

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

OLIVIA RODRIGUES PARISI

POSSIBILIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DO TESTAMENTO VITAL NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

São Paulo

2021

OLIVIA RODRIGUES PARISI

Trabalho de Graduação Interdisciplinar
apresentado como requisito para obtenção do
título de Bacharel no Curso de Direito da
Universidade Presbiteriana Mackenzie.

ORIENTADOR: PROF. DR. JOSÉ DO CARMO VEIGA DE OLIVEIRA.

São Paulo

2021

OLIVIA RODRIGUES PARISI

POSSIBILIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DO TESTAMENTO VITAL NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Trabalho de Graduação Interdisciplinar
apresentado como requisito para obtenção do
título de Bacharel no Curso de Direito da
Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

Examinador(a)

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Examinador(a)

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Examinador(a)

Universidade Presbiteriana Mackenzie

A todos os que estiveram do meu lado, me apoiando, me aconselhando e incentivando. Obrigada por confiarem em mim.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço minha mãe, minhas irmãs e meu pai por todo o apoio imensurável desde sempre, sobretudo na minha jornada acadêmica que agora está se encerrando com muito amor, suor, dedicação, lágrimas e, sobretudo, gratidão.

À minha tia avó e meu avô, que partiram cedo nessa jornada na vida, mas que o amor e apoio incondicional sempre estiveram comigo e que guardo até hoje no lugar mais especial dentro do meu coração.

Às minhas irmãs que a vida me deu, Ana Beatriz, Beatriz, Caroline, Luiza, Sofia, Rafaela e Victoria que estão ao meu lado desde que éramos pequenas e sonhávamos com essa nossa fase da vida. Obrigada por todo o apoio que sempre me proporcionaram, pela torcida de vocês em relação às diferentes fases da minha vida. Posso dizer que crescer ao lado de mulheres tão incríveis e inspiradoras foi um privilégio imenso. Em vocês encontrei uma família e serei sempre grata por ter pessoas tão especiais como vocês na minha vida.

À Ediane, que esteve comigo desde os nossos primeiros momentos na faculdade e foi responsável por me ajudar a chegar a este momento. Você foi meu apoio em muitos momentos em que precisei e em você encontrei amor, felicidade, segurança e carinho que uma amizade de verdade tem. Obrigada por ter trilhado essa jornada ao meu lado ao longo desses dez semestres. Você contribuiu para que o processo de graduação tenha sido tão especial quanto foi. Espero que possamos caminhar muitos anos juntas pela frente ainda.

À Fernanda Nabahan, que está do meu lado todos os dias, me apoiando, incentivando e me dando conforto. Em você encontrei meu ponto de paz, você com certeza é uma irmã que a vida me deu e eu só tenho a te agradecer pela sua presença na minha vida. Você me ilumina.

À Ana Beatriz e Beatriz, mulheres maravilhosas que entraram na minha vida graças à nossa jornada acadêmica e em quem encontrei um lugar de paz e felicidade.

Por fim, mas coberto de uma importância gigantesca, agradeço ao meu querido Professor Orientador Doutor José do Carmo Veiga de Oliveira, que esteve comigo desde o começo desse projeto de TCC, me auxiliando e dando todo o suporte necessário nessa fase tão delicada. Obrigada por ter sido tão atencioso, acolhedor e por ter se dedicado tanto a este tema junto a mim. O Senhor foi essencial para esse fechamento de ciclo e serei eternamente grata.

A todos os acima descritos, obrigada por serem o motor propulsor para eu sempre querer ser melhor.

RESUMO

O presente trabalho de monografia estuda, em primeiro momento, a evolução histórica das diretivas antecipadas de vontade, passando por uma análise conceitual acerca do que se entende pelo instituto das diretivas antecipadas de vontade e suas respectivas espécies – testamento vital e mandato duradouro –, permeando pela classificação quanto a sua natureza jurídica. Paralelamente, faz-se a importante distinção entre testamento civil e testamento vital, pontuando suas diferenças e pontos de contato. Este trabalho busca, ainda, abordar os princípios relativos à bioética, aprofundando o estudo na questão da autonomia privada e da dignidade da pessoa humana, passando, assim, para a análise da eficácia e da validade do testamento vital no Brasil. Ao final, o presente trabalho faz um breve estudo do Projeto de Lei 149/2018, que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade sobre tratamentos de saúde, em trâmite no Senado Federal.

Palavras-chave: Diretivas antecipadas de vontade. Bioética. Testamento Vital. Mandato Duradouro. Autonomia Privada. Dignidade da Pessoa Humana. Validade. Eficácia. Projeto de Lei 149/2018.

ABSTRACT

The present work of monograph examines, at first, the historical evolution of the advanced directives, through a conceptual analysis of what is understood by this institute and its respective species – living will and durable power of attorney for health care –, permeating the classification as to its legal nature. Parallel to this, an important distinction is made between a civil will and the living will, punctuating their differences and similarities. This work also seeks to address the principles related to bioethics, deepening the study on the issue of private autonomy and the dignity of the human being, thus moving on to the analysis of the efficacy and the validity of the living will in Brazil. Finally, this paper makes a brief analysis of the Bill 149/2018, which approaches the advanced directives on health treatments, in the process of being processed in the Federal Senate.

Keywords: Advanced Directives. Bioethics. Living Will. Durable Power of Attorney for Health Care. Private Autonomy. Dignity of the Human Being. Validity. Efficacy. Bill 149/2018.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	2
1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE	5
2 ESPÉCIES	10
2.1 MANDATO DURADOURO	10
2.2 TESTAMENTO VITAL.....	12
3 NATUREZA JURÍDICA	15
4 TESTAMENTO CIVIL E TESTAMENTO VITAL	18
5 PRINCÍPIOS GERAIS DA BIOÉTICA	26
5.1 AUTONOMIA PRIVADA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	27
6 EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA	32
6.1 VALIDADE.....	35
6.2 EFICÁCIA.....	37
6.3 DOS MOVIMENTOS PARA A VALIDADE DO TESTAMENTO VITAL	38
7 PROJETO DE LEI Nº 149/2018	43
CONCLUSÃO	49
REFERÊNCIAS	55

INTRODUÇÃO

Com os avanços tidos na tecnologia e, via de consequência, na medicina, emergiu o estudo da chamada Bioética, responsável por analisar como a ética se comporta quando colocada à frente das novas situações oriundas dos avanços tecnológicos da ciência no âmbito da saúde, permeando não apenas por questões relativas à ética, como também ao meio ambiente¹.

Nesse cenário, a relação médico-paciente passou a ganhar um novo formato, na medida em que a autonomia privada dos pacientes começou a adquirir mais força e, então, surgiram as diretivas antecipadas de vontade, que constituem gênero, do qual testamento vital e o mandato duradouro são espécies.

Para além disso, o que se observa ao longo desse trabalho de conclusão de curso é que com a forte industrialização havida no mundo, sobretudo após o final da Primeira Guerra Mundial, passou-se a verificar uma tendência mais intervencionista do Estado na esfera privada, de modo que a autonomia de vontade foi superada pela autonomia privada², conforme será mais bem aprofundado no capítulo 3 desse trabalho.

E, nesse cenário, institutos como as diretivas antecipadas de vontade passaram a ganhar maior força no âmbito das relações humanas e, conseqüentemente, angariar uma forma no mundo do direito.

As diretivas antecipadas de vontade constituem documento de manifestação de vontade prévia que deverá ser escrito e realizado pelo paciente ainda lúcido e em pleno exercício de suas capacidades mentais, que terá efeito quando esse paciente estiver em estado terminal ou transitório, impossibilitado de manifestar autônoma e livremente sua vontade, dispondo acerca dos tratamentos aos quais deseja ou não se submeter³.

O mandato duradouro, também chamado de procuração para cuidados de saúde, uma das espécies desse instituto, se trata do documento por meio do qual o paciente nomeia um ou mais procuradores para que possam tomar decisões relativas aos tratamentos aos quais o paciente será submetido, na eventualidade de se encontrar em estado de incapacidade temporária, devendo agir com base na vontade do outorgante.

¹ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 35.

² DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 5ª ed. São Paulo: Foco, 2020, p. 6.

³ DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 5ª ed. São Paulo: Foco, 2020, p. 44/45.

Enquanto o testamento vital, segunda espécie, é o documento elaborado pelo paciente ou, ainda, por um Tabelião da Serventia de Notas, por meio do qual apresentará o paciente, sendo primordialmente necessária a sua lucidez e que ele esteja em gozo de todas as suas faculdades mentais, para efeito de dispor “acerca dos cuidados, tratamentos e procedimentos que deseja ou não ser submetida quando estiver com doença ameaçadora da vida, fora de possibilidades terapêuticas e impossibilitado de manifestar livremente sua vontade” (DADALTO, 2020, p; 55).

Diante da importância deste instituto, o presente trabalho busca examinar a possibilidade de implementação do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro, como forma de garantir maior segurança jurídica a esse instituto e às pessoas que a ele são vinculados, sejam elas tanto o paciente, sua família e o corpo médico responsável por aquele indivíduo.

Para tanto, o primeiro capítulo analisará a evolução histórica das diretivas antecipadas de vontade, compreendendo como se deu o seu surgimento e em qual cenário social, fazendo uma breve análise de como os demais países ao redor do mundo enfrentam as questões relativas a esse assunto, terminando com um enfoque para a abordagem que se lhe empresta na doutrina brasileira e, bem assim, no tocante às propostas ainda embrionárias do Direito Brasileiro, visando ser incorporado à legislação nacional sob o manto do Congresso Nacional.

Diante dessa introdução sobre o tema relativo às diretivas antecipadas de vontade, o presente trabalho de conclusão de curso evolui para o sentido de se aprofundar nas questões relativas às espécies desse instituto, para que viabilize um estudo mais detalhado e com maiores informações sobre o tema.

A seu turno, o segundo capítulo dedica-se à conceituação desses institutos, fazendo compreender sua utilidade prática e o que em cada uma das espécies, quais sejam, mandato duradouro e testamento vital, pode ser considerada uma dificuldade a ser superada e no que pode contribuir para com as manifestações de vontade do paciente que se encontra impossibilitado de se manifestar.

O terceiro capítulo é destinado a estudar a natureza jurídica desses institutos e suas respectivas peculiaridades, estudando-se a evolução relativa à autonomia privada dada entre o Novo Código Civil e o anterior, de 1916, tal qual os efeitos desses institutos e a quem eles vinculam.

No quarto capítulo faz-se a necessária distinção entre testamento civil e testamento vital, institutos que, apesar de apresentarem algumas similaridades, são, a bem da verdade, completamente distintos, não se podendo se permitir que haja confusão entre eles, motivo pelo qual este trabalho prestou-se a uma análise detalhada desses diferentes institutos pontuando as

principais e mais relevantes diferenças havidas entre eles, tornando-se possível compreender que, apesar de se tratarem de disposições de vontade, apresentam diversas diferenças, sendo que uma das principais se releva no momento em que os efeitos serão produzidos.

O quinto capítulo se prestará a examinar os princípios basilares da bioética, cuja aplicação é geral ao instituto das diretivas antecipadas de vontade, passando para uma análise mais aprofundada acerca da autonomia privada e da dignidade da pessoa humana, oportunidade em que será estudado sobre o direito de se ter uma morte digna.

O penúltimo capítulo deste trabalho abordará o tema relativo à existência, validade e eficácia do testamento vital, fazendo uma análise dos requisitos necessários, prestando a verificar se o testamento vital preenche os requisitos, estudando por uma perspectiva prática como que esse instituto se comporta no mundo jurídico.

Nesse capítulo será realizada uma análise prática sobre as diversas movimentações feitas pelos Operadores do Direito a respeito desse tema.

O sétimo e último capítulo destina-se a uma análise pormenorizada de cada artigo do Projeto de Lei 149/2018 de autoria do Senador Lasier Martins (PSD/RS), que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade sobre tratamentos de saúde, encontrando-se em trâmite perante o Senado Federal, pontuando-se eventuais questões consideradas relevantes ao tema abordado ao longo desse trabalho.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

Primeiramente, antes de adentrar na temática da evolução histórica das diretivas antecipadas de vontade, faz-se necessário conceituar este instituto para melhor compreensão, de modo a facilitar o entendimento sobre a matéria.

As diretivas antecipadas de vontade constituem um documento de manifestação de vontade prévia que deverá ser escrito e realizado pelo paciente ainda lúcido e em pleno exercício de suas capacidades mentais, que terá efeito quando este paciente se encontrar em estado terminal ou transitório, impossibilitado de manifestar livremente a sua vontade, que disporá acerca dos tratamentos de saúde aos quais deseja ou não se submeter ou para nomear um procurador para cuidados de saúde⁴.

Imperioso destacar, ainda, que as diretivas antecipadas de vontade são entendidas como gênero, do qual o testamento vital e o mandato duradouro são espécies⁵, conforme se verá adiante de forma pormenorizada.

A relação médico-paciente, por muitos anos, foi uma relação verticalizada, o que significa dizer que, muito embora essa relação gozasse de respeito, o médico quem detinha o conhecimento científico e técnico, de modo que, respeitar o paciente não implicava que este teria liberdade para escolher os tratamentos aos quais ele gostaria de se sujeitar⁶, pelo contrário, sujeitava-se as determinações do profissional de saúde.

A partir do século XX, essa relação verticalizada foi abrindo espaço a uma relação horizontalizada, em que a autonomia do paciente se torna basilar, notadamente em razão dos avanços tecnológicos, bem como em razão dos experimentos humanos realizados durante a Segunda Guerra Mundial⁷, com o triunfo da revolução biotecnológica, entre outros, que abriram espaço para uma maior discussão acerca da relevância da disposição dos pacientes sobre autonomia da sua vontade e dos tratamentos e procedimentos aos quais poderiam ser submetidos.

Com o progresso científico e tecnológico houve o surgimento da chamada Bioética, a qual é, até os dias atuais, responsável pela forma com a qual aqueles envolvidos com a ciência e biologia agem e decidem⁸.

⁴ DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 5ª ed. São Paulo: Foco, 2020, p. 44/45.

⁵ *Ibidem*, p.1.

⁶ DADALTO, Luciana. História do Testamento Vital: entendendo o passado e refletindo sobre o presente. **Revista Mirabilia**. Disponível em <https://www.revistamirabilia.com/sites/default/files/medicinae/pdfs/med2015-01-03.pdf>. Acesso em: 27 set. 2020.

⁷ *Ibidem*.

⁸ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 27.

Sobre este tema, Maria Helena Diniz assevera:

A bioética seria, então, um conjunto de reflexões filosóficas e morais sobre a vida em geral e sobre as práticas médicas em particular. Para tanto abarcaria pesquisas multidisciplinares, envolvendo-se na área antropológica, filosófica, teológica, sociológica, genética, médica, biológica, psicológica, ecológica, jurídica, política etc., para solucionar problemas individuais e coletivos derivados da biologia molecular, da embriologia, da engenharia genética, da medicina, da biotecnologia etc., decidindo sobre a vida, a morte, a saúde, a identidade ou integridade física e psíquica, procurando analisar eticamente aqueles problemas, para que a biossegurança e o direito possam estabelecer limites à biotecnociência, impedir quaisquer abusos e proteger os direitos fundamentais das pessoas e das futuras gerações⁹.

Nesse cenário, o dualismo entre estes temas tornou-se evidente. Isso se dá pelo fato de que, de um lado, há os avanços tecnológicos suficientes e hábeis que podem prolongar a vida dependendo, obviamente, do estado clínico do paciente e, de outro, a autonomia do paciente que emerge, tendo a possibilidade de se manifestar sobre os tratamentos médicos e eventuais procedimentos aos quais gostaria de se submeter, de modo que os debates acerca do direito à morte digna obtiveram maior destaque a partir de então¹⁰.

Os Estados Unidos da América foram o primeiro país a propor um debate sobre esse tema, em 1969, com o advogado defensor dos direitos humanos e da autonomia individual, Luiz Kutner, ao publicar em artigo científico que versava sobre o direito de morrer¹¹.

