevê que os médicos no seu exercício profissional podem se defrontar com situações em que necessitem decidir pela autonomia do paciente, sendo esta uma prática que não afronta a ética profissional e ante a inexistência de lei a Resolução objetiva normatizar a temática.

Em mais uma manifestação normativa acerca do testamento vital no Brasil, a I Jornada de Direito da Saúde, realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2014, onde foi aprovado o Enunciado nº 37, cuja redação se segue:

As diretivas ou declarações antecipadas de vontade, que especificam os tratamentos

médicos aos quais o declarante deseja ou não se submeter quando incapacitado de expressar-se autonomamente, devem ser feitas preferencialmente por escrito, por instrumento particular, com duas testemunhas ou público, sem prejuízo de outras formas inequívocas de manifestação admitidas em direito. (BRASIL, 2014).

A redação do enunciado merece algumas críticas. Primeiro, porque vai de encontro aos estudos sobre o tema, que não existe diretiva ou declaração antecipada de vontade, o que existe é diretiva antecipada de vontade e declaração prévia de vontade do paciente em fim de vida (nome mais correto para o testamento vital, que é espécie de diretiva antecipada de vontade). Segundo, coloca em dúvida a aceitação pelo CNJ de disposições de vontade sobre assuntos não médicos. Terceiro, nada fala sobre o procurador para cuidados de saúde. Quarto, melhor seria reconhecer ad diretivas antecipadas de vontade como declaração unilateral, sem a necessidade de testemunhas. (DADALTO, 2015).

## O TESTAMENTO VITAL NOS TRIBUNAIS

A jurisprudência pátria acerca da temática do testamento vital ainda é tímida. Cumpre mencionar um caso do Estado do Rio Grande do Sul, em que um idoso hospitalizado se recusara a se submeter a amputação de um dos pés, tendo o Ministério Público ajuizado uma ação a fim de que o pronunciamento judicial o obrigasse a realizar o procedimento.

Em sede de 1ª instância o pedido foi julgado improcedente. O MP recorreu para o Tribunal de Justiça, o qual nos autos da Apelação nº 70054988266, cuja ementa se faz pertinente transcrever abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL. 1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para “aliviar o sofrimento”; e, conforme laudo psiquiátrico, se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Es-

tado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida. 2. O caso se insere no denominado biodireito, na dimensão da ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural. 3. O direito à vida garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória. Ademais, na esfera infraconstitucional, o fato de o art. 15 do CC proibir tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constrangida a tal. 4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o

paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado testamento vital, que figura na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina. 5. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70054988266, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 20/11/2013).

Embora a inegável importância da decisão, uma vez que reconheceu a primazia da vontade do paciente sobre a indisponibilidade do direito à vida, os desembargadores reconheceram como testamento vital uma disposição que mais se assemelha a mera recusa de tratamento. A decisão menciona três possíveis requisitos do testamento vital, quais sejam: (1) a decisão do paciente deve ser feita antecipadamente, (2) o paciente deve estar plenamente consciente, (3) deve constar que a sua manifestação deve prevalecer sobre a vontade dos parentes e dos médico que o assistem. Porém, o que denota é que dois dos três requisitos apontados pelos desembargadores estão ausentes no caso. Primeiro, o paciente não manifestou sua vontade de forma antecipada,



mas quando acometido pela doença de forma crítica. Segundo, porque o paciente estava com quadro de depressão, o que pode retirar a capacidade para consentir do indivíduo. (DADALTO, 2015).

Portanto, conclui a doutrinadora que a referida decisão mais parece um retrocesso para a implantação do testamento vital no Brasil, pois utiliza o instituto de forma inadequada e abre perigoso precedente para outras decisões que se valham do testamento vital para justificar situações que nada tem a ver com tais documentos.

## O TESTAMENTO VITAL NOS TRIBUNAIS

A jurisprudência pátria acerca da temática do testamento vital ainda é tímida. Cumpre mencionar um caso do Estado do Rio Grande do Sul, em que um idoso hospitalizado se recusara a se submeter a amputação de um dos pés, tendo o Ministério Público ajuizado uma ação a fim de que o pronunciamento judicial o obrigasse a realizar o procedimento.

Em sede de 1ª instância o pedido foi julgado improcedente. O MP recorreu para o Tribunal de Justiça, o qual nos autos da Apelação nº 70054988266, cuja ementa se faz pertinente transcrever abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL. 1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para “aliviar o sofrimento”; e, conforme laudo psiquiátrico, se encontra em

pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida. 2. O caso se insere no denominado biodireito, na dimensão da ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural. 3. O direito à vida garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória. Ademais, na esfera infraconstitucional, o fato de o art. 15 do CC proibir tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constrangida a tal. 4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de even-

tual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado testamento vital, que figura na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina. 5. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70054988266, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 20/11/2013).

