



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

DIVINA GLEICY GONÇALVES BATISTA DA SILVA

**A POSSIBILIDADE DO TESTAMENTO VITAL A LUZ DA ESCADA
PONTEANA**

BRASÍLIA

2017

DIVINA GLEICY GONÇALVES BATISTA DA SILVA

**A POSSIBILIDADE DO TESTAMENTO VITAL A LUZ DA ESCADA
PONTEANA**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília.

Orientadora: Eleonora Mosqueira Medeiros Saraiva

BRASÍLIA

2017

DIVINA GLEICY GONÇALVES BATISTA DA SILVA

**A POSSIBILIDADE DO TESTAMENTO VITAL A LUZ DA ESCADA
PONTEANA**

Monografia apresentado como requisito para
conclusão do Curso de Direito da Faculdade
de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro
Universitário de Brasília.

Orientadora: Eleonora Mosqueira Medeiros
Saraiva

Brasília, 31 de março de 2017.

Banca Examinadora:

Eleonora Mosqueira Medeiros Saraiva.
Professora Orientadora

Dulce Donaire de Mello e Oliveira Furquim.
Professora Examinadora

Luciano de Medeiros Alves.
Professor Examinador

RESUMO

O presente trabalho tem o intuito de estudar a possibilidade do testamento vital a luz da escada ponteana. Para isso, inicialmente é necessário a análise do conceito e as características do testamento vital, porque é fundamental entender a sua finalidade. Bem como as distinções entre os institutos da ortotanásia, eutanásia, distanásia, mistanásia e o suicídio assistido e em quais destes é possível aplicar o testamento vital. Tendo em vista que atualmente não existe uma lei que o regulamente no Brasil, serão estudadas as duas resoluções do Conselho Federal de Medicina que tratam a respeito da possibilidade da recusa de tratamentos fúteis, os projetos de lei que existem, e como vem sendo regularizado nos países estrangeiros. É imprescindível, também, para se atingir a finalidade deste estudo a análise dos princípios constitucionais do direito à vida, da dignidade da pessoa humana e da autonomia privada, assim como dos direitos de personalidade do direito ao próprio corpo e a morte digna. Pois eles são princípios basilares em nosso ordenamento e são os quais fundamentam algum tipo de proibição ou permissão do testamento vital. Por fim, é estudado cada plano individualmente da escada ponteana. Primeiramente os elementos do plano da existência: agente, objeto e forma. Depois, os requisitos do plano da validade: agente capaz e legítimo, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei. E por ultimo o plano da existência, é verificado se existe algum termo, encargo ou condição. E a partir dessa análise que podemos entender se há possibilidade do testamento vital ser existente, válido e eficaz no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-Chave: Testamento Vital. Princípios Constitucionais. Direitos de Personalidade. Escada Ponteana.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 DIRETIVA ANTECIPADA DE VONTADE.....	8
1.1 O testamento vital.....	8
1.1.1 Conceito, objetivos, conteúdo, efeitos e eficácia.....	8
1.1.2 Forma, requisitos e limitações	10
1.2 Aplicabilidade do testamento vital.....	13
1.2.1 Ortotanásia.....	13
1.2.2 Distinção entre Eutanásia, Distanásia, Mistanásia e Suicídio Assistido	15
2 TESTAMENTO VITAL E O DIREITO COMPARADO	21
2.1 As Resoluções do Conselho Federal de Medicina	21
2.1.1 Resolução nº 1.805/06	21
2.1.2 Resolução nº 1.995/12	23
2.2 Projetos de lei.....	27
2.2.1 Projeto de Lei nº 116, de 2000.....	27
2.2.2 Projeto de Lei nº 524, de 2009.....	28
2.3 O testamento vital na legislação Estrangeira	30
2.3.1 Norte-Americana	30
2.3.2 Sul - Australiana	32
2.3.3 Argentina	33
3 O TESTAMENTO VITAL A LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DIREITOS DE PERSONALIDADE	35
3.1 Princípios Constitucionais	35
3.1.1 Direito à vida	35
3.1.2 Dignidade da Pessoa humana	37
3.1.3 Autonomia Privada	38
3.2 Direitos de Personalidade	40
3.2.1 Direito ao próprio corpo	41
3.2.2 Direito à Morte Digna.....	43
4 A ESCADA PONTEANA E O TESTAMENTO VITAL.....	46
4.1 Plano da Existência.....	46
4.1.1 Agente.....	47

4.1.2 Objeto	47
4.1.3 Forma.....	48
4.2 Plano da Validade	49
4.2.1 Capacidade e legitimidade do agente	51
4.2.2 Objeto lícito, possível, determinado ou determinável	52
4.2.3 Forma prescrita ou não defesa em lei	54
4.3 Plano da Eficácia	55
4.3.1 Termo.....	56
4.3.2 Encargo.....	57
4.3.3 Condição.....	57
CONCLUSÃO.....	62
REFERÊNCIAS	64
ANEXO.....	67

INTRODUÇÃO

A evolução que a ciência vem tendo nos últimos anos está sendo extraordinária. A busca pela cura das doenças é o principal objetivo da medicina, com o propósito de prolongar a vida. Isso porque, cada vez mais, aceitar a morte tem sido um problema na nossa sociedade. E esse problema reflete em pacientes em estados terminais irreversíveis, o qual impossibilitado na maioria das vezes de manifestar a vontade, a família o submete a todos os tipos de tratamento com a esperança da cura.

Nesse sentido, as diretivas antecipadas vêm ganhando um papel fundamental no cenário atual, em principal o testamento vital. Porque é um mecanismo pelo qual, permite que o ser humano com discernimento possa decidir não ser submetido a tratamentos fúteis, em casos terminais, assegurando o seu direito a uma morte digna. Vinculando assim, tanto os médicos quanto os familiares a sua decisão. Motivo pelo qual esse tema foi escolhido.

O testamento vital atualmente já é reconhecido e regularizado em muitos países, mas no Brasil ainda não existe uma lei que o regulamente. E entender se é possível ser introduzido no ordenamento jurídico brasileiro vem levantando algumas discussões, pois a Carta Magna garante o direito à vida. Mas esse direito não é absoluto, e deve ser analisado em conjunto com o princípio da dignidade da pessoa humana e da autonomia privada. Entender que o testamento vital não é uma escolha entre a vida e a morte, mas sim, aceitar que a morte é inevitável e, portanto, possa ocorrer de maneira natural.

Desse aspecto, nasce a questão central desta pesquisa: o testamento vital é possível a luz da escada ponteana? E a hipótese apresentada, fundada nos princípios constitucionais e nos direitos de personalidade em análise conjunta com cada plano da escada ponteana, vai responder afirmativamente ao problema de acordo com os argumentos apresentados.

E para isso, o principal objetivo é estudar o que é o testamento vital. Entender o seu conceito, finalidade, requisitos, efeitos, eficácia, limitações, forma é essencial para discernir a função a qual vem a exercer. Se o intuito é a cerca da sua possibilidade, antes de tudo temos que entender do que se trata. Mas, além disso, é importante também distinguir os institutos da ortotanásia, eutanásia, distanásia, mistanásia e o suicídio assistido, para verificar em qual destes é aplicável. É necessário também verificar como vem sendo aplicado

em outros ordenamentos jurídicos. Tal como o estudo dos princípios constitucionais, do direito à vida, dignidade da pessoa humana e autonomia privada, e os direitos de personalidade, do direito ao próprio corpo e a morte digna. Porque é através destes que é feita a fundamentação. E por fim, o estudo dos planos da existência, validade e eficácia no intuito de entender se o testamento vital preenche os requisitos sendo assim possível juridicamente.

No intuito de atingir os objetivos propostos no presente trabalho, foi adotada a metodologia dedutiva, com o método auxiliar bibliográfico e documental. Apesar do tema não estar difundido no Brasil e por isso não ter muitas doutrinas que tratem do tema, alguns livros, artigos e revistas foram utilizados. Assim como, a legislação pertinente, as resoluções do Conselho Federal de Medicina, jurisprudência brasileira e o estudo comparado com as legislações estrangeiras. Assim, para uma melhor organização, o trabalho foi dividido em quatro capítulos.

O primeiro capítulo tem o intuito de apresentar o testamento vital. Para isso, o conceitua, apresenta seus objetivos, conteúdo, efeitos e eficácia, sua forma, requisitos e limitações. Ou seja, apresenta todos os aspectos que envolvem o testamento vital para possibilitar o entendimento do que é e a sua finalidade. É realizada também a distinção entre a ortotanásia, eutanásia, distanásia, mistanásia e suicídio assistido. Com o intuito de esclarecer em qual destes é aplicável e entender que não é fato típico.

O segundo capítulo aborda a resolução nº 1.0805 e a resolução nº 1.995 do Conselho Federal de Medicina que tratam da possibilidade de recusa de tratamento fúteis, as quais são atualmente os únicos documentos que abordam o tema no Brasil. São estudados também, os projetos de lei que chegaram a ser discutidos. Bem como vem sendo aplicado nas legislações estrangeiras dos Estados Unidos, na Austrália e na Argentina.

O terceiro capítulo analisa os princípios constitucionais do direito à vida, da dignidade da pessoa humana e da autonomia privada. Conjuntamente com os direitos de personalidade, do direito ao próprio corpo e do direito a uma morte digna. Esse estudo é essencial, pois estes princípios e direitos de personalidade são basilares na fundamentação do testamento vital.

Por fim, o quarto capítulo, faz o estudo de toda a escada ponteana. São apresentados os elementos do plano da existência, os requisitos do plano da validade e as subordinações que existem no plano da eficácia. E a essa análise é feita uma relação de cada um destes ao testamento vital, no intuito de se estabelecer se ele é ou não possível de ser um documento existente, válido e eficaz no ordenamento jurídico brasileiro.