Luiz Kutner foi o executor da proposta para a criação de um documento, denominado *living will*, intitulado de testamento vital no Brasil, segundo o qual o paciente tem direito de dispor sobre os tratamentos que deseja suportar, bem como a recusar determinados procedimentos médicos, cujo objetivo precípua seria prolongar a vida do paciente, na hipótese em que for irreversível o seu quadro clínico, não sendo possível a realização de tratamentos terapêuticos e, tampouco de recobrar suas faculdades, estando em estado vegetativo persistente¹².

No ano de 1976, o Estado da Califórnia editou a primeira legislação neste tema, a chamada *Natural Deth Act*, que garantia ao paciente o direito de recusar ou suspender o tratamento que lhe foi imposto pela equipe médica responsável pelo seu quadro, bem como

⁹ Ibidem, p. 36.

¹⁰ DADALTO, Luciana. História do Testamento Vital: entendendo o passado e refletindo sobre o presente. **Revista Mirabilia**. Disponível em <https://www.revistamirabilia.com/sites/default/files/medicinae/pdfs/med2015-01-03.pdf>. Acesso em: 27 set. 2020.

¹¹ Ibidem.

¹² DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. **Revista Bioética**. Disponível em https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422013000300011. Acesso em: 27 set. 2020.

assegurava proteção aos profissionais de saúde, que respeitavam as disposições do paciente, de eventual processo judicial¹³.

Essa legislação foi fruto de uma batalha judicial travada entre os pais da jovem americana Karen Ann Quinlan, que foi hospitalizada em 1975, em estado de coma, sendo constatada a irreversibilidade de seu quadro. Seus pais, então, solicitaram a retirada do respirador artificial, porém, o médico responsável pelo caso de sua filha se negou, sob a retórica de que iria contra sua moral profissional. Frente tal recusa, os pais da jovem, recorreram ao Judiciário e, somente em 1976, a Suprema Corte concedeu à família da jovem o direito de solicitar o desligamento dos aparelhos de sua filha¹⁴.

Posteriormente, em 1983, o Estado da Califórnia editou outra lei, *California's Durable Power of Attorney for Health Care Act*, que previu o mandato duradouro, instituto segundo o qual reconhece o direito de o paciente indicar um terceiro, procurador, que ficará responsável por decidir sobre os tratamentos médicos aos quais o paciente será submetido, ou seja, neste caso, o procurador nomeado pelo paciente, tomará as decisões em seu lugar, na impossibilidade de fazê-lo por conta própria¹⁵.

Somente em 1991 foi editada a lei federal *Patient Self Determination Act*, nos Estados Unidos da América, dispondo sobre as *advanced directives*, denominadas no Brasil de Diretivas Antecipadas de Vontade, como sendo um gênero do qual o *living will*, testamento vital, e o *durable power of attorney for health care*, mandato duradouro ou procuração para cuidados de saúde, são espécies¹⁶.

Na Europa, as Diretivas Antecipadas de Vontade começaram a ser palco de debates somente após a edição da lei federal americana. Países mais liberais no tocante a autonomia, tais como Finlândia, Holanda e Hungria, foram os primeiros a editar legislações sobre o tema, contudo, os demais países somente reconheceram as Diretivas Antecipadas de Vontade como direito do paciente após a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano em face das Aplicações da Biologia e da Medicina¹⁷.

¹³ DADALTO, Luciana. História do Testamento Vital: entendendo o passado e refletindo sobre o presente. **Revista Mirabilia**. Disponível em <https://www.revistamirabilia.com/sites/default/files/medicinae/pdfs/med2015-01-03.pdf>. Acesso em: 27 set. 2020.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ MONTEIRO, Renata; JUNIOR, Aluísio. Diretivas antecipadas de vontade: percurso histórico na América Latina. **Revista Bioética**. Disponível em https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1983-80422019000100086&script=sci_arttext. Acesso em: 27 set. 2020.

¹⁶ DADALTO, Luciana. História do Testamento Vital: entendendo o passado e refletindo sobre o presente. **Revista Mirabilia**. Disponível em <https://www.revistamirabilia.com/sites/default/files/medicinae/pdfs/med2015-01-03.pdf>. Acesso em: 27 set. 2020.

¹⁷ Ibidem.

Já na América Latina, o primeiro país a legislar sobre o tema foi Porto Rico e, posteriormente, a Argentina e o Uruguai¹⁸.

Apesar de o Brasil não possuir legislação específica a esse respeito, em 2012, o Conselho Federal de Medicina aprovou a Resolução nº 1.995/2012¹⁹, que dispõe sobre as Diretivas Antecipadas de Vontade dos Pacientes, trazendo sua definição no artigo 1º:

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

Merece destaque, também, o Enunciado nº 37, do Conselho Nacional de Justiça, editado em 2014, na I Jornada de Direito da Saúde²⁰, se revelando como importante marco do Poder Judiciário nessa temática:

ENUNCIADO N.º 37 - As diretivas ou declarações antecipadas de vontade, que especificam os tratamentos médicos que 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.

Apesar de relevantes para o tema das Diretivas Antecipadas, salta aos olhos a necessidade de legislação para regular a matéria, capaz de enfrentar as questões intrínsecas e que a tangenciam.

Atualmente, há o Projeto de Lei nº 149, de 2018, de autoria do Senador Lasier Martins (PSD/RS), em trâmite perante o Senado Federal, que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade sobre tratamentos de saúde²¹, que demonstra uma atenção a este tema tão delicado, que vem sendo dado pelos operadores de direito do nosso país, revelando um movimento importante para a positivação do tema.

¹⁸ DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. **Revista Bioética**. Disponível em https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422013000300011. Acesso em: 27 set. 2020.

¹⁹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.995/2012. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 ago. 2012. Disponível em <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>. Acesso em: 27 set. 2020.

²⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. I Jornada de Direito da Saúde. Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2014/03/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENRIA_15_5_14_r.pdf. Acesso em: 27 set. 2020.

²¹ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 149 de 2018**. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade sobre tratamentos de saúde. Autoria: Senador Lasier Martins. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132773>. Acesso em: 27 set. 2020.

Conforme se demonstrará ao longo do trabalho, em que pese a importância desse Projeto de Lei, ele se encontra aguardando a designação do relator, desde 24 de setembro de 2020.

Entretanto, em que pese o atual estado desse Projeto de Lei, não se pode olvidar a importância que ele traz consigo. Em conformidade com aquilo já positivado em outros países, tais quais, Estados Unidos da América, Argentina, Portugal, dentre outros, tal projeto se revela como uma manifestação do Poder Legislativo Brasileiro em seguir essa tendência mundial, com o fito suprimir tal lacuna legislativa no tocante à regulamentação das diretivas antecipadas de vontade.

É, portanto, um grande avanço do Poder Legislativo acerca do instituto das diretivas antecipadas de vontade e, caso aprovado, será essencial para garantir maior efetividade e segurança jurídica a esse instituto, sobretudo no tocante às suas formalidades.

2 ESPÉCIES

Como dito, a lei federal norte americana *Patient Self Determination Act*, estabeleceu as diretivas antecipadas de vontade como um gênero, do qual mandato duradouro, *durable power of attorney for health*, e o testamento vital, *living will*, são espécies²², das quais seguirá uma análise pormenorizada.

2.1 MANDATO DURADOURO

O mandato duradouro, igualmente conhecido como procuração para cuidados de saúde, é um documento por meio do qual o paciente, em pleno gozo de suas capacidades mentais, nomeia um ou mais procuradores que serão encarregados de tomar decisões relativas aos tratamentos médicos aos quais o indivíduo será ou não submetido, na hipótese de o paciente se encontrar em um quadro de incapacidade permanente ou temporária do paciente – a qual, frise-se, é condição suspensiva –, lastreando tal decisão na vontade do mandante²³.

Em linhas gerais, a tomada de decisões acerca dos tratamentos médicos será subrogada pelo mandatário, alicerçando sua decisão no conhecimento que possui do mandante, de seus desejos e preferências. Ou seja, o procurador decidirá fundando-se no que o mandante escolheria se estivesse possibilitado de o fazer e não no que acredita ser ou não ser ideal²⁴, uma vez que o mandante permanece detentor de seus direitos de personalidade, ele apenas delega a um terceiro a tomada de decisão.

Nesta toada, o que se verifica é que a escolha por quem será nomeado como procurador do paciente torna-se um problema. Explica-se.

Esse modelo de documento enquadra-se no julgamento substituto, que implica na necessidade de que o procurador nomeado possua certo grau de intimidade com o paciente, para que possa, no momento de sua tomada de decisão, refletir tal como o paciente iria caso estivesse em condições de fazê-lo por conta própria, razão pela qual se faz necessário que o mandatário tenha suficiente conhecimento das vontades do mandante para que possa honrar seus desejos,

²² MONTEIRO, Renata; JUNIOR, Aluísio. Diretivas antecipadas de vontade: percurso histórico na América Latina. **Revista Bioética**. Disponível em https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1983-80422019000100086&script=sci_arttext. Acesso em: 17 out. 2020.

²³ DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 5ª ed. São Paulo: Foco, 2020, p.49.

²⁴ *Ibidem*, p.50.

sem que se encontre emocionalmente envolvido ao ponto de prejudicar a tomada de decisão, por razões de cunho pessoal.

Acerca desse tema, Luciana Dadalto assevera:

Para a solução desse problema é preciso ter em mente que o procurador deve ter um contato próximo com o paciente, ou seja, deve saber a fundo exatamente qual é a vontade do paciente, sob pena de decidir com base em seus próprios desejos, desrespeitando o desejo do mandatário²⁵.

Assim, a nomeação de terceiros imparciais, por exemplo, não seria capaz de fazer jus aos desejos do paciente, mas, ao mesmo tempo, a nomeação de procuradores com vínculo muito próximo ao paciente, também pode ser prejudicial, sendo recomendável o procurador nomeado seja um amigo próximo, que seria capaz de exprimir o desejo do paciente, sem um abalo emocional tão profundo e, em não sendo possível, nomear-se-ia um parente, desde que não seja economicamente dependente do paciente²⁶.

Relativamente às vantagens desse instituto, destacam-se a possibilidade de definir um padrão de decisão, de observar o desejo do mandante de conferir poderes a alguém, bem como de evitar medidas desnecessárias, como a tutela ou curatela, e de observar a autonomia do mandante e evitar incertezas com relação a quem possui o poder de sub-rogação das decisões a serem tomadas²⁷.

Aqui, importante destacar que não se pode confundir o instituto do mandato duradouro com os institutos da curatela, da tomada de decisões apoiada e a auto-curatela. Enquanto o mandato duradouro, em conformidade com o já esposado, é a nomeação de um procurador para tomada de decisões acerca dos tratamentos médicos aos quais o mandante será submetido, a curatela é um encargo imposto pela lei a alguém capaz para administrar os bens de uma pessoa maior, que não pode fazê-lo em razão de uma incapacidade, assemelhando-se ao instituto da tutela em razão de ambas serem eivadas de caráter assistencial, com o objetivo de proteger os incapazes²⁸.

Apesar de o instituto da tutela e da curatela apresentarem semelhanças, eles não se confundem. Isso porque, segundo os ensinamentos de Carlo Roberto Gonçalves:

Podem ser apontadas as seguintes diferenças: a) a tutela é destinada a menores de dezoito anos de idade, enquanto a curatela é deferida, em regra, a maiores; b) a tutela pode ser testamentária, com nomeação do tutor pelos pais; a curatela

²⁵ DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 5ª ed. São Paulo: Foco, 2020, p.53.

²⁶ *Ibidem*, p.54.

²⁷ *Ibidem*, p.50.

²⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 2: direito de família*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 195.

é sempre deferida pelo juiz; c) a tutela abrange a pessoa e os bens do menor, enquanto a curatela pode compreender somente a administração dos bens do incapaz, como no caso dos pródigos; d) os poderes do curador são mais restritos do que os do tutor. Não é absoluta a regra de que a curatela destina-se somente aos incapazes maiores²⁹.

A tomada de decisões apoiada, se caracteriza como um processo no qual a pessoa natural com deficiência elege duas ou mais pessoas de sua confiança para lhe prestar suporte na tomada de decisão sobre atos da vida civil, nos termos do artigo 1.783-A, do Código Civil³⁰. Por seu turno, a auto-curatela permite à própria pessoa natural a planejar sua curatela, antecipadamente³¹.

2.2 TESTAMENTO VITAL

A outra espécie das diretivas antecipadas de vontade é o denominado testamento vital, e, segundo os ensinamentos de Luciana Dadalto:

Inúmeras são as definições de testamento vital encontradas na literatura estrangeira. O apanhado dessas definições permite concluir que o testamento vital é um documento redigido por uma pessoa no pleno gozo de suas faculdades mentais, com o objetivo de dispor acerca dos cuidados, tratamentos e procedimentos que defenda ou não ser submetida quando estiver com uma doença ameaçadora da vida, fora de possibilidades terapêuticas e impossibilitado de manifestar livremente sua vontade³².

Em breve síntese, portanto, o testamento vital se traduz por meio de uma declaração escrita de manifestação de vontade de um paciente sobre os tratamentos aos quais deseja ou não ser submetido, em havendo a impossibilidade definitiva de se manifestar³³.

Ao passo que o mandato duradouro se enquadra no modelo de julgamento substituto, o testamento vital integra o modelo autonomia pura, vez que há a manifestação de vontade do paciente expressa, em que dispõe, enquanto capaz, acerca da aceitação ou recusa de determinadas intervenções médicas³⁴, sendo assegurado ao paciente o emprego de abordagens

²⁹ Ibidem.

³⁰ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Artigo 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 18 out. 2020.

³¹ DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 5ª ed. São Paulo: Foco, 2020, p. 53.

³² Ibidem, p.55.

³³ LIPPEMANN, Ernesto. *Testamento Vital: o direito à dignidade*. São Paulo: Matrix, 2013, p.17.

³⁴ MONTEIRO, Renata; JUNIOR, Aluísio. Diretivas antecipadas de vontade: percurso histórico na América Latina. **Revista Bioética**. Disponível em https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1983-80422019000100086&script=sci_arttext. Acesso em: 18 out. 2020.

paliativas, que lhe garantam uma maior qualidade e conforto, a fim de amenizar o sofrimento suportado no fim da vida.

Gize-se que é imperiosa a expressa manifestação do paciente em relação aos tratamentos aos quais deseja se submeter. Isso porque, em não havendo disposição nesse sentido, em regra, os médicos optam pela utilização dos tratamentos extraordinários, que são empregados com o objetivo de prolongar a vida do paciente, sem, necessariamente, ter perspectiva de melhora ou de reversão do quadro médico do paciente, fazendo com que o paciente suporte tratamentos, por diversas vezes, desnecessários³⁵, tendo em vista a irreversibilidade do quadro em que o paciente se encontra.

Dessa forma, imperiosa a expressa manifestação do paciente no sentido de cristalizar que não deseja se submeter a tratamentos extraordinários, de modo a garantir a observância à sua autonomia privada.

Nesse cenário, é possível apontar como objetivos centrais do testamento vital a garantia da observância a sua autonomia privada, tendo em vista que seus desejos serão acolhidos e respeitados, bem como servir à equipe médica como forma de amparo legal, quando se encontrar diante de situações sensíveis, em que o corpo médico possa não se sentir tão confortável na tomada das decisões, servindo, inclusive, como um limite estabelecido na doutrina³⁶.

A doutrina enumera alguns limites ao testamento vital, dentre eles:

a objeção de consciência do médico, a proibição de disposições contrárias ao ordenamento jurídico, e disposições que sejam contraindicadas à patologia do paciente ou tratamentos que já estejam superados pela medicina³⁷.

Nesse cenário, o que se verifica é que, no tocante a objeção de consciência do médico, este pode se recusar a realizar atos que sejam contrários a sua consciência, embora permitidos por lei, conforme se verifica no capítulo II, inciso IX, do Código de Ética Médica³⁸:

IX – Recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência.

³⁵ DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 5ª ed. São Paulo: Foco, 2020, p.56.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ibidem*, p.57.

³⁸ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução 2.217/2018. **Diário Oficial da União**, Brasília 01 nov. 2018. Disponível em <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. acesso em 18 out. 2020.