Embora a inegável importância da decisão, uma vez que reconheceu a primazia da vontade do paciente sobre a indisponibilidade do direito à vida, os desembargadores reconheceram como testamento vital uma disposição que mais se assemelha a mera recusa de tratamento. A decisão menciona três possíveis requisitos do testamento vital, quais sejam: (1) a decisão do paciente deve ser feita antecipadamente, (2) o paciente deve estar plenamente consciente, (3) deve constar que a sua manifestação deve prevalecer sobre a vontade dos parentes e dos médico que o assistem. Porém, o que denota é que dois dos três requisitos apontados pelos desembargadores estão ausentes no caso. Primeiro, o paciente não

manifestou sua vontade de forma antecipada, mas quando acometido pela doença de forma crítica. Segundo, porque o paciente estava com quadro de depressão, o que pode retirar a capacidade para consentir do indivíduo. (DADALTO, 2015).

Portanto, conclui a doutrinadora que a referida decisão mais parece um retrocesso para a implantação do testamento vital no Brasil, pois utiliza o instituto de forma inadequada e abre perigoso precedente para outras decisões que se valham do testamento vital para justificar situações que nada tem a ver com tais documentos.

## CONCLUSÃO

A investigação desenvolvida consistiu em estudar os possíveis fundamentos de validade da declaração prévia de vontade, conhecida por testamento vital, pela qual pessoa capaz poderá por meio da autonomia da vontade dispor sobre qual tratamento médico deseja ou não ser submetido, quando, acaso futuramente não possua capacidade de assim decidir.

Inicialmente, foi realizada busca na literatura no direito estrangeiro, onde se percebeu que o testamento vital encontra-se consolidado em legislações de alguns países, tais como Estados Unidos, Portugal e Itália.

Uma vez que a denominação “Testamento Vital” causa confusão terminológica com o testamento do código civil, se fez necessário a sua diferenciação, ficando esclarecida que a alusão decorre da imprecisão na tradução da expressão em inglês “living will”, como é conhecido nos Estados Unidos.

Percebeu-se que, o Testamento Vital e o

Mandato Duradouro são espécie das chamadas Diretivas Antecipadas de Vontades. Tais instrumentos foram introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro através das Resoluções do Conselho Federal de Medicina e posteriormente, como enunciado 37 da I Jornada de Direito da Saúde do CNJ, ante a inexistência de lei em sentido estrito acerca do tema no país.

A partir da análise da conjectura da ordem jurídica atual, com a promulgação da constituição de 1988 e a aprovação do novo código civil, cujos efeitos normativos irradiam da dignidade da pessoa humana, de onde encontra espaço de validade para o Testamento Vital.

Como visto, a dignidade da pessoa humana é um conceito multifacetado. É uma cláusula aberta que permite inúmeras interpretações, possibilitando uma ampla rede de proteção da pessoa humana. Daí, surge a concepção de vida digna, para quem a vida só é boa enquanto aquele que vive assim entender, caso não lhe faça mais sentido continuar vivo, seria legítimo o direito de por fim ao sofrimento, dor e tristeza, exercendo a sua liberdade de não mais continuar vivo.

Porém, o exercício da liberdade e autonomia não pode contrariar a ordem jurídica estabelecida a ponto de por fim a vida de forma arbitrária, sob pena da prática de eutanásia, conduta esta escolhida pelo legislador como crime.

O que se pretende evitar com o Testamento Vital é a manutenção da pessoa viva a qualquer custo, ainda que não tenha chance de cura. Não seria digno manter o paciente sob tratamento sem que tenha chance de cura ou melhora significativa em seu quadro clínico, através de mecanismos artificiais.

As disposições de recusa ou de aceitação de cuidados e tratamentos médicos para serem válidas devem ser feitas por pessoa capaz ao tempo da manifestação de vontade, não podendo dizer respeito a recusa de tratamentos ordinários, sendo lícitas apenas as disposições que rejeitem tratamentos fúteis, que são aqueles tratamentos que não trarão benefícios ou expectativa de cura ao paciente. Tais disposições devem ser previamente elaboradas, sendo eficaz apenas em situações de terminalidade da vida, quando o paciente não mais puder exprimir a sua vontade.