1 DIRETIVA ANTECIPADA DE VONTADE

Nas últimas décadas a ciência vem se expandindo progressivamente, e realizando grandes conquistas. A medicina tem feito várias descobertas, e com isso, o anseio por prolongar a vida em seu máximo cresce cada vez mais. O mundo atual criou uma grande resistência em aceitar o fim da vida, e é nesse contexto que surgem as diretivas antecipadas de vontade. Que são documentos pelos quais o sujeito expressa a sua vontade a cerca de determinados tipos de tratamentos. É uma forma de garantir a dignidade humana e a liberdade de decidir não se submeter a qualquer intervenção médica. Elas são o gênero do qual são espécies o testamento vital e o mandato duradouro.¹

1.1 O testamento vital

O testamento vital é uma das espécies de diretiva antecipada de vontade, que será objeto de estudo no presente trabalho. Muitos aspectos serão analisados, mas é primordial, primeiramente entender o instituto para poder verificar a sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

1.1.1 Conceito, objetivos, conteúdo, efeitos e eficácia

O nome testamento vital é resultado da tradução errônea de “*living will*”. Esta nomenclatura não é a mais adequada, visto que, faz referencia ao instituto do testamento previsto no Código Civil. Contudo, são institutos que se diferenciam primordialmente pelos efeitos, pois o testamento vital é *inter vivos* e o testamento *causa mortis*. E, também, na questão da solenidade, todavia, se assemelham por ser um negocio jurídico unilateral, personalíssimo, gratuito e revogável. A doutrina entende que a nomenclatura mais adequada seria declaração prévia de vontade, por ser este um documento que declarará a vontade do paciente.²

Feito este adendo quanto à nomenclatura, podemos conceituar o testamento vital, como um documento que uma pessoa com discernimento faz, no qual deixa expresso a sua vontade em não se submeter a determinados tratamentos nos casos de se encontrar

¹ DADALTO, Luciana. *Declaração Prévia de Vontade do Paciente Terminal*. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/515/516>. Acesso em: 25 de mar. 2017.

² LIPPMANN, Ernesto. *Testamento Vital: o direito à dignidade*. São Paulo: Matrix, 2013. p.17-20.

impossibilitado de se manifestar, por estar em estado terminal, estado vegetativo permanente ou com alguma doença crônica.³

É imperioso esclarecer que não são todos os tipos de tratamentos que podem ser recusados, mas somente os extraordinários, ou seja, aqueles os quais prolongam a vida a qualquer custo, mesmo sendo fútil e em nada alterar o quadro clínico do paciente. A não submissão a esse tipo de tratamento é denominado de Suspensão de Esforço Terapêutico (SET). Já os tratamentos ordinários, chamados cuidados paliativos, não podem ser objeto de manifestação contrária ao seu uso, pois eles garantem amenizar o sofrimento, para permitir se ter uma qualidade de vida em seus momentos finais.⁴

Destarte, os principais objetivos do testamento vital é ser um instrumento que expressa à vontade do paciente, a qual ele espera que esta seja respeitada e cumprida. E também é um meio de proteção ao médico que tem que agir conforme a vontade do paciente. E é visando esses objetivos que os conteúdos do testamento vital são a adoção ou não de tratamentos fúteis que só prolongam a vida artificialmente, a utilização de máquinas ou realização de cirurgias, tais como a traqueostomia. Há quem defenda que também podem dispor sobre a doação de órgãos e a nomeação de um representante. Contudo, tratar sobre doação de órgãos no testamento vital não é o mais aconselhável, visto que, a essência do documento é ser um negócio jurídico, *inter vivos*, e trata a respeito dos tratamentos a que será submetido em caso de terminalidade de vida. Até porque, no Brasil, a doação de órgãos já é regulamentada pela lei nº 9.434/1997, alterada pela lei nº 10.211/2001. No que se refere, a nomeação de um representante, o que se permite é a junção do testamento vital com o mandato duradouro. Não existe nenhuma proibição, todavia, como são institutos diferentes, o mais aconselhável é que sejam feitos separadamente para que a manifestação de vontade seja a mais clara possível.⁵

O testamento vital possui efeito *erga omnes*, vinculando familiares, médicos e procuradores a sua decisão. Por mais que estes não concordem com a decisão tomada pelo paciente, o que ocorre muito com os parentes, sua vontade deve sempre prevalecer. É ter esse efeito vinculante, que garante a eficácia do testamento vital. Porque do contrario, se o médico

³ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de Personalidade e Autonomia Privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.p.240-241.

⁴ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.77-78.

⁵ RODRIGUES JUNIOR, Luiz Rodrigues. *Testamento Vital e seu perfil normativo*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-14/direito-comparado-testamento-vital-perfil-normativo-parte>> Acesso em: 27 mar. 2017.

ou a família se recusasse a realizar a vontade do doente, um grande conflito existiria e terminaria em lides nos tribunais, acarretando o que os doutrinadores chamam de “jurisdicionalização do morrer”. E o propósito do testamento vital é justamente evitar que a causa seja levada ao judiciário, visto que o desejo do paciente já vai ter sido expresso e diante da sua liberdade de escolha deve ser acolhida.⁶

Por isso, o testamento vital se torna eficaz logo após ser feito, e enquanto estiver vivo. O que ocorre diferentemente nos Estados Unidos, no qual só é eficaz, após 14 dias, pois alegam que é um período de arrependimento. Entretanto, não faz sentido esse prazo porque o testamento vital é revogável a qualquer momento. É importante ressaltar que para ter eficácia o documento tem que chegar ao conhecimento do médico. Desse modo, se chegar a ser internado, deve ser anexado ao prontuário do paciente para que o médico siga a vontade dele.⁷

1.1.2 Forma, requisitos e limitações

Como no Brasil não existe uma lei que regulamente o testamento vital, não existe uma forma estabelecida de como deve ser feito, mas preferencialmente tem que ser escrito. Todavia, existem alguns requisitos que devem estar presentes para que o documento tenha validade. O principal é o discernimento, que não é usado nesses casos como sinônimo de capacidade. Porque no ordenamento jurídico brasileiro, a capacidade se dividem em de direito e a de fato. A primeira é referente a ter direitos e deveres os quais todos adquirem ao nascer. E a segunda, refere-se ao pleno exercício destes, que em regra adquirimos ao completar 18 anos. Contudo, uma pessoa que seja considerada capaz civilmente, pode ter comprometido seu discernimento pelo uso de algum tipo de medicamento que afete suas escolhas. Por isso, na hora de fazer o testamento vital, é imprescindível que o ser humano esteja dotado de discernimento para tomar a decisão. E nesse contexto, discernir é saber de todas as suas possibilidades e conseguir apreciar e distinguir para que possa decidir de acordo com a sua vontade. Uma importante questão, a respeito dessa diferenciação, é em relação às pessoas menores de 18 anos. Elas não estão proibidas de fazer um testamento vital, mas para que este tenha validade é necessário requerer autorização judicial que só poderá ser negado se

⁶ LIPPMANN, Ernesto. *Testamento Vital: o direito à dignidade*. São Paulo: Matrix, 2013.p.41-43.

⁷ DADALTO, Luciana. *Declaração Prévia de Vontade do Paciente Terminal*. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/515/516>. Acesso em: 25 de mar. 2017.

comprovada à falta de discernimento deste. E se o critério fosse a capacidade conforme o Código Civil, em hipótese alguma os incapazes poderiam fazer um testamento vital.⁸

Outro requisito importante é o consentimento livre e esclarecido. Consentir é manifestar a sua vontade. Mas nesse caso, não basta o simples consentir, ele precisa ser livre e esclarecido, esses aspectos são essenciais. Dizer que é livre, é no sentido de não ter nenhuma influencia externa, a decisão parte da pessoa a partir das suas convicções, princípios. E esclarecido, é no sentido de conhecer a respeito do que está decidindo, ter a oportunidade de tirar todas as suas duvidas e poder estabelecer os pontos positivos e negativos. De acordo com o artigo 59 do Código de Ética Médica, é um dever do médico, informar ao paciente seu real estado bem como todos os caminhos. Desse modo, é de suma importância que o individuo ao fazer o testamento vital, esteja expressando a sua vontade com o consentimento livre e esclarecido. Esses dois requisitos são necessários e fundamentais na hora de fazer um testamento vital, porque é através deles que não se permite questionar a forma pela qual ele foi feita, dando maior segurança jurídica para o paciente e aos que o rodeiam.⁹

Na elaboração do testamento vital, é necessário também, que dois profissionais sejam consultados: médico e advogado. O médico para distinguir os tratamentos ordinários dos extraordinários e para responder qualquer questionamento que o sujeito possa ter. Já o advogado, é importante, porque o testamento vital, não é só uma questão médica, mas também jurídica. Desse modo, é recomendável procurar um advogado para lhe orientar e ajudar na realização do documento, para que ele possa ter validade.¹⁰

No que se refere à questão se tem um prazo ou não, há divergências doutrinaria. Quem defende que deve haver um prazo de validade, afirma que como são documentos dinâmicos não podem ser esquecidos, que a vontade do sujeito hoje pode não ser a mesma daqui dez anos, além de que, com os avanços da medicina, um tratamento que hoje é extraordinário pode melhorar e se tornar ordinário. Já quem defende que não precisa ter um prazo de validade, alega que o testamento vital é um documento revogável a qualquer momento, e, portanto, se o individuo mudar de opinião ele pode modificar ou revogar o documento. E quanto ao avanço médico, se por ventura a pessoa abriu mão de determinado tratamento, na época extraordinário, e depois ele se torna ordinário, tacitamente esse ponto do

⁸ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.72-75.