Deste modo, o médico poderá se recusar a realizar a vontade do paciente no quanto disposto no testamento vital, desde que o faça justificadamente e com fundamento em razões morais, éticas ou por outro motivo de caráter íntimo³⁹.

Por fim, outro ponto que merece destaque é o entendimento acerca da coexistência entre o mandato duradouro e o testamento vital em somente um documento. Essa possibilidade garante que a vontade expressamente manifestada pelo paciente será acatada, pois, segundo esse pensamento, permite que o procurador nomeado possa decidir, inclusive, nas hipóteses em que o testamento vital se apresentar omissivo e, até mesmo, apoiar a tomada de decisões da equipe médica, quando a família do paciente for contrária, não obstante o caráter vinculante o instituto⁴⁰.

Para tanto, Luciana Dadalto destaca a conveniência de elaboração de um testamento vital nomeando um procurador e, ao mesmo tempo, uma procuração para cuidados de saúde, nomeando o mesmo procurador, a fim de que este possa atuar em situação que não sejam exclusivas sobre o fim da vida⁴¹.

³⁹ DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 5ª ed. São Paulo: Foco, 2020, p.57.

⁴⁰ DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. **Revista Bioética**. Disponível em https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422013000300011. Acesso em 18 out. 2020.

⁴¹ DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 5ª ed. São Paulo: Foco, 2020, p.54.

3 NATUREZA JURÍDICA

Outro ponto essencial do presente trabalho que merece devida atenção, refere-se à natureza jurídica das diretivas antecipadas de vontade e suas respectivas espécies.

As diretivas antecipadas de vontade, gênero do qual o mandato duradouro e o testamento vital são espécies, são classificados como negócio jurídico, que produzem efeitos *inter vivos*, cujo propósito é a garantia da autonomia privada do sujeito que discrimina quais os tratamentos deseja se submeter, em caso de impossibilidade de fazê-lo livremente⁴².

Sobre os negócios jurídicos, no Código Civil, de 1916, era conceituado como meio hábil de aquisição, conservação, modificação e extinção de direitos⁴³, lastreando-se na autonomia da vontade. Em outras palavras, o negócio jurídico regulado pelo Código Civil, de 1916, pressupunha que o agente definiria a relação jurídica e os respectivos limites relativos a relação da qual faria parte⁴⁴.

Nesse tocante, merece ressaltar a dicotomia empregada entre os termos autonomia da vontade e a autonomia privada.

A autonomia da vontade era utilizada primordialmente no Estado Liberal, cuja regra geral era a menor interferência do Estado, tornando mais acessível a elaboração dos negócios jurídicos pelos particulares, tendo em vista que possuíam um certo grau de liberdade em suas relações, bem como condições de se autorregular⁴⁵.

Entretanto, a autonomia da vontade foi superada pela autonomia privada, notadamente com a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, e a dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, nos termos do artigo 1º, inciso III, de modo que a autonomia privada rege as situações existenciais⁴⁶.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;⁴⁷

⁴² DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. **Revista Bioética**. Disponível em https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422013000300011. Acesso em 02 nov. 2020.

⁴³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 1*: parte geral. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, pag. 111.

⁴⁴ DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 5ª ed. São Paulo: Foco, 2020, p.50.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 5.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 51.

⁴⁷ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 1º, inciso III. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado

Em outros termos, é possível dizer que a lei conferiu aos particulares um poder normativo, o qual será exercido dentro dos parâmetros e limites por ela estipulados⁴⁸, nesse sentido, poderão os agentes privados se reunirem para estabelecer aquilo que lhes for de seus interesses, produzindo efeitos vinculantes entre eles e, desde que, dentro dos limites da legalidade.

Destarte, o negócio jurídico regulado pelo Código Civil, de 2002, configura-se, pois, por meio de um poder que a lei conferiu aos particulares, como forma de se unirem para manifestarem suas vontades, objetivando que aquilo que foi firmado entre elas, produza os respectivos efeitos vinculantes entre eles e, assim, em se tratando de situações de cunho existenciais, as disposições acerca dos direitos de personalidade são próprias dos agentes, de forma que não há o que se falar em imposição de limitações externas⁴⁹.

Nos ensinamentos de Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral e Éverton Willian Pona:

A utilização dos conceitos de autonomia da vontade, já se mostra ultrapassado pela ciência jurídica e permeado de conotações negativas associadas ao subjetivismo, ao individualismo egoísta e impede a real compreensão do princípio da autonomia privada, núcleo fundamental do Direito Privado e merecedor de tutela constitucional, uma vez que indispensável à autodeterminação e à própria responsabilidade da pessoa humana. A autonomia privada reflete-se no Direito Civil, em uma de suas formas, por meio do testamento⁵⁰.

Relativamente as espécies das diretivas antecipadas de vontade, sob a perspectiva de um conciso estudo, o mandato duradouro, da mesma forma denominado de procuração para cuidados de saúde, caracteriza-se como um negócio jurídico unilateral de caráter existencial⁵¹, que produz efeitos com alcance maior.

Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 02 nov. 2020.

⁴⁸ AMARAL, Ana; PONA, Éverton. Autonomia da Vontade Privada e Testamento Vital: A Possibilidade de Inclusão no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Revista do Direito Privado da UEL – Volume 1 – Número 3**. Disponível em http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Everton_e_Ana%20Cl%C3%A1udia_Autonomia_da_vontade_privada_e_testamento_vital.pdf. Acesso em 02 nov. 2020.

⁴⁹ DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 5ª ed. São Paulo: Foco, 2020, p. 51.

⁵⁰ AMARAL, Ana; PONA, Éverton. Autonomia da Vontade Privada e Testamento Vital: A Possibilidade de Inclusão no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Revista do Direito Privado da UEL – Volume 1 – Número 3**. Disponível em http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Everton_e_Ana%20Cl%C3%A1udia_Autonomia_da_vontade_privada_e_testamento_vital.pdf. Acesso em 02 nov. 2020.

⁵¹ DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 5ª ed. São Paulo: Foco, 2020, p. 50.

Melhor dizendo, o mandato duradouro produzirá efeitos toda vez que o outorgante não for capaz de tomar decisões livremente, ainda que se encontre nessa condição em caráter temporário⁵².

Já o testamento vital, é um negócio jurídico unilateral de caráter existencial, personalíssimo, revogável a qualquer tempo, gratuito e solene⁵³, produzindo efeitos somente em caso de incapacidade definitiva do paciente.

Outrossim, o testamento vital produz efeitos *erga omnes* e vincula todos aqueles que esse negócio jurídico alcança, quem sejam, os familiares do paciente, sua equipe médica e, até mesmo, o procurador nomeado⁵⁴.

⁵² Ibidem, p. 54.

⁵³ AMARAL, Ana; PONA, Éverton. Autonomia da Vontade Privada e Testamento Vital: A Possibilidade de Inclusão no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Revista do Direito Privado da UEL – Volume 1 – Número 3**. Disponível em http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Everton_e_Ana%20Cl%C3%A9udia_Autonomia_da_vontade_privada_e_testamento_vital.pdf. Acesso em 02 nov. 2020.

⁵⁴ DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 5ª ed. São Paulo: Foco, 2020, p. 57.

4 TESTAMENTO CIVIL E TESTAMENTO VITAL

Um ponto relevante a ser suscitado neste trabalho é diferenciação entre testamento civil e o testamento vital, que, apesar de apresentarem muitos pontos de contato, as diferenças entre esses institutos não podem levar o leitor a erro e confundi-los, porquanto institutos completamente distintos.

Ambos os institutos são considerados, na tipificação civil, como negócios jurídicos, de modo que a autonomia privada dos indivíduos prevalece e, apesar de semelhantes nesses quesitos, se faz extremamente necessário destacar suas diferenças, para que não haja confusão entre eles.

O testamento civil é um negócio jurídico unilateral, gratuito, revogável, personalíssimo e solene que somente produz efeitos *post mortem*,⁵⁵ por meio do qual o agente dispõe da totalidade ou parte de seus bens, para depois da sua morte, não sendo necessariamente de caráter patrimonial⁵⁶.

É ato personalíssimo, porque somente pode ser realizado pelo autor da herança, não sendo admitida sua elaboração por meio de procurador⁵⁷, bem como de testamento em conjunto, recíproco ou correspectivo⁵⁸.

Gratuito, porque não possui como finalidade a obtenção de vantagens para o testador e, mesmo na eventualidade de o testamento civil prever a imposição de determinado encargo ao beneficiário, não lhe retira a qualidade de gratuito⁵⁹.

É essencialmente revogável, pois, levando-se em consideração de que se trata de livre disposição de vontade, há a possibilidade de o testador mudar de ideia e optar por revogá-lo, seja no todo ou em parte, quantas vezes lhe aprouver, sendo inválida a cláusula que proibir sua revogação⁶⁰.

No tocante aos efeitos, o testamento civil produz *post mortem*, o que significa dizer que o testamento civil somente produzirá efeitos após a morte do testador⁶¹, de modo que sua

⁵⁵ MONTEIRO, Renata; JUNIOR, Aluísio. Diretivas antecipadas de vontade: percurso histórico na América Latina. **Revista Bioética**. Disponível em https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1983-80422019000100086&script=sci_arttext. Acesso em: 02 nov. 2020.

⁵⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 7: direito das sucessões*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 234

⁵⁷ *Ibidem*, p. 235.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 236

⁵⁹ *Ibidem*, p. 237.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 238.

⁶¹ *Ibidem*.

validade estará condicionada ao seu evento morte, de modo que, somente quando o testador morrer, o testamento civil passará a produzir seus regulares efeitos.

O conceito do testamento civil precede a quaisquer conceitos jurídicos, podendo ser encontrada, inclusive, na Bíblia em Carta aos Hebreus, capítulo 9, versículos 16 e 17:

Porque onde há testamento, é necessário que intervenha a morte do testador; pois um testamento tem força onde houve morte; ou terá ele algum valor enquanto o testador vive?⁶²

Verifica, pois, que o evento morte é condição para que se possa falar em testamento civil, pois, sem ele não haverá a produção de quaisquer efeitos, enquanto vivo o testador.

O testamento civil é um negócio jurídico solene e, como tal, deve observar diversos requisitos, a exemplo do disposto no artigo 1.860, do Código Civil, que prevê a exigência de capacidade testamentária ativa, como condição de sua validade:

Art. 1.860. Além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento.
Parágrafo único. Podem testar os maiores de dezesseis anos⁶³.

Quanto aos menores de 16 anos, esses são absolutamente incapazes e, por isso, não podem testar; a previsão de sua incapacidade encontra-se no artigo 3º, do Código Civil:

Art. 3º - São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos⁶⁴.

O legislador optou por impor tal limitação, a fim de proteger aqueles que não têm maturidade para dispor de seus bens, de modo que, caso façam lavrar um testamento, o ato será considerado nulo⁶⁵, podendo o Tabelião que o lavrou incorrer em responsabilidade funcional, civil e até mesmo criminal, dependendo das circunstâncias em que ocorreu a sua lavratura.

O artigo 1.860, do Código Civil – acima transcrito – prevê, ainda, que as pessoas privadas do pleno discernimento para a prática dos atos da vida civil, quais sejam, aqueles

⁶² BIBLIA, Hebreus. Português. *In*: Bíblia sagrada: novo testamento. Tradução de João Ferreira de Almeida. Brasília: Sociedade Bíblica do Brasil, 2019, p. 1590.

⁶³ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 1.860. Além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento. Parágrafo único. Podem testar os maiores de dezesseis anos. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 02 nov 2020.

⁶⁴ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 26 mar 2021.

⁶⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 7: direito das sucessões*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 241.

acometidos por enfermidade ou deficiência mental, seja de maneira permanente e duradoura ou transitória, igualmente não poderiam testar⁶⁶.

São portadores de enfermidade ou deficiência mental aqueles considerados como alienados de qualquer espécie, como por exemplo os perturbados mentalmente, os mentecaptos, imbecis e os afetados por doenças psíquicas, cuja intensidade é capaz de privá-los do discernimento necessário para a prática dos atos da vida civil, dentre outros⁶⁷.

Isso porque, os incisos II e III, do artigo 3º do Código Civil de 1916, quando ainda vigente, previam a incapacidade absoluta daquelas pessoas privadas do discernimento necessário para a prática dos atos da vida civil, tanto de maneira permanente, comumente chamados de loucos de todo o gênero, quanto transitoriamente, os quais não estariam do seu pleno juízo quando da elaboração do testamento⁶⁸.

Ocorre que, tais incisos foram revogados pela Lei. 13.146, de 06 de julho de 2015, Estatuto da Pessoa com Deficiência, inserindo sensíveis alterações nas questões relativas ao estado de incapacidade das pessoas, de modo que, hodiernamente, nos termos do artigo 3º, do Código Civil, temos que somente são considerados absolutamente incapazes os menores de 16 anos.

Carlos Roberto Gonçalves pontua que:

Destina-se a aludida Lei n. 13.146/2015, como proclama o seu art. 1º, “a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por uma pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania”. Em suma, para a referida lei, o deficiente tem uma qualidade que o difere das demais pessoas, mas não uma doença⁶⁹.

Via de consequência, são relativamente incapazes os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, os ébrios habituais e os viciados em tóxico, aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade e os pródigos, nos exatos termos do artigo 4º, do Código Civil⁷⁰:

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

⁶⁶ Ibidem, p. 243.

⁶⁷ Ibidem, p. 243.

⁶⁸ Ibidem.

⁶⁹ Ibidem, p. 244/245.

⁷⁰ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV - os pródigos. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 26 mar 2021.

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

Logo, aqueles acometidos por falta de discernimento ou enfermidade passaram condição de relativamente incapazes.

Tem-se, portanto, que a deficiência física não é condição capaz de afetar a capacidade civil da pessoa, sendo-lhe resguardada a prática de determinados atos da vida civil, tal qual se casar e constituir união estável, conforme preconiza o artigo 6º, inciso I, do Estatuto da Pessoa com Deficiência⁷¹:

Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

I - casar-se e constituir união estável;

No entendimento de Carlos Roberto Gonçalves, com essas alterações relativas à capacidade, pretendeu o legislador que a pessoa portadora de deficiência não fosse considerada e tratada como incapaz, assegurando-lhe a preservação da igualdade e da dignidade da pessoa humana⁷².

Conquanto tenha havido importantes alterações acerca da capacidade civil, mantém-se o entendimento de ser nulo o testamento lavrado por quem, no ato de testar, não tenha pleno discernimento.

Assim, aqueles acometidos por falta de discernimento ou enfermidade, mesmo não sendo mais considerados absolutamente incapazes, na hipótese de não estarem em pleno discernimento no momento de testar, terá seu testamento declarado nulo.

O que se observa, portanto, é que além de os menores de 16 anos não possuírem capacidade para testar, pessoas privadas de discernimento ou com enfermidade mental igualmente não possuem plena capacidade para a prática do referido ato de manifestação de vontade.

⁷¹ BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I - casar-se e constituir união estável. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em 26 mar 2021.

⁷² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 7: direito das sucessões*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 245.

A incapacidade por debilidade mental é causa de nulidade do testamento e, assim, a menoridade civil, daqueles que, a despeito de não se apresentarem com algum tipo de debilidade, não podem testar por serem menores de 16 anos de idade.

A lei somente reconhece a capacidade relativa a partir do momento em que se completa 16 anos, ou seja, no primeiro segundo do dia subsequente ao do nascimento do menor absolutamente incapaz. Torna-se, pois, capaz, portanto, no primeiro segundo do dia seguinte ao do seu aniversário, quando então será considerado capaz para todos os fins e efeitos de direito, caso não seja portador de algum tipo de debilidade mental que lhe impeça a manifestação livre de vontade.

Outrossim, como dito, o artigo 4º do Código Civil prevê outras hipóteses de incapacidade civil relativa, as quais estão sujeitas ao instituto da curatela, como se observa na redação do artigo 1.767, do mesmo instituto legal.

Na eventualidade de ter havido interdição da pessoa relativamente incapaz, haverá presunção *juris et de jure* da inexistência de discernimento, exceto se na sentença que determinou a interdição a tenha fixado limites⁷³.