Atendidas as premissas expostas, a validade das Diretivas Antecipadas de Vontade, ou especificamente, do Testamento Vital, encontra suporte constitucional, amparadas na força normativa da Constituição, cujas normas de direito fundamental tem aplicabilidade imediata e, sendo o direito à vida digna e por conseguinte o direito à morte digna, manifestações concretas da dignidade da pessoa humana, deve ser assegurada a autonomia do paciente para decidir até que ponto devem seguir os tratamentos médicos.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Cristiane Avancini. **Linguagem, Diretivas Antecipadas de Vontade e Testamento Vital: uma interface nacional e internacional.** Revista Bioethikos, mar. 2013. p. 259-270.

APPEL, Camila. **Itália aprova lei que prioriza vontade de pacientes terminais em tratamentos.** Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2017/12/1944159-italia-aprova-lei-que-prioriza-vontade-de-pacientes-terminais-em-tratamentos.shtml>>. Acesso em 11/04/2018.

BARBOZA, Heloisa Helena. **Reflexões sobre a autonomia negocial.** In: O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada.** 2003. 270 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2003.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Enunciado nº 37. **Enunciados.** São Paulo: Porta do CNJ, 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Sentença. Ação Civil Pública n. 2007.34.00.014809-3. Julgado em 01/12/2010.

BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. BARCELLOS, Igor Awad. **O direito de viver a própria morte e sua constitucionalidade**. Revista Ciência & Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, 2691-2698, set. 2013.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.805. Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 28 nov. 2006, Seção I, p. 169.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.931. Aprova o Código de Ética Médica. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 set. 2009, Seção I, p. 90.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.995. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de

vontade dos pacientes. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 out. 2012, Seção I, p. 269-270.

DADALTO, Luciana. **Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia devontade do paciente terminal)**. Revista de Bioética y Derecho, núm. 28, mayo 2013, p. 61-71.

DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 3ª ed. – São Paulo. São Paulo: Atlas, 2015.

DONNINI, Rogério. LEMOS, Raphael Abs Musa de. **Dignidade e Autonomia: a ponte dogmática para o Testamento Vital**. Revista Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, vol. 10, n.º. 01, pp. 389-433, 2017.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida. Aborto, eutanásia e liberdades individuais**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª Ed. rev. ampl. atual. - Salvador. Juspodivm, 2017.

FERNANDES, Laís Turra. O Testamento Vital como instrumento de proteção da dignidade da pessoa humana. 2015. 64f. Monografia. (Graduação em Di-

reito). Centro Universitário de Brasília – Uniceub, Brasília, 2015.

FURTADO, Gabriel Rocha. **Considerações sobre o testamento vital**. Revista eletrônica de direito civil, A.2. n.4. 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2013/06/Gabriel-Rocha-Furtado-civ.a.2.n.2.2013.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. **Manual de direito civil; volume único**. – São Paulo : Saraiva, 2017.

HENNEZEL, Marie de. **Amorte íntima: aqueles que vão morrer nos ensina a viver**. 3ª ed. – Aparecida. São Paulo: Idéias e Letras, 2004.

MACEDO, João M.; SANTOS, Laura Ferreira dos. **Testamento vital: um modelo confuso?** Disponível em: <<https://www.publico.pt/2014/07/07/sociedade/opiniao/testamento-vital-um-modelo-confuso-1661817>>. Acesso em: 22/04/2018.

MALLET, Miguel Tabbal. **Testamento Vital**. Disponível em <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2015\\_2/miguel\\_mallet.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2015_2/miguel_mallet.pdf)>. Acesso em 18/03/2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2017.

RAPOSO, Vera Lúcia. Diretivas Antecipadas de Vontades: em busca da Lei perdida. In: Revista do Ministério Público. I 25, Jan-Março 2011, Ano 32, Separata, p. 173.

ROSENVALD, Nelson. FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB - Volume 1** – Ed. 12<sup>a</sup>. Salvador. Juspodivm, 2014.

SCHEREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2011.

SEIXAS, Bernardo Silva de. SOUZA, Roberta Kelly Silva. **Revista Thesis Juris – RTJ**, São Paulo, V. 4, N.3, pp. 555-570, Set.-Dez. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 33<sup>a</sup> ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

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

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil; volume único**. – 7<sup>a</sup> ed. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

O rigor e a exatidão do conteúdo publicado  
são da responsabilidade exclusiva de seu autor.

Rua Deputado Matos Teles, 9, Conj. Médici II  
Bairro Luzia. Aracaju/Sergipe  
CEP. 49048-070  
[www.editoracriacao.com.br](http://www.editoracriacao.com.br)