⁹ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.76-79.

¹⁰ LIPPMANN, Ernesto. *Testamento Vital: o direito à dignidade*. São Paulo: Matrix, 2013.p.42-47.

testamento vital será revogado, uma vez que não é admitido abrir mão desse tipo de tratamento.¹¹

Segundo Luciana Dadalto é importante que no Brasil o testamento vital seja lavrado por escritura pública perante um notário, o que garante a segurança jurídica. Ela propõe também que seja criado um banco nacional de declarações de vontade, o qual armazenaria todos os testamentos vitais, no passo em que o sujeito fosse internado o médico deveria ser informado da existência do documento, o que daria maior efetividade a vontade do paciente.¹²

Entretanto, existem algumas limitações ao testamento vital. A primeira delas é a objeção de consciência do médico. O artigo 28 do Código de Ética Médica prevê que ao médico é permitido a recusa de atos médicos que, por mais que sejam autorizados por lei, contrariem a sua consciência. Esse artigo respalda o médico de atender a vontade do paciente. Todavia, ele não pode fazer isso sem uma justificativa, deve fundamentar sua decisão e encaminhar o paciente a outro médico.¹³

Outra limitação é referente à proibição de disposições contrárias ao ordenamento jurídico brasileiro. As principais questões nesse aspecto são referentes à eutanásia e aos tipos de tratamentos. A manifestação de vontade do paciente em nada pode fazer referencia a alguma questão da eutanásia, vista que ela é conduta típica no ordenamento jurídico brasileiro, como será aprofundado mais a frente. E a questão dos tratamentos, não é permitido abrir mão dos ordinários, mais conhecidos como cuidados paliativos, pois eles visam uma maior conforto e dignidade nos estágios terminais. Desse modo, o individuo só pode deixar expressa a disposição quanto aos tratamentos extraordinários.¹⁴

A última limitação é referente às disposições que sejam contraindicadas à patologia do paciente ou que prevejam tratamentos já superados pela medicina. Porque não visam benefícios para o paciente. O objetivo é resguardar o paciente de que surgindo novos tratamentos ordinários estes sejam aplicados caso sejam indicados ao doente, pois existe a

¹¹ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.189-190.

¹² DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.184-186.

¹³ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.101.

¹⁴ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.102.

possibilidade de cura. Diante disso, ressalvadas estas limitações, o testamento vital que não fizer menção a elas, será considerado válido.¹⁵

1.2 Aplicabilidade do testamento vital

É importante o estudo dos institutos da ortotanásia, eutanásia, distanásia, mistanásia e suicídio assistido. Entender o que é cada um deles e saber diferencia-los, se faz necessário para entender em quais casos o testamento vital pode e não ser utilizado.

1.2.1 Ortotanásia

A palavra ortotanásia tem origem grega e etimologicamente significa: *orthos* (correto, certo) e *thanatos* (morte). É, portanto, a morte no seu tempo certo, sem utilizar meios que a antecipem ou a prolonguem. O médico não interfere e permite que a morte aconteça de modo natural.¹⁶

A ortotanásia ocorre num contexto no qual o paciente já não tem mais expectativas de reverter o seu quadro clínico, a morte é certa. Por isso, há o entendimento de que não deve o médico, quando é a vontade do enfermo, prolongar o processo de morte por meios artificiais. Pelo contrário, cabe a ele deixar que ocorra naturalmente, evitando sofrimentos desnecessários e lhes garantindo que sejam mantidos os tratamentos paliativos.¹⁷

Conforme Maria Elisa Villas-Bôas, o médico que:

“interfere para manter o paciente vivo, como forma de obter vantagens econômicas pela utilização de medidas dispendiosas e desnecessárias, pela manutenção inútil em UTI, ou simplesmente para que, por vaidade profissional, não se admita o fracasso das tentativas terapêuticas e a evidente iminência da morte, podem encontrar enquadramento típico, uma vez que representam lesão à integridade física do paciente, pelo intervencionismo desnecessário, além do cerceamento de sua liberdade, ao mantê-lo indevidamente no isolamento de uma UTI, mediante, quiçá, o estímulo a falsas esperanças, cujos momentos finais poderiam ser melhores e mais tranquilos.”¹⁸

¹⁵ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.103.

¹⁶ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da Eutanásia ao Prolongamento Artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.73.

¹⁷ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de Personalidade e Autonomia Privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.p.236.

¹⁸ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da Eutanásia ao Prolongamento Artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.74.

Depreende-se, portanto, que a ortotanásia é um instrumento que permite ao paciente morrer dignamente. Cabendo a ele tomar a decisão, de acordo com sua vontade. E nesse caso, não é uma escolha entre a vida ou a morte, e sim permitir que a morte aconteça naturalmente sem prolonga-la. O paciente não renuncia ao direito à vida, porque no estado em que se encontra a morte é inevitável. Apenas prefere passar seus momentos finais em casa, rodeado de entes queridos, do que em uma cama de hospital.¹⁹

Deve ser observado, que o fato de existirem inúmeros tipos de tratamento médicos, não os torna de utilização obrigatória. São as adequadas as necessidades de cada paciente. Ter resguardado o direito a vida não significa impor uma sobrevida, aquela que extrapole o período natural com medicações que não tragam benefício algum, pelo contrario, são dolorosas e desgastantes.²⁰

A ortotanásia é desse modo, um meio de se evitar a distánasia, já que está visa retardar artificialmente a morte com a utilização de tratamentos que não trarão benefício algum ao paciente, que é o oposto da ortotanásia. Também se distingue da eutanásia, já que o objetivo da eutanásia é provocar a morte de um paciente, vítima de forte sofrimento e doença incurável.²¹

Em alguns países como os Estados Unidos, Canadá, Japão, França, Inglaterra, a ortotanásia já é assegurada e regulamentada por lei. No Brasil, não existe uma lei no ordenamento jurídico que assegure tal instituto. O documento que chegou a dispor foi a Resolução 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina, na qual estabelece como ética a conduta do médico que exerce a ortotanásia.²²

Todavia, apesar de não existir uma lei que a regule no ordenamento jurídico brasileiro, também não existe uma lei que a proíba ou determine que a sua prática é uma conduta típica para o direito penal, como no caso da eutanásia. A ortotanásia não condiz

¹⁹ FRISO, Gisele de Lourdes. *A ortotanásia: uma análise a respeito do direito de morrer com dignidade. Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.130-154.

²⁰ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da Eutanásia ao Prolongamento Artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.71.

²¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de Personalidade e Autonomia Privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.p.236.

²² FRISO, Gisele de Lourdes. *A ortotanásia: uma análise a respeito do direito de morrer com dignidade. Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.130-154.

com o tipo penal previsto no artigo 121 do código penal, porque não existe nem ação ou omissão que ocasione a morte, trata-se de uma conduta atípica.²³

O anteprojeto de Código Penal, que tramita no Congresso Nacional trata do assunto, entretanto não existe um consenso em alguns aspectos, como no caso da incapacidade do paciente. Mas, a proposta principal é reconhecer a atipicidade da ortotanásia, visando esclarecer qualquer questionamento a respeito do assunto e estabelecendo que não existe qualquer fator que obrigue um médico a utilizar tratamentos ineficazes em pacientes que estabelecem vontade contrária.²⁴

O Vaticano também se manifestou favoravelmente em vários momentos, principalmente através da Encíclica *Evangelium Vitae*, de João Paulo II, em que diz ser “distinta da eutanásia a decisão de renunciar ao chamado excesso terapêutico.” A Conferência Nacional de Bispos do Brasil em 2006, ratificou esse documento e esclareceu que renunciar aos meios extraordinários ou desproporcionais demonstra a aceitação da condição humana diante da morte.²⁵

Por tudo isso, é que o testamento vital se faz como mecanismo pelo qual se instrumentaliza a ortotanásia. É o testamento vital um meio que garante eficácia a escolha do paciente, em permitir que a morte aconteça naturalmente sem tentar prolongá-la com métodos que não lhe trarão benefício algum. Ao fazer o testamento vital, o paciente vincula os médicos e a sua família a sua escolha. Portanto, o testamento vital se aplica aos casos em que se é possível a ortotanásia.²⁶

1.2.2 Distinção entre Eutanásia, Distanásia, Mistanásia e Suicídio Assistido

A palavra eutanásia, etimologicamente deriva do grego *eu* (bom) e *thanatos* (morte), que traduzindo, significa “boa morte”, “morte apropriada”. Foi utilizada pela primeira vez, pelo filósofo, Francis Bacon em 1623, em sua obra “*Historia vitae et mortis*”. O filósofo defendia a prática da eutanásia como o tratamento adequado às doenças incuráveis.

²³ FRISO, Gisele de Lourdes. *A ortotanásia: uma análise a respeito do direito de morrer com dignidade. Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.130-154.

²⁴ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *A ortotanásia e o Direito Penal brasileiro*. <Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/56/59>. Acesso em: 20 de Fev. 2017.

²⁵ FRISO, Gisele de Lourdes. *A ortotanásia: uma análise a respeito do direito de morrer com dignidade. Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.130-154.

²⁶ FRISO, Gisele de Lourdes. *A ortotanásia: uma análise a respeito do direito de morrer com dignidade. Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.130-154.