Entretanto, existe a possibilidade de haver o pronunciamento sobre a nulidade do testamento antes da decretação da interdição, pois, importante ressaltar que, o que determina a incapacidade são os fatos e não a sentença de interdição⁷⁴. Nesse caso, se o testamento tiver sido elaborado após a prolação da sentença de interdição, será nulo de pleno direito; mas, na hipótese de o ato testamentário ter sido realizado antes de proferida a sentença de interdição, haverá a necessidade de produção de prova inequívoca da insanidade⁷⁵.

Há, portanto, evidente cautela para que seja decretada a incapacidade da pessoa, devendo ser esgotados todos os meios de provas possíveis, especialmente prova veemente da incapacidade, nos autos de ação declaratória de nulidade⁷⁶.

Destaca-se, ainda, que a capacidade somente é exigida no momento de testar, ou seja, é necessário que o agente esteja gozando de capacidade e de pleno discernimento quando da lavratura do ato notarial⁷⁷. Caso o agente venha a perder sua capacidade, posteriormente, o testamento permanecerá válido, pois, no momento de sua lavratura era capaz.

O testamento civil, tal qual sua definição, constitui negócio jurídico unilateral, personalíssimo, solene, gratuito, essencialmente revogável e *causa mortis*.

⁷³ Ibidem, p. 247.

⁷⁴ Ibidem, p. 248.

⁷⁵ Ibidem, p. 246.

⁷⁶ Ibidem, p. 247.

⁷⁷ Ibidem, p. 251.

Por ser um negócio jurídico, o testamento civil deve preencher os requisitos constantes no artigo 104, do Código Civil⁷⁸ e, como tal, se aperfeiçoa pela manifestação livre de vontade do testador.

Assim, para que o testamento civil, na qualidade de negócio jurídico solene, tenha validade, é preciso que seja elaborado por agente capaz, tenha por conteúdo um objeto lícito, possível, determinado ou determinável, com forma prescrita ou não defesa em lei.

A capacidade relativa ao testamento já foi extensivamente abordada neste capítulo. No que concerne à licitude, não pode ser objeto de testamento, por exemplo, herança de pessoa viva, nos termos do artigo 426, do Código Civil⁷⁹, dada a vedação legal expressa nesse sentido.

Conclui-se, portanto, de o testamento civil constituir-se de um negócio jurídico que se presta ao âmbito das relações patrimoniais do Direito de Família e Sucessões, como alternativa para efeito de garantir a autonomia privada do testador⁸⁰.

Logo, em que pesem semelhanças entre os institutos do testamento civil e testamento vital, eles não devem ser confundidos.

O testamento vital, diferentemente do civil, que somente produzirá efeitos com a morte do testador, visa sua eficácia durante a sua vida⁸¹, sendo um documento elaborado quando o seu autor goza de suas capacidades mentais e, assim, encontra-se no seu pleno discernimento, produzindo os seus efeitos de direito até a fase final da vida do testador.

Como dito, o testamento vital é um negócio jurídico unilateral, gratuito, revogável, personalíssimo e solene, sendo certo que produz efeitos *erga omnes*, por meio da qual uma pessoa, em gozo das suas capacidades mentais, dispõe acerca dos tratamentos médicos aos quais deseja ou não se submeter quando estiver impossibilitada de se manifestar livremente, em caso de incapacidade definitiva do paciente⁸².

Sobre esse tema, sintetizam Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral e Éverton Willian Pona:

⁷⁸ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 26 mar 2021.

⁷⁹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 26 mar 2021.

⁸⁰ AMARAL, Ana; PONA, Éverton. Autonomia da Vontade Privada e Testamento Vital: A Possibilidade de Inclusão no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Revista do Direito Privado da UEL – Volume 1 – Número 3**. Disponível em http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Everton_e_Ana%20Cl%C3%A1udia_Autonomia_da_vontade_privada_e_testamento_vital.pdf. Acesso em 02 nov. 2020.

⁸¹ LIPPEMANN, Ernesto. *Testamento Vital: o direito à dignidade*. São Paulo: Matrix, 2013, p.17

⁸² DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 5ª ed. São Paulo: Foco, 2020, p. 1.

Conclui-se, desta forma, ser o testamento vital um documento jurídico redigido por uma pessoa quando plenas as suas faculdades mentais, por meio do qual dispõe antecipadamente a sua vontade quanto aos tratamentos a serem ou não empregados caso advenha situação na qual não possa mais expressar suas intenções em virtude do estado de saúde em que se encontre, podendo ainda servir de instrumento para a nomeação de terceiro para tomar a decisão quanto aos tratamentos utilizados e ainda dispor acerca da doação ou não de órgãos. Por meio desse documento o indivíduo manifesta a sua vontade de não ser mantido vivo em condições que considere indignas, cuja qualidade da vida já não mais pode ser preservada diante da batalha travada para vencer a morte⁸³.

O que se verifica, portanto, é que a diferença entre esses institutos que impossibilita a confusão entre tais espécies de atos solenes consiste em fazer registrar a disposição de última vontade e, assim, no testamento civil os efeitos somente serão produzidos *post mortem*, ao passo que, no testamento vital, os efeitos se darão *inter vivos*, com a constatação da incapacidade definitiva do paciente.

Outrossim, enquanto o testamento civil se presta a versar sobre as disposições dos bens do testador, incidente no Direito de Família e Sucessões, o testamento vital atinge questões de cunho relativo aos direitos humanos e civis, cuja aplicação abarca questões de direitos da personalidade, tendo em vista que se trata de disposição do paciente sobre os tratamentos aos quais deseja submeter-se, ou não, quando não mais puder fazê-lo livremente.

Verifica-se, pois, que o fundamento do testamento vital é a autonomia privada do paciente que goza do direito de deliberar a respeito dos tratamentos e procedimentos médicos aos quais deseja se submeter. Nos ensinamentos de Ernesto Lippmann⁸⁴:

Portanto, o fundamento legal do testamento vital é a autonomia da vontade, a livre escolha do ser humano e o princípio constitucional de sua dignidade humana, sendo importante que seus desejos sejam documentados e manifestados de forma consciente e esclarecida, o que se faz através do testamento vital, que registra o tratamento que o paciente deseja receber quando sua morte se aproximar.

Tanto é assim que no artigo 15 do Código Civil⁸⁵, há a previsão de que ninguém será constrangido a se submeter a qualquer tipo de tratamento médico, representando uma

⁸³ AMARAL, Ana; PONA, Éverton. Autonomia da Vontade Privada e Testamento Vital: A Possibilidade de Inclusão no Ordenamento Jurídico Brasileiro. *Revista do Direito Privado da UEL – Volume 1 – Número 3*. Disponível em http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Everton_e_Ana%20Cl%C3%A1udia_Autonomia_da_vontade_privada_e_testamento_vital.pdf. Acesso em 02 nov. 2020.

⁸⁴ LIPPEMANN, Ernesto. *Testamento Vital: o direito à dignidade*. São Paulo: Matrix, 2013, p. 21.

⁸⁵ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 29 dez 2020.

manifestação clara da autonomia privada do paciente diante dos tratamentos a serem ministrados pelos profissionais da saúde, se acolhidos previamente pelo testador⁸⁶:

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

Sob esse mesmo prisma, merecem destaque os artigos 22 a 24 do Novo Código de Ética Médica⁸⁷:

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.

Art. 23. Tratar o ser humano sem civilidade ou consideração, desrespeitar sua dignidade ou discriminá-lo de qualquer forma ou sob qualquer pretexto. Parágrafo único. O médico deve ter para com seus colegas respeito, consideração e solidariedade.

Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.

Tais artigos traduzem um dever dos médicos em tratar seus pacientes com dignidade, respeitando sua autonomia e civilidade, sob pena de incorrerem em infração ética⁸⁸.

O artigo 24 desse instituto, prevê que o médico deve garantir ao paciente seu livre exercício da autonomia privada, podendo decidir livremente sobre sua pessoa ou bem-estar e esse direito de decisão foi regulamentado pela Resolução 1.995/2012, do Conselho Federal de Medicina, que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes⁸⁹.

Dessa feita, tanto o Código Civil, quanto o Código de Ética e a Resolução que regulamentou as diretivas antecipadas de vontade, expressam como seu fundamento, a autonomia privada, além de preservar o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.

⁸⁶ MONTEIRO, Renata; JUNIOR, Aluísio. Diretivas antecipadas de vontade: percurso histórico na América Latina. Revista Bioética. Disponível em https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1983-80422019000100086&script=sci_arttext. Acesso em: 29 dez. 2020

⁸⁷ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução 2.217/2018. Diário Oficial da União, Brasília 01 nov. 2018. Disponível em <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. acesso em 29 dez. 2020

⁸⁸ LIPPEMANN, Ernesto. *Testamento Vital: o direito à dignidade*. São Paulo: Matrix, 2013, p. 19.

⁸⁹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.995/2012. Diário Oficial da União, Brasília, 31 ago. 2012. Disponível em <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>. Acesso em: 27 set. 2020.

5 PRINCÍPIOS GERAIS DA BIOÉTICA

Como dito, com os avanços tecnológicos havidos, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, notadamente na área de saúde, a relação médico-paciente tornou-se horizontalizada, o que significa dizer que a autonomia privada do paciente passou a se tornar basilar nessa relação, de modo que seus interesses individuais passaram a ser respeitados, cumpridos e observados em todos os seus termos.

Nesse contexto técnico-científico, em que a autonomia privada e os avanços da medicina estavam em ascensão houve o surgimento da Bioética, que, nos ensinamentos de Claudio Cohen nos esclarece:

A Bioética se apresenta nesta tentativa de apreender e compreender o verdadeiro significado do novo, capacitando-nos a uma possível adaptação. Ela nos permite expressar o nosso pensamento ético, o que nos possibilita encontrar consensos de qual será o comportamento moral mais adequado frente a uma determinada questão. Entendo que estes sejam os motivos de como deveríamos perceber, pensar e agir sob a égide da Bioética⁹⁰.

Maria Helena Diniz, em sua obra “O Estado Atual do Biodireito”, aponta que a bioética possui, quatro princípios basilares, que servem como diretrizes para sanar as questões que lhe envolvem, quais sejam: autonomia, beneficência, não maleficência e o da justiça⁹¹.

Com relação ao princípio da autonomia, este serve de orientação para os profissionais de saúde, que devem considerar e respeitar a vontade do paciente, bem como a de seu representante no caso do mandato duradouro, prezando pelos valores morais e crenças religiosas do paciente. É o reconhecimento acerca do interesse individual do paciente, que reside na persecução de sua autodeterminação, respeitando sua intimidade⁹².

Relativo ao princípio da beneficência, ao arrepio dos ensinamentos de Maria Helena Diniz, em havendo mais de uma possibilidade de tratamento médico ao paciente, os profissionais da saúde deverão sempre optar por aquele que for mais benéfico ao paciente, que lhe causem menos sofrimento, objetivando alcançar o bem-estar, evitando-se, ao máximo, quaisquer danos que possam ou venham a lhe ser causados⁹³.

⁹⁰COHEN, Claudio. Por que pensar a bioética?. Disponível em https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42302008000600002. Acesso em 29 dez. 2020.

⁹¹ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 39.

⁹² Ibidem.

⁹³ Ibidem.

Desdobra-se deste princípio, o da não maleficência, segundo o qual há uma obrigação médica de não acarretar dano intencional ao paciente⁹⁴.

Enfim, no tocante ao princípio da justiça, imperioso destacar que ele serve de diretriz de política pública. Isso porque, consoante esse princípio, a distribuição dos riscos e benefícios devem atingir o maior número de pessoas, de doenças e pesquisas, dentre outros possíveis. E, assim, ser capaz de garantir a imparcialidade na sua distribuição no momento de sua prestação. Nesse sentido, merece destaque:

Esse princípio, expressão da justiça distributiva, exige uma relação equânime nos benefícios, riscos e encargos, proporcionados pelos serviços de saúde ao paciente. Mas quem seria igual e quem não seria igual? Quais as justificativas para afastar-se da distribuição igual? Há propostas apresentadas pelo Belmont Report de como os benefícios e riscos devem ser distribuídos tais como: a cada Pessoa uma parte igual, conforme suas necessidades, de acordo com seu esforço individual, com base em sua contribuição à sociedade e de conformidade com seu mérito⁹⁵.

Observa-se, pois, que o princípio da justiça se lastreia na imparcialidade do tratamento, devendo os profissionais de saúde tratarem todos igualmente, independentemente da sua condição econômica ou crença religiosa.

5.1 AUTONOMIA PRIVADA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Em harmonia com o já discorrido no presente trabalho, a autonomia privada revela-se como uma prerrogativa dada, pela lei, aos indivíduos para que possam alcançar seus interesses individuais, objetivando a produção de efeitos entre eles, devendo, por conseguinte, coadunar com o princípio da dignidade da pessoa humana⁹⁶, princípio fundamental da República Federativa do Brasil, conforme artigo 1º, inciso III, da Constituição, de 1988⁹⁷, vez que consiste na busca pela autodeterminação.

Dessa forma, se faz imperiosa a análise do princípio da autonomia privada em conjunto com o da dignidade da pessoa humana, atentando-se que este é o fundamento do Estado Democrático de Direito, razão pela qual não se pode permitir que, por meio do exercício da

⁹⁴ Ibidem, p. 40.

⁹⁵ Ibidem.

⁹⁶ DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 5ª ed. São Paulo: Foco, 2020, p. 30.

⁹⁷ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 1º, inciso III. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 29 dez. 2020.

autonomia privada, a dignidade da pessoa humana seja reduzida à condição de coisa, excluindo-se a dignidade e o direito a uma vida digna⁹⁸.

Exsurge, pois, que o princípio da dignidade da pessoa humana traduz-se como um parâmetro daquilo que é considerado como mínimo existencial, ou seja, o mínimo para que seja assegurado ao indivíduo sua dignidade. Assim, aquilo que lesionar, de alguma forma, os aspectos fundamentais do ser humano, o mínimo existencial, configurar-se-ia em uma afronta a este princípio⁹⁹.

Nos ensinamentos de Maria Helena Diniz:

Para a bioética e o biodireito a vida humana não pode ser uma questão de mera sobrevivência física, mas sim de “vida com dignidade”.

O respeito à vida humana digna, paradigma bioético, deve estar presente na ética e no ordenamento jurídico de todas as sociedades humanas. Isso foi acatado internacionalmente¹⁰⁰.

Sob esse prisma, de rigor que o direito à vida digna seja garantido, para que os indivíduos autônomos possam usufruí-la. Contudo, imperioso se faz destacar que o conceito de vida boa é subjetivo, ou seja, cada indivíduo, apoiando-se em parâmetros pessoais e individuais, forma a concepção de vida e morte boa, conforme leciona Habermas¹⁰¹.

Nesse aspecto, o indivíduo utiliza-se desse espaço decisório do que ele compreende por vida ou morte boa, para praticar sua autonomia privada¹⁰², de modo a interpretar, de acordo com a sua subjetividade, o seu entendimento acerca da morte com dignidade, considerando, assim, aquilo que seria palco de sua manifestação de vontade.

Nesse sentido, Ana Amaral e Éverton Pona, asseveram:

Nesse campo de atuação bioético então, a dignidade passa a representar a visão que cada indivíduo tem de si mesmo e de suas condições de vida, refletindo a liberdade de cada pessoa de julgar quais circunstâncias as afetam não podendo qualquer outro fazer isso em seu lugar. Está diretamente ligada à caracterização que Dworkin faz do valor intrínseco da vida, dependente das condições pessoais de cada indivíduo¹⁰³.

⁹⁸ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 41.

⁹⁹ AMARAL, Ana; PONA, Éverton. Autonomia da Vontade Privada e Testamento Vital: A Possibilidade de Inclusão no Ordenamento Jurídico Brasileiro. *Revista do Direito Privado da UEL – Volume 1 – Número 3*. Disponível em http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Everton_e_Ana%20Cl%C3%A1udia_Autonomia_da_vontade_privada_e_testamento_vital.pdf. Acesso em 29 dez. 2020.

¹⁰⁰ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 42.

¹⁰¹ DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 5ª ed. São Paulo: Foco, 2020, p. 30.

¹⁰² Ibidem, p. 32.

¹⁰³ AMARAL, Ana; PONA, Éverton. Autonomia da Vontade Privada e Testamento Vital: A Possibilidade de Inclusão no Ordenamento Jurídico Brasileiro. *Revista do Direito Privado da UEL – Volume 1 – Número 3*. Disponível em

Assim sendo, o paciente que se encontra em situação de terminalidade de vida, tem de ter sua autonomia privada respeitada para que possa manifestar seus desejos sobre os tratamentos e procedimentos aos quais deseja se submeter no exercício de seu direito à morte digna, a qual deve ser analisada sobre a perspectiva constitucional¹⁰⁴.

Luciana Dadalto aponta que, atualmente, os debates jurídicos acerca do direito de morrer, têm se consubstanciado nos institutos da eutanásia, suicídio assistido, distanásia, mistanásia e ortotanásia (DADALTO, 2020, p. 32).

A eutanásia é considerada como a manifestação da autonomia privada, pois na eutanásia o paciente manifesta seu desejo de não estar mais vivo, aqui, o desejo do paciente é sua própria morte. Trata-se, pois, da morte provocada, a interrupção premeditada da vida, por compaixão daquele que se encontra em um estado de sofrimento irreversível¹⁰⁵.

Gize-se que o instituto da eutanásia é totalmente distinto do testamento vital. Aquele é a consumação do óbito do paciente a seu próprio pedido¹⁰⁶. Enquanto o testamento vital é a disposição de vontade expressa do paciente acerca dos tratamentos médicos aos quais se deseja submeter.

O suicídio assistido refere-se a um instituto em que a morte é fruto de uma ação do próprio paciente, contando com o auxílio de um terceiro, independentemente de ser médico ou não, mas que lhe fornece os meios para que lhe seja possível a abreviação da própria vida¹⁰⁷.

Importante ressaltar, no entanto, que as práticas da eutanásia e do suicídio assistido são vedadas no ordenamento jurídico brasileiro.

O instituto da distanásia, também chamado de obstinação terapêutica, futilidade terapêutica ou tratamento extraordinário, consiste no prolongamento artificial da vida humana, submetendo o paciente a tratamentos desnecessários. Inclusive, o Novo Código de Ética Médica, prevê em seu artigo 41, *caput*, que constitui infração ética a prática da obstinação terapêutica, sendo expressamente vedada¹⁰⁸.

Apesar de o artigo 41 acima mencionado estabelecer vedação expressa à eutanásia, seu parágrafo único dispõe que a vontade expressa do paciente deve ser observada, gize-se que a vontade expressa ocorre por meio do testamento vital, vejamos:

http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Everton_e_Ana%20Cl%C3%A1udia_Autonomia_da_vontade_privada_e_testamento_vital.pdf. Acesso em 29 dez. 2020.

¹⁰⁴ DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 5ª ed. São Paulo: Foco, 2020, p. 32.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 33.

¹⁰⁶ LIPPEMANN, Ernesto. *Testamento Vital: o direito à dignidade*. São Paulo: Matrix, 2013, p. 24.

¹⁰⁷ DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 5ª ed. São Paulo: Foco, 2020, p. 33.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 34.

Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem 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 legal¹⁰⁹.

A mistanásia, refere-se a morte que ocorreu por circunstâncias alheias ao paciente, considerada totalmente fora da hora, isso porque, consiste na morte daquele indivíduo que não teve acesso ao sistema de saúde ou, se teve, foi negligenciado (DADALTO, 2020, p.35).

Por fim, no que concerne a ortotanásia, merece destaque o quanto pontuado por Luciana Dadalto:

Já a ortotanásia é definida por Pessini como a “arte de bem morrer”. Garay afirma que a ortotanásia se concretiza com a abstenção, supressão ou limitação de todo tratamento fútil, extraordinário ou desproporcional diante da iminência de morte do paciente¹¹⁰.

A ortotanásia, portanto, equivale a não interferência humana no processo da morte e já foi considerada lícita no Brasil¹¹¹ e tem sido utilizada como direito fundamental à morte digna.

Destarte, observa-se que “a efetividade do direito de morrer está adstrito à implementação do direito à ortotanásia e à manifestação de vontade do paciente por meio do testamento vital, cujo conteúdo não pode ser ilícito” (DADALTO, 2020, p. 35).

Por fim, importante mencionar que, como dito, o parágrafo único, do artigo 41, do Novo Código de Ética Médica, prevê que é dever do médico oferecer cuidados paliativos à disposição, nos casos de doença incurável ou terminal do paciente, de maneira a preservar a dignidade da pessoa humana e minimizar todo sofrimento possível.

Cuidados paliativos consistem naqueles que visam garantir uma melhor qualidade de vida ao paciente em terminalidade de vida e também de sua família até o momento de sua morte¹¹², os quais servem como forma de garantir a observância à dignidade da pessoa humana do paciente, pois tem em foco a garantia de uma melhora na qualidade de vida do paciente, sem que lhe submeta a tratamentos considerados desnecessários, diante do quadro clínico do paciente em questão.

¹⁰⁹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.995/2012. Diário Oficial da União, Brasília, 31 ago. 2012. Disponível em <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>. Acesso em: 27 set. 2020.

¹¹⁰ DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 5ª ed. São Paulo: Foco, 2020, p. 34.

¹¹¹ LIPPEMANN, Ernesto. *Testamento Vital: o direito à dignidade*. São Paulo: Matrix, 2013, p. 24.

¹¹² DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 5ª ed. São Paulo: Foco, 2020, p. 35.

Isso posto, faz-se necessária uma análise da autonomia privada dos indivíduos juntamente à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Isso porque, cada indivíduo, dentro da sua subjetividade e diante das experiências que vivenciou ao longo da vida, tem uma noção própria do que entende por vida e morte boa.

Assim, cabe a cada particular, no exercício de sua autonomia privada e, frente àquilo que entende como digno para si, dispor sobre aquilo que deseja ou não ser submetido ao final de sua vida. Mantendo em mente, sempre, que o conteúdo dessa disposição de vontade deve ser lícito, pois, em assim não o sendo, tal manifestação de vontade não terá validade no âmbito do direito.

Dessa maneira, os pacientes não poderão dispor, portanto, acerca dos institutos da eutanásia e do suicídio assistido, os quais são vedados pelo ordenamento jurídico brasileiro, mas, em contrapartida, poderão se valer dos institutos da ortotanásia e do testamento vital, desde que, neste último, seu objeto de manifestação de vontade seja lícito.

6 EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA

Conforme amplamente discorrido no capítulo três do presente trabalho, o testamento vital é classificado como negócio jurídico unilateral de caráter existencial, personalíssimo, revogável a qualquer tempo, gratuito e solene.

A este respeito, faz-se necessário entender o que se entende por essa classificação, a fim de que se viabilize a compreensão acerca da validade do instituto.

Negócio jurídico é compreendido pelo exercício da autonomia privada, objetivando a aquisição, conservação, modificação ou extinção de direitos, com força vinculante entre as partes pactuantes¹¹³. Aqui, importante lembrar que a autonomia privada não é mais eivada de caráter individualista, conforme regramento dado pelo Código Civil, de 1916, mas sim goza de um caráter de socialização do direito, sobretudo quanto à função social da propriedade e ao respeito à dignidade da pessoa humana, segundo diretrizes traçadas na Constituição Federal, de 1988.

Configura-se como um negócio jurídico unilateral, pois os efeitos jurídicos se aperfeiçoam com a simples manifestação de vontade do paciente, sendo certo de que basta sua manifestação de vontade para existir, não dependendo da manifestação de outra parte. É personalíssimo, pois somente o paciente poderá elaborar as diretivas antecipadas de vontade, de modo que não se é viável a outorga de poderes¹¹⁴.

É revogável a qualquer tempo, vez que o fundamento legal das diretivas antecipadas é a autonomia privada, ou seja, dependem da vontade do paciente, esta vontade pode sofrer mudanças com o tempo, de modo que o paciente pode querer revogar ou modificar o quanto confeccionado anteriormente, devendo, apenas comunicar as mudanças para seu procurador de cuidados de saúde, ou realizar uma declaração de alteração do seu teor¹¹⁵.

É gratuito por não impor quaisquer tipos de ônus e obrigações a qualquer pessoa¹¹⁶, assim, a uma das partes será outorgada vantagens, sem se exigir contraprestação da outra. A

¹¹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 1: parte geral*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, pag. 110.

¹¹⁴ AMARAL, Ana; PONA, Éverton. Autonomia da Vontade Privada e Testamento Vital: A Possibilidade de Inclusão no Ordenamento Jurídico Brasileiro. *Revista do Direito Privado da UEL – Volume 1 – Número 3*. Disponível em http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Everton_e_Ana%20Cl%C3%A1udia_Autonomia_da_vontade_privada_e_testamento_vital.pdf. Acesso em 30 dez. 2020.

¹¹⁵ LIPPEMANN, Ernesto. *Testamento Vital: o direito à dignidade*. São Paulo: Matrix, 2013, p. 48.

¹¹⁶ AMARAL, Ana; PONA, Éverton. Autonomia da Vontade Privada e Testamento Vital: A Possibilidade de Inclusão no Ordenamento Jurídico Brasileiro. *Revista do Direito Privado da UEL – Volume 1 – Número 3*. Disponível em

respeito dos negócios jurídicos gratuitos, destaca-se os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves:

Negócios jurídicos gratuitos são aqueles em que só uma das partes auferir vantagens ou benefícios (doação pura)¹¹⁷.

Assim, considerando a inexistência de qualquer tipo de ônus ou obrigações outorgadas a qualquer pessoa, evidente se tratar de um negócio jurídico gratuito.

No Brasil, entende-se que deve ser um negócio jurídico solene, sendo possível sua lavratura por escritura pública, junto a um notário, como forma de garantir maior segurança jurídica ao procedimento¹¹⁸.

Luciana Dadalto preconiza:

A criação de um banco nacional de testamentos vitais também é recomendada, para que possibilite uma maior efetividade no cumprimento de vontade do paciente, de modo a não correr risco de que declaração se torne inócua. Assim, existindo tais disposições formais, o cartório ou particular deverá encaminhar o testamento vital ao Registro Nacional, em um prazo exíguo, a fim de garantir a efetividade da desta¹¹⁹.

Assim, em vistas a garantir maior segurança jurídica ao negócio jurídico do testamento vital, o recomendável é que se lave o documento, devendo dar publicidade e garantir a efetividade das disposições realizadas pelo paciente.

Outra recomendação dada para garantir a observância à vontade do paciente é anexar o testamento vital ao prontuário médico do paciente, mais especificamente, na anamnese que, em apertada síntese, é um histórico sobre a saúde do paciente e os tratamentos até então realizados, de caráter legal e sigiloso, conforme artigo 1º, da Resolução n.º 1.638/2002, do Conselho Federal de Medicina:

Art. 1º -Definir prontuário médico como o documento único constituído de um conjunto de informações, sinais e imagens registradas, geradas a partir de fatos, acontecimentos e situações sobre a saúde do paciente e a assistência a ele prestada, de caráter legal, sigiloso e científico, que possibilita a comunicação entre membros da equipe multiprofissional e a continuidade da assistência prestada ao indivíduo¹²⁰.

http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Everton_e_Ana%20Cl%C3%A1udia_Autonomia_da_vontade_privada_e_testamento_vital.pdf. Acesso em 30 dez. 2020.

¹¹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 1*: parte geral. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, pag. 112.

¹¹⁸ DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 5ª ed. São Paulo: Foco, 2020, p. 112.

¹¹⁹ Ibidem.

¹²⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n.º 1.638/2002. Diário Oficial da União, Brasília, 09 ago. 2002. Disponível em <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2002/1638>. Acesso em: 30 dez. 2020.

Sendo assim, a sugestão é para que o médico, responsável por preencher o prontuário médico do paciente, anexe a ele o testamento vital, para que chegue ao conhecimento de toda a equipe médica responsável pelos cuidados daquele paciente¹²¹.

Outrossim, considerando o caráter subjetivo acerca da autonomia privada, conforme explorado no tópico anterior do presente trabalho, evidente, pois, que o princípio da autonomia é essencial nas situações eivadas de caráter existencial, tal qual ocorre com as diretivas antecipadas de vontade.

Destarte, com a manifestação de vontade do paciente, em seu livre exercício da autonomia privada e preenchendo os requisitos acima apontados, surge, então, o negócio jurídico das diretivas antecipadas de vontade.

Ademais, outra recomendação importante dada para que o testamento vital seja válido é a presença de testemunhas quando da confecção do instituto.

Desta maneira, a indicação é que a feitura deste siga os requisitos dos demais testamentos previstos no artigo 1.876, do Código Civil, devendo ser assinado pelo paciente e por três testemunhas, ou registrado em cartório, devendo, neste caso, contar com a assinatura de duas testemunhas¹²².

Neste sentido:

A resolução 1.995/2012 do CFM não obriga que haja testemunhas, embora elas sejam extremamente úteis se houver qualquer dúvida quanto às intenções do testador ou seu estado de lucidez ao elaborar o documento. A Resolução do CFM tampouco exige que o documento seja registrado em cartório – o que é uma formalidade cara e que tornaria inviável o testamento vital para a maioria das pessoas¹²³.

Não obstante a Resolução nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina não trazer a obrigatoriedade da presença de testemunhas, o Enunciado 37, da I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça prevê a necessidade da presença de duas testemunhas quando da confecção do testamento vital, sendo recomendável, então, que o paciente o elabore na presença de testemunhas.

Finalmente, com relação aos efeitos produzidos por este negócio jurídico, segundo o já esposado, ele produz efeitos *inter vivos*, com a constatação da incapacidade definitiva ou temporária do paciente.

¹²¹ DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 5ª ed. São Paulo: Foco, 2020, p. 112.

¹²² LIPPEMANN, Ernesto. *Testamento Vital: o direito à dignidade*. São Paulo: Matrix, 2013, p. 39.

¹²³ *Ibidem*.

À vista disso, com a presença de um agente, que irá, no gozo de suas faculdades mentais exercer sua manifestação de vontade, versando sobre um objeto lícito, exteriorizando ao mundo de determinada forma, sendo recomendada que seja por escritura pública, esse negócio jurídico passará a existir no plano da existência dos negócios jurídicos.

6.1 VALIDADE

Não basta que o negócio jurídico exista, ele precisa, para que possa produzir seus regulares efeitos, ter validade.

O artigo 104 do Código Civil estabelece os requisitos para que um negócio jurídico possua validade:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Assim, a fim de que o testamento vital tenha validade, é necessário que o agente tenha discernimento para elaborá-lo. Aqui, necessário se faz esclarecer que discernimento é diferente de capacidade.

Capacidade é gênero do qual capacidade de direito e de fato são espécies. A capacidade de direito refere-se à aquisição de direitos e deveres, enquanto a capacidade de fato relaciona-se ao exercício desses direitos e deveres, ou seja, a capacidade de fato depende do discernimento¹²⁴.

Nesse sentido, imperioso o destaque de que “capacidade civil e capacidade para consentir são institutos diferentes que, portanto, necessitam de tratamento jurídico diferente” (DADALTO, 2020, p. 27). A primeira configura-se, pois, como simples formalidade, o que é necessário ser verificado é, se no momento do consentimento, o agente estava em pleno gozo de suas funções mentais¹²⁵.

Dessa forma, é possível pontuar que o discernimento não está ligado a ideia de idade, de modo que é plenamente possível que um menor possa elaborar um testamento vital. Para tanto, será necessário que esse menor adquira uma autorização judicial, a qual somente poderá

¹²⁴ DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 5ª ed. São Paulo: Foco, 2020, p. 26.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 28.

ser negada com a comprovação cabal acerca da inexistência de discernimento do menor para a prática desse negócio jurídico¹²⁶.