Entretanto, ao longo dos anos, o termo foi admitindo vários significados, visto que passou a abranger novas situações. No Brasil, o professor Ruy Santos, expressou o termo como eutanásia-homicídio, sendo o procedimento que alguém realiza para terminar com a vida de um paciente.²⁷

Na atualidade, a nomenclatura eutanásia, vem sendo utilizada como a ação que tem por objetivo, abreviar a vida de uma pessoa que está sofrendo por conta de uma doença na qual não se tem perspectiva de cura. Diante desse sentido, ela pode ser classificada, segundo José Roberto Goldim e Carlos Francisconi, quanto à ação: ativa (quando por uma ação, se provoca a morte do paciente) ou passiva (quando por uma omissão consciente, não se utiliza ou interrompe determinada medida extraordinária); e quanto ao consentimento do paciente: voluntária (a morte é provocada a pedido do paciente), involuntária (quando é provocada contra a vontade do paciente) e não voluntária (o paciente não manifesta sua vontade).²⁸

Em alguns países como a Bélgica e a Holanda, a eutanásia foi legalizada. Já em países como França, Espanha e Canadá, a eutanásia é ilegal, contudo, discute-se muito bioeticamente e juridicamente o tema. No Brasil, embora não exista um tipo específico, praticar eutanásia é crime de homicídio, podendo incidir a causa de diminuição de pena prevista no parágrafo primeiro do artigo 121 do código penal, que dispõe: “Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, ou juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.”²⁹ O que motiva essa forma privilegiada, é que o legislador entende que o agente movido pela compaixão e sentimento de piedade para com a vítima deve ser apenado menos rigorosamente, pois agiu movido por relevante valor social ou moral.³⁰

É majoritário o entendimento de que o consentimento do paciente não é requisito que legitima a prática da eutanásia. Visto que o bem juridicamente tutelado é a vida, e ela é indisponível. O consentimento por si só, não afasta a ilicitude da ação, mas permite se analisar a culpabilidade do agente, o que fundamenta a causa de diminuição da pena. Todavia,

²⁷ SÁ, Maria de Fátima Freire. *Direito de Morrer: eutanásia, suicídio assistido*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p.66-69.

²⁸ FRISO, Gisele de Lourdes. *A ortotanásia: uma análise a respeito do direito de morrer com dignidade*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.130-154.

²⁹ BRASIL. Presidente da República. *Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso no dia 29 de Fev. 2017.

³⁰ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da Eutanásia ao Prolongamento Artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.179-184.

o tema é complexo e vem sendo bastante discutido, de modo que o anteprojeto de reforma da parte especial do código penal brasileiro prevê o crime específico de eutanásia. No qual é previsto uma pena de dois a quatro anos, para quem agir por compaixão, a pedido da vítima imputável e maior no intuito de encerrar o sofrimento físico insuportável decorrente de doença grave. Nota-se que não deixa de ser uma conduta típica para o direito penal, mas pressupõe uma pena menor quando preenchido os requisitos. Tais como a motivação e o consentimento informado de pessoas imputáveis e maiores de idade. Esses elementos são essenciais para se distinguir o homicídio doloso da prática da eutanásia.³¹

Conquanto, há quem defenda a licitude da eutanásia. O direito a vida é um dos direitos fundamentais que mais possuímos, contudo, até que ponto ele é intocável, é o que questionam alguns autores. A vida é feita de escolhas e decidir escolher morrer, também deve ser uma delas. Não se pode sobrepor à vida, a dignidade e a autonomia, esses três fundamentos constitucionais devem ser utilizados na mesma proporção. É uma decisão individual que só quem passa pela situação tem a condição de escolher. Condenar uma pessoa que não consegue mais exercer suas funções vitais sozinha, em estado vegetativo, ou a espera de uma UTI em estado desumano sofrendo de grandes dores físicas, é fácil para quem não está nessa situação. Contudo, vivemos em uma sociedade tradicional, moral e baseada na fé cristã, onde determinados assuntos não são debatidos pela perspectiva de todos os lados, mas apenas daquele considerado o “correto”.³²

O Vaticano em 1980 se manifestou a respeito do tema, através da Declaração sobre Eutanásia, onde se posicionaram contra, afirmando que:

“é necessário declarar uma vez mais, com toda a firmeza, que nada ou ninguém pode autorizar a que se dê a morte a um ser humano inocente seja ele feto ou embrião, criança ou adulto, velho, doente incurável ou agonizante. E também a ninguém é permitido requerer este gesto homicida para si ou para um outro confiado à sua responsabilidade, nem sequer consenti-lo explícita ou implicitamente. Não há autoridade alguma que o possa legitimamente impor ou permitir. Trata-se, com efeito, de uma violação da lei divina, de uma ofensa à dignidade da pessoa humana, de um crime contra a vida e de um atentado contra a humanidade.”³³

³¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de Personalidade e Autonomia Privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.p.237-239.

³² OLIVEIRA, Lilian Carla; JAPAULO, Maria Paulo. *Eutanásia e direito a vida: limites e possibilidades*. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2005-set-24/eutanasia_direito_vida_limites_possibilidades>. Acesso em: 28 de Fev. 2017.

³³ ROMA, Vaticano. *Declaração sobre a eutanásia*. Disponível em: < http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19800505_euthanasia_po.html>. Acesso em 2 de mar. de 2017.

Desse modo, no Brasil, a eutanásia é um ilícito jurídico que levanta muitas discussões. No entanto, vem sendo majoritário o entendimento de que o testamento vital não se aplica aos casos de eutanásia. Visto que, seu objetivo não é de ser um documento em que o paciente expresse sua vontade de que sejam aplicados meios para interromper a vida. Pelo contrário, se aplica aos casos em que ele prefere que a morte ocorra naturalmente sem ser prolongada artificialmente.³⁴

Já a distanásia tem origem grega, onde *dis* (afastamento) e *thanatos* (morte), que traduzindo, significa, prolongamento exagerado da morte, tratamento inútil. Desse modo, é a atitude médica que emprega exageradamente tratamentos aos quais não visam prolongar a vida propriamente dita, mas o processo da morte. Com os avanços da medicina, cada vez mais tem se descoberto tipos de tratamentos, cirurgias, medicamentos que previnem ou combatem as doenças. E com isso, tem se tornado difícil aceitar o fim da vida. A morte é uma certeza que se tem, mas que vem se tentando evitar ao máximo. E é nesse contexto, que a distanásia vem sendo utilizada, tenta-se afastar a morte o máximo possível, pois a preocupação que se tem é com a quantidade e não com a qualidade de vida.³⁵

É necessário distinguir o dever ético que o médico tem com o paciente, da suposta obrigatoriedade na utilização de qualquer recurso só pelo fato de ele existir. Pelo contrário, devem ser aplicados aqueles indicados ao caso como benéficos e úteis. Não se deve encarar como um fracasso médico a morte de um paciente nesses casos, pois a vida ela não é infinita, em algum momento ela chega para todos. O homem não pode ser um dependente da ciência, mas sim o contrário.³⁶

É importante ressaltar, todavia, que se restringem aos tratamentos extraordinários, aqueles em que nada beneficiam o paciente e se demonstram fúteis. Não se referindo, portanto, aos ordinários, muito menos aos paliativos, que em todos os casos devem ser mantidos, visto que, dão maior conforto e dignidade ao doente sem interferir na doença propriamente.³⁷

³⁴ LIPPMANN, Ernesto. *Testamento Vital: o direito à dignidade*. São Paulo: Matrix, 2013. p.10-20.

³⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de Personalidade e Autonomia Privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.p.236.

³⁶ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *A ortotanásia e o Direito Penal brasileiro*.<Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/56/59>. Acesso em: 20 de Fev. 2017.

³⁷ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *A ortotanásia e o Direito Penal brasileiro*.<Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/56/59>. Acesso em: 20 de Fev. 2017.

Isto posto, com base no conceito apresentado de distanásia, o testamento vital não se aplica a este instituto, pois ele visa ser um instrumento que respalde o paciente a não ser submetido a determinados tipos de tratamento que ao seu caso se mostram inúteis, e o propósito desse instituto é o inverso, ou seja, se propõe prolongar o processo de morte se submetendo a todo tipo de tratamento. Há autores que defendem que a ortotanásia, onde se aplica o testamento vital, é um meio de se tentar combater a distanásia.³⁸

Temos também a mistanásia, que também é chamada de eutanásia social, que significa morte miserável. Ela ocorre num contexto em que não se consegue um atendimento médico adequado “por carência social, por falta de condições e de oportunidades econômicas e políticas, resultante da deficiente proteção aos direitos fundamentais a que fazem jus todos os seres humanos.”³⁹ É a morte mais comum em países subdesenvolvidos. Há quem enquadre no conceito de mistanásia os hospitais lotados sem macas, o abandono do paciente a sua própria dor sem lhe serem prestados os cuidados mínimos.⁴⁰

Desse modo, a mistanásia se distingue dos outros institutos, ao passo que não ocorre uma interrupção proposital da vida como na eutanásia, não ocorre um prolongamento artificial como na distanásia, visto que nem chega a ter acesso a qualquer tipo de tratamento, e se distancia da ortotanásia, pois não se abre mão de qualquer tipo de tratamento, se morre de maneira até natural, mas por doenças evitáveis que pela falta de assistência básica causam a morte. Por isso, trata-se mais de um problema social, uma questão que deve ser combatida com políticas públicas.⁴¹

Por último, temos o instituto do suicídio assistido, em que o paciente passa por grande sofrimento decorrente de uma doença incurável. Por isso provoca a sua própria morte, sendo auxiliado por um terceiro de maneira meramente material que está comovido pela situação em que se encontra o doente. Distingue-se da indução ou instigação, uma vez que é uma conduta autônoma do paciente sem sofrer influência alguma. Desse modo, quem

³⁸ ROHE, Anderson. *O paciente terminal e o direito de morrer*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.26-30.