Relativamente ao conteúdo do testamento vital, imperioso destacar que ele poderá versar sobre os tratamentos médicos aos quais o paciente deseja se submeter e, também, à nomeação de um representante que será consultado em caso de incapacidade do paciente¹²⁷.

Tais disposições, como em qualquer outro negócio jurídico, devem ser feitas livremente, sem vício de consentimento e desde que não afrontem o ordenamento jurídico vigente, ou seja, o objeto de tais disposições devem ser lícitos. Hodiernamente, o Brasil entende ser lícita a utilização dos cuidados paliativos, pois é subjetivo o entendimento do conceito de morte digna¹²⁸.

Não poderá, contudo, ter disposições sobre doações de órgãos. Isso porque a doação de órgãos já é devidamente regulamentada pelo ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 10.211/2001, devendo atender os regramentos desta Lei, tendo em vista a existência de regramento específico. Para não ser contrária à legislação, seria necessário realizar uma alteração legislativa que torne válida essa disposição¹²⁹, sendo certo de que as disposições devem estar sempre de acordo com o ordenamento jurídico vigente.

Quanto a nomeação de procurador no testamento vital, segue o entendimento pela conexão desses institutos em um só documento, como forma de conceder maiores poderes ao procurador na tomada de decisões relativas ao final de vida do paciente, o que é válido no ordenamento jurídico, porém, considerando que são institutos distintos, é recomendável que se façam dois documentos separados, uma para cada modalidade de diretiva antecipada¹³⁰, de modo a garantir sua validade.

Ou seja, o conteúdo do testamento vital deve estar de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, devendo seu objeto ser lícito, não podendo conter disposições que versem sobre eutanásia ou suicídio assistido, por exemplo, vez que são institutos expressamente vedados pelo país.

No tocante à forma do testamento vital, como dito, Luciana Dadalto demonstra que entendimento de que, a fim de garantir uma maior segurança jurídica desse instituto, ele deve ter forma prevista em lei, podendo ser exteriorizado por meio de sua lavratura por escritura

¹²⁶ Ibidem, p. 114.

¹²⁷ Ibidem, p. 111.

¹²⁸ Ibidem.

¹²⁹ Ibidem.

¹³⁰ Ibidem, p. 112.

pública¹³¹, sendo recomendável, ainda, que o médico o anexe no prontuário médico do paciente¹³².

Outrossim, *mister* ressaltar que, apesar de inexistir regramento específico sobre o testamento vital no país, é possível se concluir pela validade desse instituto, devendo-se fazer uma análise à luz das normas e princípios constitucionais, conforme entendimento dos tribunais brasileiros¹³³.

Os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da autonomia (princípio implícito no art. 5º), bem como a proibição de tratamento desumano (art. 5º, III) são arcabouços suficientes para a defesa do testamento vital, vez que o objetivo desse instrumento é possibilitar ao indivíduo dispor sobre a aceitação ou recusa de tratamentos em caso de fim de vida¹³⁴.

Em harmonia com estes artigos da Carta Magna, há também o já mencionado artigo 15, do Código Civil¹³⁵, que dispõe que ninguém será constrangido a se submeter, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica. Evidente, portanto, que o testamento vital é garantidor deste dispositivo.

Gize-se que a inexistência de norma jurídica acerca do testamento vital, não pode configurar uma carta branca para excessiva judicialização sobre o tema. Principalmente porque, como dito, trata-se de negócio jurídico unilateral de caráter existencial, de modo que, em cumprindo todos os requisitos de validade do negócio jurídico, ele será válido. Do contrário, seria um permissivo para o Poder Judiciário legislar, o que não faz parte de suas atribuições típicas.

6.2 EFICÁCIA

Ultrapassada, as questões atinentes à existência e validade deste negócio jurídico, imperioso explorar a eficácia do testamento vital.

O testamento vital terá sua eficácia no momento em que for arrolado ao prontuário médico, pelo médico responsável. Isso porque, em que pese este instituto ser oponível *erga omnes*, a eficácia médica somente se dá com o alistamento no prontuário médico¹³⁶,

¹³¹ Ibidem.

¹³² Ibidem, p. 113.

¹³³ Ibidem, p. 109.

¹³⁴ Ibidem.

¹³⁵ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 30 dez 2020.

¹³⁶ DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 5ª ed. São Paulo: Foco, 2020, p. 116.

oportunidade em que será possível que o corpo médico responsável pelo paciente tome conhecimento acerca das disposições do testamento vital.

Imperioso sobressaltar que os médicos e a instituição de saúde vinculados a este instituto podem se valer da objeção de consciência prevista no artigo 5º, inciso VI, da Constituição Federal, de 1988, em havendo fundado motivo para o não atendimento da vontade do paciente¹³⁷, desde que funde tal objeção por motivos de razão moral, ética, dentre outros de cunho pessoal.

Outrossim, vale dizer que as diretivas antecipadas de vontade serão eficazes não somente em casos de terminalidade definitiva ou temporária, mas também nos casos de doença terminal, estado vegetativo persistente e doenças crônicas, sobretudo à demência avançada¹³⁸.

Somadas a estes dispositivos legais, imperiosa se faz a análise das medidas tomadas pelos operadores de direito, no sentido de entenderem pela validade do testamento vital no Brasil, apesar deste instituto não possuir norma jurídica que o regule, conforme será analisado a seguir.

6.3 DOS MOVIMENTOS PARA A VALIDADE DO TESTAMENTO VITAL

Em conformidade com o esposado, apesar de o Brasil, até este momento, não ter regulado as diretivas antecipadas de vontade em legislação própria, o instituto já é reconhecido como instrumento válido, por fundar-se na autonomia da vontade e no princípio da dignidade da pessoa humana.

Não obstante os fundamentos que sustentam as diretivas antecipadas de vontade serem válidas no Brasil, imperioso tecer alguns comentários acerca de importantes marcos sobre o tema.

O Conselho Federal de Medicina, editou a Resolução nº 1.805/2006¹³⁹, que dispõe sobre a possibilidade de os médicos limitarem ou suspenderem procedimentos e tratamentos terapêuticos inúteis que prolonguem a vida do doente, em fase terminal, garantindo-lhes, no entanto, tratamentos paliativos indispensáveis para amenizar os sintomas causadores de sofrimento, assegurando a dignidade do paciente.

¹³⁷ Ibidem, p. 116.

¹³⁸ Ibidem, p. 58.

¹³⁹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.805/2006. Diário Oficial da União, Brasília, 09 ago. 2002. Disponível em <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1805>. Acesso em: 04 jan. 2021.

Nada obstante o avanço trazido, esta Resolução foi questionada pelo Ministério Público Federal do Distrito Federal por intermédio da ação civil pública nº 2007.34.00.014809-3 ajuizada em face do Conselho Federal de Medicina, que tramitou perante a 14ª Vara Federal do Distrito Federal, alegando, em apertada síntese, que o Conselho Federal de Medicina não detém competência para legislar sobre conduta tipificada como crime pelo Código Penal brasileiro¹⁴⁰.

Nos autos do processo, o Juiz Federal Roberto Luiz Luchi Demo, deferiu a antecipação da tutela para suspender a eficácia da resolução, reconhecendo, no entanto, que a ortotanásia não se trata de antecipação do momento da morte, mas sim que permite que a morte ocorra em seu tempo natural, sem uso de recursos extraordinários, que submetam o paciente a procedimentos inúteis.

Em 2009, enquanto este processo ainda se encontrava em curso, o Conselho Federal de Medicina aprovou o então Código de Ética Médica, Resolução nº 1.931/2009 – atualmente Resolução nº 2.217/2019 – no qual estabeleceu ser dever do médico evitar adoção de procedimentos e tratamentos terapêuticos desnecessários, propiciando, em contrapartida, ao paciente, a utilização de cuidados paliativos adequados.

Com a aprovação do então Código de Ética Médica, o Ministério Público Federal do Distrito Federal apresentou suas alegações finais em sentido favorável ao quanto defendido pelo Conselho Federal de Medicina¹⁴¹, sendo proferida, em sede de julgamento, a sentença que julgou improcedente o pedido ministerial.

Evidente, pois, o avanço dessa decisão judicial que possibilita que os profissionais de saúde tenham maior segurança para adotar determinadas condutas, fazendo valer a vontade do paciente que deseja se valer da ortotanásia. O que se observa é um respeito maior dado à autonomia de vontade do paciente.

Diante do desenvolvimento relativo ao exercício da autonomia de vontade dos pacientes, o Conselho Federal de Medicina aprovou a Resolução nº 1.995/2012, já muito mencionada ao longo desse trabalho de monografia, que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade.

Tal qual ocorreu com a Resolução nº 1.805/2006, a Resolução nº 1.995/2012 também foi questionada, agora pelo Ministério Público Federal de Goiás (MPF/GO) na ação civil

¹⁴⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal do Distrito Federal (14ª Vara Federal). *Processo nº 2007.34.00.01.014809-3*. Brasília, 23 out.2007. Disponível em <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>. Acesso em 04 jan. 2021.

¹⁴¹ DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 5ª ed. São Paulo: Foco, 2020, p. 98.

pública nº 0001039-86.2013.4.01.3500 em face do Conselho Federal de Medicina, que tramitou perante a 1ª Vara Federal de Goiânia¹⁴², objetivando a declaração da inconstitucionalidade dessa Resolução, sob alegação de que o Conselho Federal de Medicina estaria legislando sobre matéria de direito.

Em que pese o esforço argumentativo do MPF/GO, a pretensão ministerial foi julgada improcedente entendendo o Magistrado que a Resolução nº 1.995/2012 é constitucional e que sequer afronta a segurança jurídica e, a bem da verdade, essa Resolução:

é compatível com a autonomia da vontade, com o princípio da dignidade humana e a proibição de submissão de quem quer que seja a tratamento desumano e degradante (art. 1º, inciso III, e art. 5º inciso III, CF)¹⁴³.

Desse modo, importante o avanço trazido por tal decisão que reconheceu a constitucionalidade da Resolução que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade, servindo como uma manifestação expressa em tono da validade deste instituto.

Em 2014 foi realizada a I Jornada de Direito da Saúde pelo Conselho Nacional de Justiça, que aprovou, dentre quarenta e cinco enunciados, o Enunciado 37, que versa sobre as diretivas antecipadas de vontade:

ENUNCIADO N.º 37 - As diretivas ou declarações antecipadas de vontade, que especificam os tratamentos médicos que 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 direito¹⁴⁴.

Luciana Dadalto entende que a aprovação deste Enunciado demonstra que ainda há grande lacuna nos estudos sobre tema, vez que ele está eivado de imprecisões técnicas, bem como deixa de tratar de questões relevantes, tais como prazo de validade, ausência de menção do procurador para cuidados de saúde, dentre outros ¹⁴⁵,

No entanto, apesar de o presente trabalho beber da fonte dos ensinamentos de Luciana Dadalto, é preciso reconhecer o esforço que o Poder Judiciário está fazendo para se manter

¹⁴² BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Vara Federal). *Processo nº 0001039-86.2013.4.01.3500*. Brasília, 25 jan. 2013. Disponível em <https://processual.trfl.jus.br/consultaProcessual/processo.php>. Acesso em 04 jan. 2021.

¹⁴³ BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Vara Federal). S. *Processo nº 0001039-86.2013.4.01.3500*. Brasília, 25 jan. 2013. Disponível em <https://processual.trfl.jus.br/consultaProcessual/processo.php>. Acesso em 04 jan. 2021.

¹⁴⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. I Jornada de Direito da Saúde. Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2014/03/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENRIA_15_5_14_r.pdf. Acesso em: 04 jan. 2021.

¹⁴⁵ DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 5ª ed. São Paulo: Foco, 2020, p. 107.

atualizado perante as mudanças que vem ocorrendo, manifestando seu entendimento acerca da validade do instituto, ainda que diante de uma ausência de regramento por parte do Poder Legislativo.

Outrossim, merece destaque o procedimento de jurisdição voluntária, que correu sob o nº 1084405-21.2015.8.26.0100, em trâmite perante a 14ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital do Estado de São Paulo, ajuizado por uma senhora de sessenta e oito anos, que se encontrava em perfeito estado de saúde, objetivando o reconhecimento judicial da validade de sua manifestação de vontade sobre recusa de tratamentos fúteis, uma espécie de *living will*, para quando estiver no fim de vida.

Contra tal pleito foi proferida a r. sentença¹⁴⁶ indeferindo o pleito e extinguindo o feito, por entender que o pedido formulado pela autora é desnecessário, tendo em vista que basta a manifestação da paciente registrada em seu prontuário médico, nos termos da Resolução nº 1.995/2012.

A autora então interpôs respectivo recurso de apelação ao qual foi dado provimento, para anular a sentença e determinando o retorno dos autos para o primeiro grau para dar o regular seguimento¹⁴⁷.

Ato contínuo foi proferida nova sentença que julgou procedentes os pedidos autorais, homologando a declaração de vontade da autora.

Em sede de sentença, a Magistrada entendeu pela validade do testamento vital, mencionando em seu fundamento o Enunciado nº 528, aprovado na V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que reconhece a validade do testamento vital manifestada em documento autêntico, transcreve-se:

ENUNCIADO Nº 528 - É válida a declaração de vontade expressa em documento autêntico, também chamado “testamento vital”, em que a pessoa estabelece disposições sobre o tipo de tratamento de saúde, ou não tratamento, que deseja no caso de se encontrar sem condições de manifestar a sua vontade¹⁴⁸.

¹⁴⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 14ª Vara Cível da Comarca de São Paulo. *Autos n. 1084405-21.2015.8.26.0100*. Juíza Leticia Antunes Tavares. Sentença proferida em 02.03.2018. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoSimples.do?conversationId=&nuProcOrigem=1084405-21.2015.8.26.0100&nuRegistro=>. Acesso em 04 jan. 2021.

¹⁴⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (2ª Câmara de Direito Privado). Apelação Cível 1084405-21.2015.8.26.0100. Rel. Des. Giffoni Ferreira. Julgado em 15 mar. .2017. Publicado em 17 mar. 2017. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoSimples.do?conversationId=&nuProcOrigem=1084405-21.2015.8.26.0100&nuRegistro=>. Acesso em 04 jan. 2021.

¹⁴⁸ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. V Jornada de Direito Civil. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vjornadadireitocivil2012.pdf>. Acesso em 04 jan. 2021.

Portanto, verifica-se que o Poder Judiciário Brasileiro já é do entendimento de que testamento vital já é válido no Brasil. Assim, em sendo considerado válido, permitir o ajuizamento de inúmeras ações declaratórias, implica em um enorme processo de judicialização de uma matéria que, em tese, seria desnecessário, trazendo uma maior insegurança jurídica à questão, pois permite uma judicialização desregrada, como também que o Poder Judiciário, por meio do aumento da litigiosidade, acabe por legislar, o que não é sua função típica¹⁴⁹.

Pelo exposto, verifica-se que a inexistência de regramento específico sobre o tema, pode ser suprida a luz da interpretação da Constituição Federal, sobretudo no tocante à autonomia da vontade e do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nos ensinamentos de Luciana Dadalto:

Em suma, a vontade manifestada em testamento vital tem validade no ordenamento jurídico vigente e a falta de legislação específica não é motivação para que pretenda a declaração de validade pelo Poder Judiciário, afinal, não se justifica a busca de uma decisão judicial apenas pela inexistência de lei específica, notadamente quando há outros elementos no ordenamento jurídico que permitam a compreensão acerca da legalidade do testamento vital¹⁵⁰.

Destarte, sendo um instituto válido, o não cumprimento do quanto disposto nele poderia desencadear responsabilização civil por parte do médico, desde que devidamente comprovado que deixou de cumprir com as vontades dispostas pelo paciente, em evidente descumprimento à sua autonomia privada, seu direito de autodeterminação e a dignidade da pessoa humana¹⁵¹, ressalvado seu direito de apresentação de objeção de consciência.

No entanto, caso o descumprimento da vontade manifestada do paciente ocorra por parte da família do paciente, não há o que se falar em responsabilização por parte dos médicos, tampouco do hospital¹⁵², eis que o descumprimento não foi originário de sua conduta.

Assim, em que pese inexista regramento específico relativo a esse tema, o testamento vital é considerado um instrumento lícito e que goza de constitucionalidade e validade, de modo que, a existência de norma específica serviria para garantir maior segurança jurídica com relação aos aspectos formais deste instituto.

¹⁴⁹ DADALTO, Luciana. A judicialização do testamento vital: análise dos autos n. 1084405-21.2015.8.26.0100/TJSP. **Revista Civilística**. Disponível em <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2018/08/Dadalto-civilistica-com-a.7.n.2.2018-2.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2021.

¹⁵⁰ Ibidem.

¹⁵¹ CASAL, Camila Aguiar. Testamento Vital: validade e eficácia do instituto no Brasil Disponível em <http://168.197.92.160/bitstream/handle/10899/20752/CAMILA%20AGUIAR%20CASAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 04 jan. 2021.

¹⁵² Ibidem.

7 PROJETO DE LEI Nº 149/2018

Atualmente tramita no Senado Federal o Projeto de Lei (PL) 149/2018 de autoria do Senador Lasier Martins (PSD/RS), que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade sobre tratamentos de saúde e se encontra aguardando designação do Relator, desde 24 de setembro de 2020.

Esse projeto de lei contém dez artigos, dos quais apenas do artigo 2º ao artigo 9º tratam sobre o mérito da norma, enquanto o artigo 1º e o 10º possuem caráter meramente formal, contendo informações relativas ao que a Lei dispõe, bem como prevê a vigência dessa lei, respectivamente, trazendo consigo grande avanço sobre o tema abordado ao longo do presente trabalho:

Art. 1º Esta Lei disciplina as diretivas antecipadas de vontade sobre tratamentos de saúde.

Esse Projeto traz em seu artigo 2º as definições de diretivas antecipadas de vontade, representante, pessoa em fase terminal, cuidados paliativos e de procedimentos desproporcionais, a fim de melhor se compreender o que se pretende com a devida regulamentação desse instituto:

Art. 2º Para os fins desta Lei, são adotadas as seguintes definições:

I – diretivas antecipadas de vontade: manifestação documentada por “escritura pública sem conteúdo financeiro” da vontade da pessoa declarante quanto a receber ou não receber determinados cuidados ou tratamentos médicos, a ser respeitada quando ela não puder expressar, livre e autonomamente, a sua vontade;

II – representante: pessoa designada pelo declarante no documento de suas diretivas antecipadas de vontade, para decidir por ele sobre os cuidados à sua saúde, nas situações em que estiver incapacitado de expressar livre e autonomamente a sua vontade;

III – pessoa em fase terminal de doença ou acometida de grave e irreversível dano à saúde: pessoa em estágio avançado de doença incurável e progressiva ou vítima de grave e irreversível dano à saúde, cujo prognóstico, em ambos os casos, seja de morte iminente e para a qual, de acordo com a melhor evidência científica, não exista perspectiva de melhora do quadro clínico mediante a instituição de procedimentos terapêuticos;

IV – cuidados paliativos: procedimentos indispensáveis para promover a qualidade de vida e a dignidade do paciente, mediante prevenção e tratamento com finalidade de alívio de dor e de sofrimento de natureza física, psíquica, social e espiritual;

V – procedimentos desproporcionais, fúteis ou extraordinários: procedimentos terapêuticos que, no caso concreto do paciente, não são capazes de promover melhor qualidade de vida e cujas técnicas podem impor sofrimentos em desproporção com os possíveis benefícios delas decorrentes¹⁵³.

O artigo 3º desse PL dispõe quem poderá fazer uso das diretivas antecipadas de vontade, pontuando, em seu § 1º que a declaração seja feita por escritura pública e lavrada em cartório, fazendo uma ressalva no § 3º de que as mulheres grávidas somente poderão se valer das diretivas, desde que não comprometam a vida do nascituro.

Ademais, esse artigo trouxe a ideia de que o agente capaz é quem poderá redigir as diretivas antecipadas e, nesse ponto, abre-se a ressalva, já debatida nesse estudo, quanto a diferenciação entre capacidade e discernimento.

Art. 3º Toda pessoa maior e capaz tem o direito de declarar, de forma antecipada, a sua vontade de receber ou não receber determinados tratamentos médicos em época futura, quando se vislumbra estar em condição clínica que se enquadre na situação definida no inciso III do art. 2º e não puder, em função de sua condição de saúde, expressar autonomamente a sua vontade.

§ 1º A declaração especificada no caput, para ser reconhecida pelos profissionais de saúde e pelos serviços de saúde, deverá estar expressa por meio de escritura pública sem conteúdo financeiro, lavrada em Cartório competente.

§ 2º Apenas os cuidados ou procedimentos considerados desproporcionais, fúteis ou extraordinários, inclusive hidratação e alimentação artificiais que apenas visem a retardar o processo natural de morte, poderão ser alvo de disposições sobre interrupção de tratamento nas diretivas antecipadas de vontade, vedando-se a recusa a tratamentos paliativos.

§ 3º Durante a vigência de gravidez, só poderão ser atendidas as diretivas antecipadas de vontade que não comprometam a vida do nascituro.

O artigo 4º reforça o entendimento de que as diretivas antecipadas de vontade podem ser revogadas ou modificadas, a qualquer tempo, devendo o médico registrar qualquer alteração nela feita, no prontuário médico, de modo a assegurar sempre a devida observância à vontade do paciente:

Art. 4º O documento contendo as diretivas antecipadas de vontade poderá ser revogado ou modificado, no todo ou em parte, a qualquer momento, pelo próprio autor, inclusive por meio de declaração verbal diretamente ao prestador dos cuidados à saúde.

¹⁵³ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 149 de 2018**. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade sobre tratamentos de saúde. Autoria: Senador Lasier Martins. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132773>. Acesso em: 30 dez. 2020.

Parágrafo único. O médico assistente deverá registrar em prontuário qualquer alteração de diretiva antecipada de vontade feita mediante declaração verbal.

O artigo 5º, a seu turno, traz à tona a vinculação das diretivas antecipadas de vontade em relação aos profissionais de saúde, familiares, responsáveis legais, como também aos representantes do declarante, destacando-se a necessidade de que o objeto de declaração de vontade tenha um cunho lícito.

Por outro lado, esse artigo prevê as hipóteses em que se considera lícita a não observância das diretivas antecipadas de vontade do paciente, pontuando-se, dentre elas: quando seu conteúdo foi contrário aos preceitos éticos da profissão, em situações de urgência ou perigo imediato para a vida do paciente, como também, quando a medida disposta no documento se mostrar desatualizada frente ao progresso dos meios terapêuticos:

Art. 5º Desde que apresentadas em documento nos termos do § 1º do art. 3º desta Lei, as diretivas antecipadas de vontade deverão ser obrigatoriamente acatadas por profissionais de saúde e serviços de saúde, públicos ou privados, bem como por familiares, responsáveis legais e representante do declarante, naquilo em que não contrariarem as disposições desta Lei e das demais normas vigentes.

Parágrafo único. É lícita aos profissionais de saúde a não observância das diretivas antecipadas de vontade nas seguintes situações, com o devido registro no prontuário do paciente:

I – quando elas estiverem em desacordo com os preceitos éticos da sua profissão;

II – em situações de urgência ou de perigo imediato para a vida do paciente, quando o acesso a elas implicar demora no atendimento e, conseqüentemente, risco para a saúde ou a vida do declarante;

III – quando elas estiverem em evidente desatualização diante do progresso dos meios terapêuticos.

O artigo 6º, dispõe acerca da possibilidade de nomeação de um procurador para cuidados de saúde, no mesmo documento em que se dispõe acerca das diretivas antecipadas, autorizando-lhe tomar decisões sobre os cuidados da saúde do paciente quando este não mais puder fazê-lo.

Nesse ponto, faz-se uma ressalva àquilo já debatido ao longo do trabalho, qual seja, a recomendação acerca da coexistência dos institutos do testamento vital e do mandato duradouro em um único documento:

Art. 6º É facultado ao declarante a designação, no documento de diretrizes antecipadas de vontade, de uma pessoa adulta e capaz como seu representante,

para que tome as decisões sobre os cuidados à sua saúde, quando não o puder fazer diretamente.

Parágrafo único. O representante especificado no caput pode renunciar à função, mediante documento escrito.

O artigo 7º é de extrema significância, pois demonstra o dever do médico em se informar acerca da existência das diretivas antecipadas de vontade do paciente e, na sua existência, deverá inserir no prontuário médico do paciente, para que todos os profissionais da saúde do caso se mantenham atualizados.

Art. 7º O médico, no atendimento de paciente em fase terminal de doença ou acometida de grave e irreversível dano à saúde, procurará se informar sobre a existência de documento de diretivas antecipadas de vontade, fazendo constar essa informação do prontuário do paciente.

Parágrafo único. Sempre que possível, quando existir, o documento de diretivas antecipadas de vontade será anexado ao prontuário do paciente.

Já o artigo 8º evidencia a possibilidade de os médicos se valerem das objeções de consciência médica, exceções à vinculação do médico às diretivas antecipadas de vontade, assegurando que o médico somente poderá se valer das objeções de consciência quando foi possível garantir que outro médico irá atender aos desejos do paciente, assim como prevê ser dever do médico justificar no prontuário médico do paciente os motivos de sua objeção de consciência.

Art. 8º É assegurado aos profissionais de saúde o direito à objeção de consciência quando solicitados a cumprir o disposto no documento de diretivas antecipadas de vontade.

§ 1º O profissional que recorrer ao direito previsto no caput deverá justificar no prontuário os motivos da objeção.

§ 2º A objeção de consciência só é passível de ocorrer quando for possível garantir o atendimento por outro profissional de saúde, de forma a não privar o paciente da devida assistência à saúde.

O artigo 9º traz consigo a necessidade de questionar o paciente acerca da existência ou não das diretivas antecipadas de vontade e, em sua ausência, questionar se há interesse na sua realização, devendo prestar auxílio ao paciente sobre eventuais dúvidas que tiver com relação a esse instituto, como forma de garantir a observância à sua autonomia privada.

Art. 9º No ato da admissão de paciente adulto para internação, os serviços de saúde coletarão informação sobre a existência de documento de diretivas

antecipadas de vontade e, na sua falta, informarão sobre a possibilidade de o paciente elaborar tal documento.

Parágrafo único. Para fins do disposto no caput, os serviços de saúde, públicos e privados, disporão de profissionais capacitados para prestar esclarecimentos sobre o documento de diretivas antecipadas de vontade aos pacientes que assim o desejarem.

Quanto ao artigo 10, ele nos revela o período necessário para as adaptações serem realizadas até vigência desta lei.

Art. 10. Esta Lei entra em vigor após decorridos noventa dias da data de sua publicação oficial.

Por fim, ao final desse Projeto de Lei, verifica-se a existência da justificativa para esse projeto proposto perante o Senado Federal.

Nessa justificativa, é abordado como as diretivas antecipadas de vontade se traduzem pela concretização do reconhecimento da autonomia dos pacientes, sobretudo em relação àqueles que se encontram com um quadro de maior vulnerabilidade, razão pela qual se faz imperiosa à observância a sua manifestação de vontade.

Por essa razão, eles apontam que os avanços tecnológicos tidos na área de saúde foram essenciais para contribuir com o prolongamento da vida, tendo em vista que, com a utilização de suporte clínico, esse prolongamento se tornou possível. Contudo, adverte que, apesar de ter sido um avanço benéfico sob vários aspectos, também levantou diversas problemáticas relativas à bioética, transcreve-se certo trecho da justificativa do Projeto de Lei:

Nas últimas décadas, temos testemunhado grande desenvolvimento tecnológico na área médica, o que tem contribuído para o prolongamento da vida por meio de suporte clínico intensivo. De um lado, não se pode negar que os avanços observados trouxeram benefícios para inúmeras pessoas com doenças graves. De outro lado, surgiram diversos questionamentos no campo da bioética, principalmente no tocante a temas como a terminalidade da vida e a autonomia das pessoas em decidir sobre os tratamentos aos quais desejam se submeter, especialmente daquelas com doença em estágio avançado e sem nenhuma perspectiva de cura.

Cita, ainda, a Resolução nº 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina, pontuando como importante marco, capaz de garantir aos pacientes que possam ter lhes assegurada sua autonomia para decidir livremente sobre os tratamentos aos quais se deseja se submeter, na eventualidade de estarem impossibilitados de assim o fazê-lo.

Por fim, aponta que esse instituto já é positivado e regulamentado em diversos países, tais como, Estados Unidos da América, Argentina, Portugal, Espanha, Itália, Suíça, dentre outros, de modo que, o Projeto de Lei é apresentado como forma de seguir essa inclinação

mundial, objetivando suprimir tal lacuna legislativa no tocante às diretivas antecipadas de vontade e buscar seu devido regramento legal, a fim de garantir, dentre outros benefícios, a segurança jurídica almejada.

Esse Projeto de Lei representa um grande avanço do Poder Legislativo brasileiro sobre o instituto das diretivas antecipadas de vontade e, caso seja aprovado, será essencial para garantir maior efetividade e segurança jurídica a esse instituto, sobretudo no tocante às suas formalidades.

CONCLUSÃO

Por tudo quanto exposto no presente trabalho de conclusão de curso, conclui-se, pois, que com a evolução tecnológica tida a partir de meados do século XX, a relação médico-paciente, até então verticalizada, o que significa dizer que, apesar de haver respeito entre o médico e o paciente, a vontade deste não implicaria em liberdade para deliberar sobre quais tratamentos gostaria de se submeter, foi sendo substituída por uma relação horizontalizada, em que a autonomia do paciente passou a tornar-se basilar nessa relação.

Essa horizontalidade sobreveio, principalmente em razão dos avanços tecnológicos no âmbito da medicina, notadamente se considerado sob a ótica dos experimentos humanos realizados durante a Segunda Guerra que, em que pese terem representado um marco extremamente desumano, implicou em uma série de avanços na medicina.

Dessa forma, diante de um cenário em que se estava colocando os avanços tecnológico à frente dos pacientes, a bioética ganhou notoriedade, abrindo maior espaço para a autonomia de vontade dos pacientes, de modo a garantir maior autonomia de escolha aos pacientes, para que pudessem dispor acerca dos tratamentos e procedimentos médicos aos quais gostariam de ser submetidos.

A Bioética, a seu turno, estuda o comportamento da ética, frente as mudanças na área de saúde, fazendo conexão com demais áreas, como por exemplo o meio ambiente.

Ou seja, a autonomia da vontade do paciente, que antes era irrelevante para a relação médico-paciente, passou a ser fundamental para tal relação, de modo que os desejos e vontades do paciente devem ser respeitados pela equipe médica responsável.

Nesse contexto, os embates acerca dos avanços tecnológicos, em face da autonomia do paciente, ganharam maior amplitude e, assim, surgiram os primeiros movimentos para discorrer sobre o tema.

Foram nos Estados Unidos da América que surgiu, com Luiz Kutner, a proposta de introduzir a figura das diretivas antecipadas, por meio da elaboração de um documento denominado de *living will*, dando palco para os demais países passarem a fazer uso e legislar sobre este novo instituto, inclusive, o Brasil, que ainda não possui legislação específica sobre o tema, mas não deixa de se posicionar sobre.

Em que pese não haver legislação específica sobre o tema no Brasil, o país demonstra uma movimentação no sentido de sua positivação, levando-se em consideração que o Conselho Federal de Medicina aprovou a Resolução nº 1.995/2012, bem como pela existência do Enunciado nº 37, do Conselho Nacional de Justiça, editado em 2014, na I Jornada de Direito da

Saúde e pela tramitação, no Senado Federal, do Projeto de Lei nº 149, de 2018, que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade.

Sobre este tema, importante partir de sua conceituação. As diretivas antecipadas de vontade são caracterizadas por meio de documento de manifestação de vontade prévia que deverá ser escrito e elaborado pelo paciente ainda lúcido e em pleno gozo de suas capacidades mentais. Tal documento somente terá efeito quando este paciente estiver em estado terminal ou transitório, impossibilitado de manifestar livremente sua vontade, e disporá acerca dos tratamentos aos quais deseja ou não se submeter ou para nomear um procurador para cuidados de saúde.