³⁹ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da Eutanásia ao Prolongamento Artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.74-75

⁴⁰ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da Eutanásia ao Prolongamento Artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.75

⁴¹ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da Eutanásia ao Prolongamento Artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.76.

“assistir” o suicídio, advém da ideia de auxiliar, de ajudar com os meios ou o conhecimento para que o suicida obtenha resultado em seu objetivo.⁴²

O suicídio assistido é conduta típica no ordenamento jurídico brasileiro, previsto no artigo 122 do código penal, o qual penaliza quem induz, instiga ou auxilia o suicídio. Nesse caso, não há nenhuma causa de diminuição da pena prevista, mesmo quando movida por compaixão ao sofrimento do doente. Defende a doutrina que esse posicionamento adotado pelo legislador brasileiro ocorre diante da dificuldade em se distinguir quem auxilia uma pessoa doente plenamente consciente e sem influencia alguma, de quem induz ou instiga uma pessoa fragilizada diante da sua situação sendo influenciada a sua decisão.⁴³

Assim, os institutos da ortotanásia, eutanásia, distanásia, mistanásia e suicídio assistido são distintos e autônomos, cada um na sua esfera de atuação. Sendo que o testamento vital, só é aplicável na ortotanásia como bem exposto. Contudo, a diferenciação destes se faz muito importante, para que não ocorram dúvidas ao seu respeito e demonstre a possibilidade que o testamento vital tem de ser positivado no ordenamento jurídico brasileiro.⁴⁴

⁴² SÁ, Maria de Fátima Freire. *Direito de Morrer: eutanásia, suicídio assistido*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p.66-69.

⁴³ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da Eutanásia ao Prolongamento Artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.92-96.

⁴⁴ LIPPMANN, Ernesto. *Testamento Vital: o direito à dignidade*. São Paulo: Matrix, 2013. p.25-26.

2 TESTAMENTO VITAL E O DIREITO COMPARADO

O testamento vital no Brasil ainda não é regulamentado por uma lei no ordenamento jurídico. Desse modo, no presente capítulo serão estudados as Resoluções do Conselho Federal de Medicina que abordam o tema, bem como o testamento vital está positivado em países estrangeiros.

2.1 As Resoluções do Conselho Federal de Medicina

O Conselho Federal de Medicina (CFM) editou duas importantes resoluções: a nº 1.805 e a 1.995. Nas quais tratam da importância de se permitir ao paciente em estado terminal irreversível de ter o direito a limitar ou suspender determinados tratamentos que só prolongam a vida sem perspectiva alguma de cura. Essas resoluções têm apenas natureza administrativa e vincula apenas a comunidade médica, haja vista que não possui força de lei, já que não é competência do CFM.⁴⁵

2.1.1 Resolução nº 1.805/06

Em 28 de novembro de 2006, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução nº 1.805, que possui apenas três artigos. A Resolução trata conforme o preâmbulo de limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida na fase terminal de enfermidades graves ou incuráveis. Desse modo, regulamenta a ortotanásia.⁴⁶

Em seu artigo primeiro, ela permite, ao médico limitar ou suspender os procedimentos ou tratamentos que simplesmente prolonguem a vida do doente em estado irreversível, respeitada à vontade da pessoa ou de seu representante legal. Preocupa-se desse modo, em permitir que seja dada ao paciente a escolha de não prolongar sua vida através de mecanismos que não lhe trará a cura, mas simplesmente mantém vivo sem que isso signifique uma qualidade de vida.⁴⁷

Nos parágrafos, do artigo primeiro, é assegurado ao paciente que este terá acesso a todas as informações referentes aos tratamentos adequados para cada situação assim

⁴⁵DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 155.

⁴⁶DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 155.

⁴⁷BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução nº 1.805 de 28 de novembro de 2006*. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 14 out. 2016.

como dos quais ele pode dispor, lhe assegurado o direito de solicitar uma segunda opinião médica. É expresso, também que qualquer decisão deve ser muito bem fundamentada e registrada no prontuário, para que possa resguardar o próprio médico.⁴⁸

O artigo segundo, contudo, limita a suspensão ou interrupção, assegurando que devem ser mantidos os tratamentos paliativos, ou seja, aqueles necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurados à assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar, é a garantia que se tem de uma qualidade no momento da doença. Desse modo, a aplicabilidade da resolução é somente referente aos tratamentos tidos como fúteis ou extraordinários, pois estes não proporcionam uma modificação no quadro clínico do paciente. Por fim, o artigo terceiro é de caráter meramente formal.⁴⁹

A Resolução foi bem recebida no âmbito médico, contudo, não ocorreu o mesmo no âmbito jurídico. O Ministério Público Federal do Distrito Federal ajuizou uma ação civil pública, em 9 de maio de 2008, que tramitou na 14ª Vara Federal do Distrito Federal, contra o Conselho Federal de Medicina, processo nº 2007.34.00.014809-3, no qual questionava a Resolução nº 1.805/2006. Afirmava o MPF que o CFM não tem capacidade para regulamentar uma conduta que é tipificada como crime no ordenamento jurídico brasileiro.⁵⁰

O CFM se defendeu alegando que

“a ortotanásia deve ser encarada como prática terapêutica, garantidora da dignidade do paciente em estado de terminalidade, de sua autonomia e de seus familiares e não como conduta criminosa, até porque, analogicamente, a manutenção da vida a qualquer custo deve ser encarada como prática de tortura, por prolongar o sofrimento do paciente e de seus familiares.”⁵¹

⁴⁸ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução nº 1.805 de 28 de novembro de 2006*. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 14 out. 2016.

⁴⁹ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução nº 1.805 de 28 de novembro de 2006*. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 14 out. 2016.

⁵⁰ BRASIL, Ação Civil Pública. *Sentença processo nº 2007.34.00.014809-3*. Requerente: Ministério Público Federal, Requerido: Conselho Federal de Medicina. Brasília, 1º de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2016.

⁵¹ BRASIL, Ação Civil Pública. *Sentença processo nº 2007.34.00.014809-3*. Requerente: Ministério Público Federal, Requerido: Conselho Federal de Medicina. Brasília, 1º de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2016.

Ficou claro que o MPF confundiu os conceitos de eutanásia e ortotanásia. Pois, ao contrario da eutanásia que é proibida e é crime em nosso ordenamento jurídico brasileiro, a ortotanásia não é. E o intuito da Resolução foi se posicionar a respeito do tema que já é bem discutido e regulamentado em outros países, pois visa o principio da morte digna. Tendo em vista que muitos tratamentos são fúteis ao caso clinico, gerando somente mais sofrimento e dor.⁵²

Logo depois do ajuizamento desta ação civil pública, o CFM aprovou o novo Código de Ética Médica em 24 de setembro de 2009. Em que um dos princípios consagrados foi o da ortotanásia devendo ser garantido todos os cuidados paliativos, pois se tratam dos cuidados com os pacientes em estado terminal que garante uma maior qualidade até os seus momentos finais de vida. Depois da aprovação do código de ética, o MPF apresentou alegações finais concordando com os argumentos do CFM.⁵³

Na sentença o juiz reconheceu a competência do CFM para editar a resolução, bem como que a ortotanásia não é crime. E finalizou dizendo que a medicina deixa “uma era paternalista, super-protetora, que canalizava sua atenção apenas para a doença e não para o doente, numa obsessão pela cura a qualquer custo, e passa a uma fase de preocupação maior com o bem estar humano.”⁵⁴

Diante da sentença do magistrado, percebe-se que ao fazer a interpretação da Resolução, ele entendeu que não são institutos iguais, o da eutanásia e o da ortotanásia, e que diante dos avanços da medicina é necessário aprender a lidar com situações que tratam sobre a vida. Tal sentença, também é importante no sentido de se discutir a validade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro.⁵⁵

2.1.2 Resolução nº 1.995/12

Em 31 de Agosto de 2012 o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução nº 1.995, que trata a respeito das diretivas antecipadas de vontade no Brasil. Ela é

⁵² DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 157.

⁵³ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 161.

⁵⁴ BRASIL, Ação Civil Pública. *Sentença processo nº 2007.34.00.014809-3*. Requerente: Ministério Público Federal, Requerido: Conselho Federal de Medicina. Brasília, 1º de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2016.

⁵⁵ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 163.

importante, pois foi a primeira a tratar do tema no Brasil. Contudo, ela não legalizou o tema no país, haja vista que não possui força de lei.⁵⁶

O Conselho Federal de Medicina aprovou esta resolução tendo em vista a inexistência de qualquer regulamentação no Brasil a respeito do tema para poder assim disciplinar a conduta do médico mediante tais situações que anteriormente não sabiam como agir.

O artigo primeiro da Resolução conceitua diretivas antecipadas de vontade como o “conjunto de desejos prévio 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.”⁵⁷ A resolução, portanto, é genérica, não se aprofundando no testamento vital.

No artigo segundo, o caput traz quando as diretivas devem ser utilizadas, que no caso é quando o paciente não puder livremente expressar sua vontade. Para ter validade o documento tem que ter sido feito quando o paciente estava no gozo pleno de sua capacidade e de forma livre. O que fundamenta esse documento são os princípios da autonomia privada e o direito á uma morte digna.⁵⁸

O parágrafo primeiro, do artigo segundo, estabelece que também seja valida a vontade do paciente que tenha designado um terceiro para expor tais informações. Nesse caso é especificamente o instituto do mandato duradouro que é uma das espécies de diretiva.⁵⁹

O parágrafo segundo é considerado como uma das falhas da Resolução, porque ele permite que o médico não leve em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou de seu representante, que de acordo com o seu entendimento for

⁵⁶ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 163.