Para uma análise mais aprofundada do tema, faz-se necessário destacar que as diretivas antecipadas de vontade são gênero do qual o mandato duradouro e o testamento vital são espécies.

O mandato duradouro, ou procuração para cuidados de saúde, é um documento no qual o paciente em nomeia um ou mais procuradores para tomada de decisões sobre os tratamentos médicos aos quais o paciente será ou não submetido, tomando tal decisão com base no mandante, em caso de sua incapacidade definitiva ou temporária, tratando-se, portanto, de modelo de julgamento substituto.

O maior desafio enfrentado no instituto do mandato duradouro é a escolha do procurador, pois recomenda-se que não seja ninguém da família ou com vínculo muito próximo ao paciente, tampouco um terceiro imparcial, pois é necessário que o procurador conheça e compreenda os desejos do paciente, para que possa tomar as decisões com base em suas vontades. Em contrapartida, o mandato é um facilitador para evitar a tomada de medidas desnecessárias como a tutela ou curatela.

A procuração para cuidados de saúde é um negócio jurídico unilateral de caráter existencial e para que produza seus regulares efeitos, é necessário que o paciente não tenha mais condições de tomar suas decisões livremente, ainda que somente em caráter temporário.

Já o testamento vital, palco central deste estudo, trata-se de uma declaração escrita de manifestação de vontade de um paciente, elaborado quando ainda em pleno exercício de sua capacidade, sobre os tratamentos aos quais deseja ou não ser submetido, havendo a impossibilidade permanente de se manifestar.

Aqui há a manifestação de vontade expressa do paciente, integrando no modelo de pura autonomia., assegurando-lhe a utilização de tratamentos paliativos capazes de garantir maior qualidade e conforto ao paciente.

Em que pese se tratar de um negócio jurídico, há a possibilidade de o médico se recusar a realizar a vontade do paciente, desde que a recusa seja fundamentada em razões de cunho moral, ético ou outro motivo de caráter íntimo.

Outrossim, apesar de serem institutos diferentes, observa-se uma movimentação no sentido de ambos os institutos coexistirem em somente um único documento, de modo a garantir uma maior observância à autonomia privada do paciente.

O testamento vital, é um negócio jurídico unilateral de caráter existencial, personalíssimo, revogável a qualquer tempo, gratuito e solene e produz efeitos com a incapacidade definitiva do paciente.

Aqui, de rigor destacar que não se pode confundir os institutos do testamento vital com o testamento civil. Apesar de ambos serem negócios jurídicos, prevalecendo a autonomia privada dos indivíduos, são, a bem da verdade, totalmente distintos, não se podendo permitir a confusão entre esses dois institutos.

Enquanto o primeiro produz efeito *erga omnes*, visando sua eficácia durante a vida, com a constatação da incapacidade definitiva do paciente, trata-se de um negócio jurídico que aborda questões relativas aos direitos humanos e civis, cuja aplicação abarca questões de direitos da personalidade.

Já o testamento civil produz efeitos *post mortem*, sua confecção precisa preencher os requisitos previstos no artigo 1.860, do Código Civil, e trata-se de um negócio jurídico que se presta ao âmbito das relações patrimoniais do Direito de Família e Sucessões.

A respeito dos princípios que servem como diretrizes para esse instituto, imperioso mencionar os princípios gerais da bioética, tais quais: autonomia, beneficência, não maleficência e da justiça.

Pela análise destes princípios, exsurge-se a necessidade de interpretação do princípio da autonomia privada em conjunto com o da dignidade da pessoa humana, pois não se pode permitir que o exercício da autonomia privada, a dignidade da pessoa humana seja reduzida a condição de coisa.

É nesse contexto que a discussão sobre o direito de morrer ganha maior evidência. Na medida em que o indivíduo, por meio da sua subjetividade tem sua ideia do que é morte digna, a partir de então irá realizar sua disposição de vontades.

Tal discussão gira em torno dos institutos da eutanásia, suicídio assistido, distanásia, mistanásia e ortotanásia. A ortotanásia, que se traduz pela não interferência humana no processo da morte, já é uma prática considerada lícita no Brasil, é a expressão do direito de morrer, ou seja, a ortotanásia é utilizada como direito fundamental à morte digna, enquanto a eutanásia e

o suicídio assistido são práticas expressamente vedadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, não podendo ser objeto do testamento vital, portanto.

Por tudo quanto foi estudado ao longo desse trabalho, é possível se dizer que em havendo um agente que, no exercício pleno de sua capacidade mental, exerça sua manifestação de vontade, sobre os tratamentos aos quais se deseja submeter quando estiver impossibilitado, transitória ou permanentemente, de fazê-lo, se exteriorizando ao mundo sob determinada forma, esse negócio jurídico existirá no plano da existência.

Quanto à validade desse instituto, imperioso reiterar que se trata de um negócio jurídico e, como tal, para ser considerado válido, deve preencher os requisitos constantes no artigo 104, do Código Civil.

Nesse sentido, se revela de extrema importância a verificação de que, no momento do consentimento, o agente estaria em pleno gozo de suas funções mentais, bem como de que exerceu sua manifestação de vontade de forma livre e consciente.

Outrossim, é preciso, para que tenha validade, que verse sobre um conteúdo lícito, ou seja, não pode ser objeto das diretivas antecipadas de vontade aquilo que seja contrário ao ordenamento jurídico brasileiro.

De maneira a garantir maior segurança jurídica ao instituto, há o entendimento de que ele seja elaborado e lavrado por escritura pública, sendo igualmente recomendável que o médico responsável pelo paciente, anexe as diretivas antecipadas de vontade ao seu prontuário médico, para que todo o corpo médico responsável tome ciência do disposto neste documento.

Dessa forma, entende-se que, ainda que inexista legislação específica sobre o tema, o instituto das diretivas antecipadas de vontade, na qualidade de negócio jurídico, em preenchendo seus requisitos legais de validade e, por traduzir um exercício dos princípios constitucionais da autonomia, dignidade da pessoa humana, proibição de tratamento desumano, como também ao artigo 15, do Código Civil, há amparo para a defesa de sua validade, motivo pelo qual se revela desnecessária a judicialização para se debater acerca de sua validade.

Relativamente à sua eficácia, entende-se que, em que pese este instituto ser oponível *erga omnes*, sua eficácia se dará no momento em que tal instituto for arrolado ao prontuário médico, surtindo efeitos quando os pacientes se encontrarem em situação de terminalidade de vida, definitiva ou temporária, doença terminal, estado vegetativo, dentre outras, desde que impossibilitado de se manifestar por conta própria.

Ainda que estejamos diante de um instituto, em que se entende pela sua validade, importante ressaltar que é assegurado aos médicos a arguição de objeção de consciência. Ou seja, o médico, levantando questões de cunho moral, ético ou de outro motivo de caráter

pessoal, pode se recusar a realizar a vontade do paciente, desde que devidamente fundamentado e, assegurando ao paciente, que outro corpo médico lhe preste a devida assistência médica que lhe é necessária.

Finalmente, o que se observa é uma movimentação, tanto do Poder Judiciário, quanto do Poder Legislativo, em torno da validade do testamento vital, notadamente quando se analisada sob à ótica dos princípios constitucionais.

No Poder Judiciário, verifica-se que, as ações ajuizadas cujo objeto versava sobre esse instituto inclinaram-se para o entendimento acerca de sua validade, de modo que, ainda que inexista legislação específica sobre o tema, tal lacuna pode ser suprida a luz da interpretação principiológica da Constituição Federal.

Assim, é possível dizer que o testamento vital é instrumento lícito e que goza de constitucionalidade e validade, de modo que, a existência de norma específica auxiliaria para garantir maior segurança jurídica com relação aos aspectos formais deste instituto, assegurando maior celeridade, inclusive, ao cumprimento do que foi disposto nesse documento, tendo em vista que tornar-se-ia desnecessário o ajuizamento de ações declaratória para se discutir sobre sua validade.

Entretanto, apesar de ser possível observar que o Judiciário se movimenta no sentido da validade desse instituto, muitos ainda sentem a necessidade de se ajuizar ações declaratórias de negócio jurídico, o que acaba por culminar em uma maior judicialização relativa à matéria, afogando, de certa forma o Poder Judiciário, com demandas que, com o devido regramento seriam desnecessárias, permitindo que o Poder Judiciário pratique sua função atípica de legislar, impactando diretamente na segurança jurídica.

Destarte, o Poder Legislativo, se inspirando nos movimentos em diversos países no sentido de regulamentar essa matéria, apresentou o Projeto de Lei nº 149/2018, que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade sobre os tratamentos de saúde, em tramite perante o Senado Federal como forma de trazer o devido regramento sobre a matéria, garantindo seu efetivo cumprimento e a segurança jurídica necessárias.

Tal projeto, se apresenta como um grande avanço sobre esse importante instituto e será capaz, em sendo aprovado, de garantir maior efetividade e segurança jurídica a esse instituto, sobretudo no tocante às suas formalidades.

Conclui-se, pois, que a validade e eficácia do testamento vital não está condicionada a aprovação legislativa sobre o tema, muito pelo contrário. Há muito já se entende pela sua validade, tendo em vista que o testamento vital se fundamenta pelo exercício dos fundamentos

constitucionais da autonomia privada e no princípio da dignidade da pessoa humana, bem como dos direitos da personalidade previstos pelo Código Civil.

Outrossim, preenchendo o testamento vital os requisitos dos negócios jurídicos, não há o que se falar na necessidade de se judicializar o tema, pois em preenchendo todos os requisitos de validade do negócio jurídico, o testamento vital será considerado válido.

Finalmente, verifica-se, pois, que as diretivas antecipadas de vontade – cujo testamento vital e mandato duradouro são espécies – configuram expressivo avanço no conteúdo relativo à autonomia privada do paciente, em diálogo com o direito fundamental da dignidade da pessoa humana, de modo que a vontade do paciente que dispõe sobre sua vontade, deve sobressair a vontade do corpo médico e dos familiares, desde que atendidos os requisitos de sua existência, validade e eficácia.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Ana; PONA, Éverton. Autonomia da Vontade Privada e Testamento Vital: A Possibilidade de Inclusão no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Revista do Direito Privado da UEL – Volume 1 – Número 3. Disponível em http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Everton_e_Ana%20Cl%C3%A1udia_Autonomia_da_vontade_privada_e_testamento_vital.pdf. Acesso em 02 nov. 2020.

BÍBLIA. Português. Bíblia sagrada. Tradução de João Ferreira de Almeida. Barueri - SP: Sociedade Bíblica do Brasil, 2011.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 02 nov. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 18 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em 26 mar 2021.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 149 de 2018. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade sobre tratamentos de saúde. Autoria: Senador Lasier Martins. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132773>. Acesso em: 27 set. 2020.

CASAL. Camila Aguiar. Testamento Vital: validade e eficácia do instituto no Brasil Disponível em <http://168.197.92.160/bitstream/handle/10899/20752/CAMILA%20AGUIAR%20CASAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 04 jan. 2021.

COHEN, Claudio. Por que pensar a bioética?. Disponível em https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42302008000600002. Acesso em 29 dez. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.638/2002. Diário Oficial da União, Brasília, 09 ago. 2002. Disponível em <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2002/1638>. Acesso em: 30 dez. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.805/2006. Diário Oficial da União, Brasília, 09 ago. 2002. Disponível em <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1805>. Acesso em: 04 jan. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.995/2012. Diário Oficial da União, Brasília, 31 ago. 2012. Disponível em <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>. Acesso em: 27 set. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução 2.217/2018. Diário Oficial da União, Brasília 01 nov. 2018. Disponível em <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. acesso em 18 out. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. I Jornada de Direito da Saúde. Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2014/03/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENRIA_15_5_14_r.pdf. Acesso em: 27 set. 2020.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. V Jornada de Direito Civil. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vjornadadireitocivil2012.pdf>. Acesso em 04 jan. 2021.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 02 nov. 2020.

DADALTO, Luciana. A judicialização do testamento vital: análise dos autos n. 1084405-21.2015.8.26.0100/TJSP. Revista Civilística. Disponível em <http://civilistica.com/wp-content/uploads1/2018/08/Dadalto-civilistica.com-a.7.n.2.2018-2.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2021.

DADALTO, Luciana. História do Testamento Vital: entendendo o passado e refletindo sobre o presente. Revista Mirabilia. Disponível em <https://www.revistamirabilia.com/sites/default/files/medicinae/pdfs/med2015-01-03.pdf>. Acesso em: 27 set. 2020.

DADALTO, Luciana. Testamento Vital. 5ª ed. São Paulo: Foco, 2020.

DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. Revista Bioética. Disponível em https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422013000300011. Acesso em: 27 set. 2020.

DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 1: parte geral. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 2: direito de família. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 7: direito das sucessões. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LIPPEMANN, Ernesto. Testamento Vital: o direito à dignidade. São Paulo: Matrix, 2013.

MONTEIRO, Renata; JUNIOR, Aluísio.. Diretivas antecipadas de vontade: percurso histórico na América Latina. Revista Bioética. Disponível em

https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1983-80422019000100086&script=sci_arttext. Acesso em: 27 set. 2020.

_____. Tribunal Regional Federal do Distrito Federal (14ª Vara Federal). Ação Civil Pública o nº 2007.34.00.01.014809-3. Brasília, 23 out. 2007. Disponível em <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>. Acesso em 04 jan. 2021.

_____. Tribunal Regional Federal (1ª Vara Federal). Ação Civil Pública o nº 0001039-86.2013.4.01.3500. Rel. Brasília, 25 jan. 2013. Disponível em <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>. Acesso em 04 jan. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (14ª Vara Cível). Ação de Procedimento Comum o nº 1084405-21.2015.8.26.0100. Rel. Giffoni Ferreira. Julgado em 15 mar. 2017. Publicado em 17 mar. 2017. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoSimples.do?conversationId=&nuProcOrigem=1084405-21.2015.8.26.0100&nuRegistro=>. Acesso em 04 jan. 2021.

TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Olivia Rodrigues Brito
discente regularmente matriculado(a) na disciplina TCC II, da 10ª etapa do curso de Direito,
matrícula nº 41601653, período matutino, turma 10B, tendo realizado o
TCC com o título: Possibilidade de implementação de Testamento a-
tal no ordenamento jurídico brasileiro
sob a orientação do(a) Professor(a) José da Carmo Juca de Oliveira
declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para
confeção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio
de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes
às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos
autorais de obras utilizadas na confeção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de
natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão
do curso.

São Paulo, 16 de 05 de 2021

Olivia Brito

Assinatura do discente



**TERMO DE AUTORIZAÇÃO PARA PUBLICAÇÃO DO TRABALHO DE
CONCLUSÃO DE CURSO**

Material Bibliográfico: () Artigo Científico (x) Monografia

Graduação em Direito

Título do Trabalho: Possibilidade de implementação do Testamento vital no procedimento judicial brasileiro

Nome do Autor(a): Olivia Rodrigues Barui

E-mail: oliviabaruim@outlook.com

Este e-mail pode ser divulgado SIM () NÃO

Orientador(a): Professora Jovita Carmo Juiz de Oliveira

Na qualidade de titular dos direitos autorais da publicação supracitada, de acordo com a Lei nº 9.610/98, AUTORIZO () NÃO AUTORIZO a Universidade Presbiteriana Mackenzie – UPM, a disponibilizar gratuitamente, sem ressarcimento dos direitos autorais, o documento, em meio eletrônico, no *site* da base de dados Adelpha, para fins de leitura pela internet, a título de divulgação da produção científica gerada pela Universidade, a partir desta data. Igualmente, declaro que a versão do Trabalho de Conclusão de Curso entregue em meio eletrônico corresponde fielmente e na íntegra à versão similar depositada de forma impressa em papel para a defesa ou apresentação.

Motivos no Caso de Não Autorização

() Exigência de periódico de não divulgação até a publicação (exige justificativa, informe o nome do periódico)

() Outros (justificar):

São Paulo, 16 de 05 de 2021

Olivia Barui

Assinatura do(a) Autor(a)