⁵⁷ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução nº 1.995 de 31 de agosto de 2012*. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 15 out. 2016.

⁵⁸ GOLDIM, José Roberto. *Diretivas antecipadas de vontade: comentários sobre a resolução nº 1.995 do Conselho Federal de Medicina/Brasil*. Brasília, 2016. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/diretivas2012.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

⁵⁹ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução nº 1.995 de 31 de agosto de 2012*. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 15 out. 2016.

contrário ao Código de Ética Médica. Diante disso o médico fica respaldado a não realizar a vontade do paciente. O que relativiza a eficácia do documento.⁶⁰

Já o parágrafo terceiro é de suma importância, pois determina que a sua eficácia prevaleça sobre qualquer outro documento e até mesmo a vontade de seus parentes. Desse modo, mesmo que os familiares não concordem com a decisão do doente, está diante da vontade dele não tem força. E isso é muito importante porque nos dias atuais admitir que a pessoa morra é bem difícil, a sociedade quer a qualquer custo tentar prolongar a vida. E somente quem passa pela situação e por todo o sofrimento que é capaz de decidir e tomar uma posição tão difícil.⁶¹

No parágrafo quarto, é permitido ao médico que inexistindo um documento prévio ele pode anotar no prontuário a vontade do paciente. Mas para tanto, o paciente tem que estar em plena capacidade e ser muito bem orientado a respeito dos procedimentos e de quais pode abrir mão. Para que possa escolher de maneira válida e eficaz.⁶²

Por fim, o parágrafo quinto estabelece que diante da omissão do paciente e da falta de consenso entre os familiares, o médico pode recorrer à opinião do Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos. Dessa forma o médico será orientado a agir da melhor maneira. O artigo terceiro, e último é meramente formal.⁶³

O Conselho Federal de Medicina ao editar a Resolução, fez o que o Poder Legislativo já deveria ter feito, regulamentar o tema. Entretanto por ser de ordem administrativa e vincular somente os médicos se faz necessário que seja criada uma lei a

⁶⁰ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução nº 1.995 de 31 de agosto de 2012*. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 15 out. 2016.

⁶¹ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução nº 1.995 de 31 de agosto de 2012*. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 15 out. 2016.

⁶² BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução nº 1.995 de 31 de agosto de 2012*. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 15 out. 2016.

⁶³ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução nº 1.995 de 31 de agosto de 2012*. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 15 out. 2016.

respeito do tema, para que possa de fato vincular a todos e explicar a forma exata de ser utilizada, já que a Resolução não é tão específica.⁶⁴

A Resolução se importou com os avanços médicos e a importância que tem a vontade do paciente no tratamento, já que diante da possível incapacidade este já não possa mais se expressar. Com a tecnologia que o mundo atual dispõe, tem sido muito rápido os avanços da medicina, mas mesmo diante desses devem ser preservados primeiramente os princípios da liberdade de escolha, e principalmente da dignidade da pessoa.⁶⁵

O Ministério Público, porém ajuizou uma Ação Civil Pública em 31 de Janeiro de 2012. No intuito de que a Resolução fosse declarada inconstitucional sob o argumento de que “extravasa o poder regulamentador do CFM, e impõe riscos à segurança jurídica, alija a família de decisões que lhe são de direito e estabelece instrumento inidôneo para o registro de diretivas antecipadas do paciente.”⁶⁶

Esta ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal, representado pelo Procurador da República de Goiás, Ailton Benedito de Souza, muito se assemelha com a que tentou contra a Resolução nº 1.805. Ficando claro que este órgão ainda não conseguia diferenciar os institutos e não tinha conhecimento algum sobre o que são as diretivas antecipadas.⁶⁷

E assim como a outro, foi indeferido o pedido do MP na sentença publicada em 02 de abril de 2014. Na qual o juiz declarou a constitucionalidade da Resolução e acrescentou que as diretivas antecipadas de vontade valem para qualquer paciente que ficar impossibilitado de se expressar e alegou a necessidade de legislação. Terminou sua decisão afirmando que a qualquer pessoa é defeso buscar o Judiciário caso se oponha às diretivas.⁶⁸

⁶⁴ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 164.

⁶⁵ GOLDIM, José Roberto. *Diretivas antecipadas de vontade: comentários sobre a resolução nº 1.995 do Conselho Federal de Medicina/Brasil*. Brasília, 2016. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/diretivas2012.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

⁶⁶ BRASIL, Ação Civil Pública. *Sentença processo nº 1039-86.4.01.3500*. Requerente: Ministério Público Federal, Requerido: Conselho Federal de Medicina. Goiânia, 24 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2014/07/senten%C3%A7a-ACP-testamento-vital.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2016.

⁶⁷ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 167.

⁶⁸ BRASIL, Ação Civil Pública. *Sentença processo nº 1039-86.4.01.3500*. Requerente: Ministério Público Federal, Requerido: Conselho Federal de Medicina. Goiânia, 24 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2014/07/senten%C3%A7a-ACP-testamento-vital.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2016.

Essa decisão foi um grande avanço, contudo, é necessário que o Brasil cresça ainda mais. É importante que o tema saia da esfera médica e se consolide na esfera jurídica. Sendo necessário antes de tudo, que se estabeleça a diferença dos institutos de aplicação do testamento vital.⁶⁹

2.2 Projetos de lei

No Brasil, não existe nenhuma lei específica que trate sobre o testamento vital. Como exposto no tópico anterior, atualmente só existem as duas resoluções do Conselho Federal de Medicina. Tendo em vista a importância do tema, se faz necessário que seja previsto em lei. Visando isso que foi proposto dois projetos de lei que regulamentam não diretamente o testamento vital, mas a possibilidade da disponibilidade de determinados tratamentos.

2.2.1 Projeto de Lei nº 116, de 2000

O projeto de lei 116/00, foi proposto pelo Senador Gerson Camata. Esse projeto versa sobre a descriminalização da prática de ortotanásia pelos médicos, por meio de alteração do Código Penal, prevendo que:

“Acrescentam-se os §§ 6º e 7º ao art. 121 do Código Penal (Decreto-lei na 2.848, de 7 de dezembro de 1940), com a seguinte redação: "Exclusão de ilicitude § 6º Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do paciente ou, em sua impossibilidade, de cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão. § 7º A exclusão de ilicitude a que se refere o parágrafo anterior faz referência à renúncia ao excesso terapêutico, e não se aplica se houver omissão de meios terapêuticos ordinários ou dos cuidados normais devidos a um doente, com o fim de causar-lhe a morte."⁷⁰

Tal proposta é um grande avanço, pois reconhece a licitude da prática da ortotanásia. Principalmente por entender ser um instituto diferente da eutanásia, a qual é proibida. E também por permitir a todos ter uma morte digna. Não ser obrigada a passar por um processo terapêutico desgastante e que não traga resultados positivos, mas simplesmente

⁶⁹ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 173.

⁷⁰ CAMATA, Gerson. *Projeto de Lei do Senado nº 524, de 2009*. Texto Inicial datado de 25/11/2009. Disponível em: < <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/43807>>. Acesso em 27 de mar. de 2017.

conseguem fazer a pessoa permanecer viva sem nenhum conforto ou qualidade, no entanto, os cuidados paliativos não podem ser interrompidos. Contudo é necessário que o paciente manifeste sua vontade, ou no caso em que esteja impossibilitado algum familiar.⁷¹

O projeto foi proposto em 25 de abril de 2000. E no ano de 2003 o relator até então, o Senador José Maranhão, apresentou relatório votando pela inconstitucionalidade, sendo o projeto arquivado. Todavia, o Senador Gerson Camata apresentou o requerimento de nº 176, de 2007, motivo pelo qual foi desarquivado. O processo foi redistribuído ao Senador Augusto Botelho, devido à renúncia do até então relator. A Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania requereu audiência para uma melhor análise, a qual foi realizada em 17 de setembro de 2009. E que após esta, manifestou parecer favorável à constitucionalidade do projeto e a sua aprovação, tendo em vista o direito à dignidade da pessoa humana resguardada na Constituição Federal. E desde dezembro de 2009 foi remetido a Câmara dos Deputados.⁷²

O projeto já é um avanço, o qual demonstra que o tema vem ganhando repercussão. O Brasil em vista a outros países já está atrasado a respeito do tema. A proporção que vem alcançando demonstra a sua importância e a necessidade de ser positivado a fim de que estabeleça as formas pelas quais pode ocorrer.⁷³

2.2.2 Projeto de Lei nº 524, de 2009

O projeto de lei 524/09, também, foi proposto pelo senador Gerson Camata. Este versa especificamente sobre os direitos das pessoas em fase terminal de doença. O primeiro artigo estabelece que a “lei dispõe sobre os direitos da pessoa que se encontre em fase terminal de doença, no que diz respeito à tomada de decisões sobre a instituição, a limitação ou a suspensão de procedimentos terapêuticos, paliativos e mitigadores do

⁷¹ CAMATA, Gerson. *Projeto de Lei do Senado nº 524, de 2009*. Texto Inicial datado de 25/11/2009. Disponível em: < <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/43807>>. Acesso em 27 de mar. de 1017.

⁷² CAMATA, Gerson. *Projeto de Lei do Senado nº 524, de 2009*. Texto Inicial datado de 25/11/2009. Disponível em: < <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/43807>>. Acesso em 27 de mar. de 1017.

⁷³ CAMATA, Gerson. *Projeto de Lei do Senado nº 524, de 2009*. Texto Inicial datado de 25/11/2009. Disponível em: < <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/43807>>. Acesso em 27 de mar. de 1017.

sofrimento.”⁷⁴ Desse modo, o projeto de lei, visa regulamentar o direito que as pessoas têm em não se submeter a todos os tipos de tratamento em fase terminal de doença.

O projeto se preocupou em definir o que seja doença terminal, procedimentos paliativos e mitigadores do sofrimento, cuidados básicos e ordinários, procedimentos desproporcionais e procedimentos extraordinários, os definindo em seu artigo 3º (terceiro), para evitar que ocorra qualquer confusão entre entes. Já os artigos 4º (quarto) e 5º (quinto) se preocupam com a dor e o sofrimento dos pacientes, estabelecendo que os médicos devam sempre informar quais procedimentos são aconselháveis para se evitar e se empenhar para aliviar.⁷⁵

O artigo 6º é o que prevê expressamente que a vontade do paciente deve ser respeitada, quanto aos tipos de tratamento que não anseia se submeter:

“Se houver manifestação favorável da pessoa em fase terminal de doença ou, na impossibilidade de que ela se manifeste em razão das condições a que se refere o § 1º do art. 5º, da sua família ou do seu representante legal, é permitida, respeitado o disposto no § 2º, a limitação ou a suspensão, pelo médico assistente, de procedimentos desproporcionais ou extraordinários destinados a prolongar artificialmente a vida.

§ 1º Na hipótese de impossibilidade superveniente de manifestação de vontade do paciente e caso este tenha, anteriormente, enquanto lúcido, se pronunciado contrariamente à limitação e suspensão de procedimentos de que trata o caput, deverá ser respeitada tal manifestação.

§ 2º. A limitação ou a suspensão a que se refere o caput deverá ser fundamentada e registrada no prontuário do paciente e será submetida a análise médica revisora, definida em regulamento.”⁷⁶

Desse modo, prevê claramente que é permitida a escolha de não se submeter a tratamentos extraordinários ou desproporcionais que só visam prolongar a vida sem qualidade alguma de vida. Com a ressalva de que o artigo 7º (sétimo) estabelece que os

⁷⁴ CAMATA, Gerson. *Projeto de Lei do Senado nº 524, de 2009*. Texto Inicial datado de 25/11/2009. Disponível em: < <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/94323>>. Acesso em 27 de mar. de 1017.

⁷⁵ CAMATA, Gerson. *Projeto de Lei do Senado nº 524, de 2009*. Texto Inicial datado de 25/11/2009. Disponível em: < <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/94323>>. Acesso em 27 de mar. de 1017.

⁷⁶ CAMATA, Gerson. *Projeto de Lei do Senado nº 524, de 2009*. Texto Inicial datado de 25/11/2009. Disponível em: < <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/94323>>. Acesso em 27 de mar. de 1017.

cuidados básicos, os paliativos devem ser fornecidos a fim de assegurar o maior conforto possível em todos os aspectos. Por fim, o artigo 8º (oitavo) é de cunho processual.⁷⁷

Esse projeto de lei foi proposto em 25 de novembro de 2009, tramitou em conjunto com outros projetos de lei, contudo foi arquivado no dia 26 de dezembro de 2014. Apesar de não ter sido levado adiante, já demonstra que o assunto já está sendo levantado pelos parlamentares devido a sua atualidade e importância.⁷⁸

2.3 O testamento vital na legislação Estrangeira

Apesar de inexistir qualquer lei que regulamente o testamento vital no Brasil, este é um instituto em crescimento por todo o mundo e que em alguns países já é positivado, o que demonstra um grande avanço. O intuito, portanto, é demonstrar como surgiu e de que forma ele é utilizado nos países estrangeiros.⁷⁹

2.3.1 Norte-Americana

O testamento vital foi proposto pela primeira vez no final da década de 60, pela Sociedade Americana para a Eutanásia como um documento no qual as pessoas poderiam registrar sua vontade em suspender os procedimentos médicos que permitem a manutenção da vida.⁸⁰

O primeiro modelo do testamento vital foi proposto por Luiz Kutner. Ele reconhecia que mesmo que a eutanásia e o suicídio assistido são proibidos nos Estados Unidos, era permitido ao paciente em estado irreversível morrer como melhor desejar. Desse modo o testamento vital era diferente desses institutos proibidos. E nele o paciente deixaria por escrito a sua vontade em não se submeter a determinados tratamentos.⁸¹

A partir disso, os Estados Unidos vem evoluindo cada vez mais a respeito do tema. Como o país segue o sistema *common law*, ou seja, a legislação é criada através das jurisprudências. O primeiro caso que tratou do testamento vital foi no ano de 1976, em que

⁷⁷ CAMATA, Gerson. *Projeto de Lei do Senado nº 524, de 2009*. Texto Inicial datado de 25/11/2009. Disponível em: < <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/94323>>. Acesso em 27 de mar. de 2017.

⁷⁸ CAMATA, Gerson. *Projeto de Lei do Senado nº 524, de 2009*. Texto Inicial datado de 25/11/2009. Disponível em: < <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/94323>>. Acesso em 27 de mar. de 2017.

⁷⁹ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 105.

⁸⁰ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 106.

⁸¹ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 107.

uma jovem chamada Karen Ann Quinlan, de 22 anos, entrou em coma por motivos nunca descobertos e seus pais diante da situação solicitaram a interrupção dos aparelhos respiratórios e o pedido foi negado pelo médico. Seus pais recorreram então ao Poder Judiciário de New Jersey, fundamentando o pedido de que está era a vontade da filha que foi expressa em conversas anteriores.⁸²

A decisão de primeira instancia negou o pedido, mas já em segunda instancia foi designado pela Corte de New Jersey um Comitê de Ética do Hospital St. Clair para avaliar a paciente. O Comitê, conclui a irreversibilidade do quadro, o que fez a Suprema Corte deferir o pedido dos pais de desligar os aparelhos. Porém, mesmo diante do desligamento dos aparelhos, a jovem Karen ainda viveu por nove anos e veio a óbito devido a uma pneumonia.⁸³

Esse caso teve grande repercussão o que motivou o Estado da Califórnia a criar uma lei que garanta ao paciente o direito de recusar ou interromper determinado tratamento médico e respalde o médico para não sofrer nenhuma ação judicial. Após a Califórnia, outros Estados norte-americanos também positivaram o tema.⁸⁴

Outro caso foi muito importante, pois foi através dele que se criou a primeira lei federal. Trata-se de uma americana de 25 anos, chamada Nancy Beth Cruzan, que sofreu um acidente automobilístico que lhe deixou em coma permanente e irreversível, sendo diagnosticada em Estado Vegetativo Permanente. Diante desse diagnóstico, seus pais pediram que os aparelhos que a mantinham viva fossem desligados, já que essa era a sua vontade que foi expressa á uma colega quando tinha 20 anos.⁸⁵

Os médicos negaram o pedido, alegando que não tinham autorização judicial. Seus pais recorreram ao judiciário e ganharam em primeira instancia, entretanto o Estado recorreu e ganhou em segunda instancia. Então os pais dela, recorreram e em 1990 o caso chegou a Suprema Corte americana no qual deferiu o pedido inicial e mandou o hospital cumprir o desejo da família.⁸⁶

Este caso repercutiu de tal maneira, que os cidadãos se colocavam no lugar de Nancy, o que levou a um clamor social. A busca era para ter seus direitos garantidos até na

⁸² DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 108.

⁸³ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 109.

⁸⁴ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 110.

⁸⁵ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 111.

⁸⁶ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 112.

hora da morte. Foi a partir disso, que os Estados Unidos aprovaram em 1991 a primeira lei federal que reconhece o direito do paciente e distingue o testamento vital de mandato duradouro, ambas as espécies de diretivas antecipadas.⁸⁷

A experiência americana é de grande importância, pois foram o primeiro país a tratar e positivar o tempo servindo de exemplo para os demais países. O Brasil apesar de diferente dos Estados Unidos pode aproveitar e adaptar a forma como vem sendo utilizado para o nosso país.⁸⁸

2.3.2 Sul - Australiana

No ano de 1995, a Austrália do Sul aprovou uma lei geral a qual foi denominada de Ato para Consentimento para Tratamento Médico e Cuidados Paliativos e é dividida em duas partes. A segunda parte trata das Diretivas Antecipadas de Vontade e é subdividida em seis sessões.⁸⁹

A primeira sessão trata sobre quem é competente para decidir a respeito do próprio tratamento, e para tanto utiliza um critério etário, que é o qual permite que as pessoas maiores de 16 anos podem. Já a segunda, afirma que os maiores de 18 anos podem recusar determinados tipos de tratamentos por meio do testamento vital, nos casos terminais e de Estado Vegetativo Permanente. Desse modo, quem tem entre 16 e 18 anos podem tomar decisões sobre o próprio corpo, mas apenas os maiores de 18, podem efetivamente manifestar a sua vontade por meio das DAV.⁹⁰

A terceira sessão regulamenta especificamente o mandato duradouro. E a quarta o tratamento com crianças, no qual é permitido levar em conta a opinião destas. Já a quinta diz respeito aos casos de emergência em que o paciente não deixou expressa a sua vontade. Nesses casos o médico deve utilizar de todos os recursos para salvar a vida. Por ultimo, a sexta sessão trata das formalidades das DAV, que devem ser registradas, criando um Registro Nacional de acesso ao outorgante, do procurador e do médico.⁹¹

⁸⁷ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 113.

⁸⁸ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 114.

⁸⁹ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 115.

⁹⁰ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 116.

⁹¹ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 116.

Essa lei é muito importante para os estudos do testamento vital, pois é bastante detalhada. E significa o reconhecimento da importância de se positivar as DAV. O assunto vem crescendo mundialmente, merecendo uma atenção especial.⁹²

2.3.3 Argentina

A Argentina sofreu bastante influência da experiência norte-americana e espanhola, mas ao contrário destes países, somente nas últimas décadas que vem se posicionando melhor a respeito do tema.⁹³

Um marco importante foi no ano de 2004, no qual o Conselho Diretivo de Escrivães da Província de Buenos Aires aprovou a criação do primeiro Registro de Atos de Autoproteção de Prevenção de uma Eventual Incapacidade. Nele uma pessoa capaz pode deixar registrada a forma pela qual deseja ser tratada, caso fique em um estado de incapacidade.⁹⁴

Já em 19 de dezembro de 2007, a província de Rio Negro promulgou a Lei nº 4.263, que foi a primeira a tratar sobre as diretivas antecipadas. Ela estabelece em seu artigo primeiro o direito que toda pessoa capaz tem de expressar sua vontade a respeito dos tratamentos que pode chegar a precisar em determinadas circunstâncias.⁹⁵

Essa lei previa a criação de um Registro (estadual) de Vontades Antecipadas, em que serão guardadas todas as declarações de vontade antecipadas, que deverão ser anexadas ao prontuário do paciente caso se encontre em estado terminal. A lei prevê também, que as diretivas de vontade são revogáveis expressamente ou tacitamente a qualquer momento, bem como que sua eficácia está incondicionada a vontade contrária a de familiares.⁹⁶

Mas assim como nos outros países a criação do Registro de Atos de Autoproteção de Prevenção de uma Eventual Incapacidade e a Lei nº 4.263, são

⁹² DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 117.

⁹³ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 147.

⁹⁴ DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 147.

⁹⁵ DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 144.

⁹⁶ DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 145-146.

consequências de casos concretos que chegaram a ser decididos pelo Judiciário. Dois casos foram muito importantes.⁹⁷

O primeiro caso ocorreu em 25 de julho de 2006, que trata de um cônjuge que tinha a esposa em estado terminal e que havia feito um ato de autoproteção registrada na província de Buenos Aires. Ele ajuizou a ação pedindo a efetivação do documento, já que sua esposa não queria passar por uma traqueostomia e gastrostomia. Tendo em vista que sua mulher estava consciente o juiz determinou que ela fosse ouvida. Após ratificar a sua vontade, o juiz deferiu o pedido de seu marido, fundamentando sua decisão no direito de proteção à saúde, na autonomia privada e na dignidade da pessoa humana.⁹⁸

O segundo caso chegou a Suprema Corte de Buenos Aires em 9 de fevereiro de 2005, devido a recurso interposto contra a decisão do tribunal de instancia única do foro de família nº 2 de *San Isidoro*. No caso em questão, o curador ajuizou uma ação requerendo a interrupção de alimentação artificial e hidratação da curatelada em Estado Vegetativo Permanente. A Suprema Corte por maioria entendeu pela validade do testamento vital, velando pelo princípio da autodeterminação.⁹⁹

Foi a partir de todos esses acontecimentos, que em 2009 foi aprovada a Lei nº 26.529, que trata dos direitos dos pacientes em sua relação com os profissionais e instituição de saúde. Contudo, essa lei não trata especificamente das Diretivas Antecipadas, pois ela traz apenas um artigo que trata genericamente das Diretivas Antecipadas o que não soluciona os problemas de ordem formal.¹⁰⁰

Desse modo, fica demonstrado que a Argentina vem aprimorando cada vez mais o testamento vital em seu ordenamento jurídico. Apesar de não possuir uma lei específica, já vem sendo utilizado e reconhecido.¹⁰¹

⁹⁷ DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 148.

⁹⁸ DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 149.

⁹⁹ DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 151-152.

¹⁰⁰ DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 153.

¹⁰¹ DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 154.

3 O TESTAMENTO VITAL A LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DIREITOS DE PERSONALIDADE

O que se propõe neste capítulo é a análise do testamento vital a luz dos princípios constitucionais e dos direitos de personalidade. O estudo dos princípios constitucionais do direito à vida, dignidade da pessoa humana e autonomia privada é fundamental, pois eles estão positivados na Constituição Federal, e, portanto, norteiam os demais direitos. Conjuntamente com eles, se faz necessário o estudo dos direitos de personalidade do direito ao próprio corpo e a uma morte digna. E a partir do entendimento de cada um deles que é possível fundamentar a possibilidade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro.¹⁰²

3.1 Princípios Constitucionais

O estudo do testamento vital a luz dos princípios constitucionais é importante. São eles que resguardam todos os valores da sociedade e é o resultado de grandes conquistas ao longo dos séculos. E por isso, se faz necessário o seu estudo, a fim de pensar a possibilidade de o testamento vital ser positivado.¹⁰³

3.1.1 Direito à vida

A Constituição Federal em seu artigo 5º, caput, traz como o primeiro direito fundamental o direito à vida, seguido dos direitos de liberdade, igualdade, segurança e propriedade. O direito à vida é o basilar, pois, trata-se do pressuposto que assegura os demais direitos. E por isso, é dever do Estado criar mecanismos para a proteção do direito à vida e com um grau de qualidade.¹⁰⁴

O direito à vida no artigo 5º da Constituição Federal é previsto de maneira genérica, pois, abrange o direito a não ser morto e a ter uma vida digna. No que se refere ao direito de não ser morto, um dos mecanismos que o Constituinte Originário criou foi a proibição da pena de morte. Já quanto ao direito de ter uma vida digna, é previsto que seja

¹⁰² MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p.73-78.

¹⁰³ SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.117.

¹⁰⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.255.

assegurado a todos os direitos básicos, e a proibição de tratamentos indignos, como a tortura e trabalhos forçados.¹⁰⁵

A importância de se resguardar à vida, contudo, não está somente positivada na Carta Magna, mas também em tratados internacionais de que o Brasil é parte. A Convenção Americana de Direitos Humanos – o Pacto de San José – ratificado pelo Brasil em 2002, em seu artigo 4º, estabelece que a todos devem ser respeitados o direito a vida, a qual deve ser protegida desde a concepção. No mesmo sentido, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, ratificado pelo Brasil em 2002, declaram que “o direito à vida é inerente à pessoa humana, e que deve ser protegido pela lei”.¹⁰⁶

Desse modo, é garantido ao ser humano o direito à vida desde que este surge até o momento de sua morte. E por isso, é possível perceber que o direito à vida tem natureza de defesa e de proteção. Defesa porque impede que os poderes públicos ou qualquer ser humano possa atentar contra a vida de alguém. E de proteção que se refere especificamente ao Estado, que deve ter medidas eficazes para que seja resguardada a vida. Trata-se de um direito e não uma liberdade, não se permite a escolha pelo não viver. A vida deve ser preservada, mesmo que seja contrária a vontade do titular.¹⁰⁷

Por isso a eutanásia é considerada crime no ordenamento jurídico brasileiro, pois ela é incompatível com o direito à vida, mesmo que exista o consentimento do paciente. Contudo, vale ressaltar que diferentemente da eutanásia a ortotanásia não é crime, nem proibida no Brasil. Por isso é tão importante a diferenciação de ambas e o estudo a cerca da possibilidade da ortotanásia ser positivada através do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro. O método da ortotanásia não fere o princípio constitucional do direito à vida, porque não retira a vida da pessoa, mas sim lhe permite a possibilidade de ao prolonga-la a qualquer custo.¹⁰⁸

A questão que se chega então é o fato de que o direito à vida é considerado absoluto, mas que não está acima de todos os outros. Ele deve ser analisado em conjunto, pois um complementa o outro. E é por não ser absoluto e por também ter que ser considerado a dignidade da pessoa humana e a autonomia privada que se permite existir a possibilidade de

¹⁰⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p.74.

¹⁰⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.256.

¹⁰⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.260.

¹⁰⁸ MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2016. p.585.

ser regulamentado o testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro. Pois, por mais que seja um princípio constitucional que deve ser garantido pelo Estado o direito à vida, nos momentos finais dela deve haver uma relativização se essa for à vontade do paciente consciente e bem instruído. Até porque o que se permite através do testamento vital, não é causar a morte, mas permitir que ela aconteça de maneira natural.¹⁰⁹

3.1.2 Dignidade da Pessoa humana

A dignidade da pessoa humana é assegurada no artigo 1º, III, da Constituição Federal. É um princípio basilar da Constituição que foi elevado ao patamar de fundamento do Estado Democrático de Direito atributo garantido a todos, que decorre da própria condição humana, que se refere a um conjunto de direitos existenciais. É o princípio constitucional mais amplo o qual orienta outros princípios, como o da liberdade, igualdade, segurança.¹¹⁰

É um atributo que nasce com o ser humano e que permite a ele ter a garantia de uma vida digna. A doutrina não possui uma definição absoluta que possa conceituar dignidade da pessoa humana. Até porque o Estado deve assegurar o respeito à dignidade das pessoas, não determinar o que seja, visto, pois isso é algo intrínseco a cada um, ou seja, cada pessoa constrói seu próprio entendimento do que consiste em dignidade. E se decorre de um valor subjetivo, se torna muito mais difícil de restringi-lo, devendo ser feito nos casos em que a liberdade ou integridade do outro estejam em risco.¹¹¹

O autor Joaquín Arce y Flórez – Valdés vislumbra no respeito à dignidade da pessoa humana quatro importantes consequências:

“a) igualdade de direitos entre todos os homens, uma vez integrarem a sociedade como pessoas e não como cidadãos; b) garantia da independência e autonomia do ser humano, de forma a obstar toda coação externa ao desenvolvimento de sua personalidade, bem como toda atuação que implique a sua degradação; c) observância e proteção dos direitos inalienáveis do homem; d) não-admissibilidade da negativa dos meios fundamentais para o

¹⁰⁹ FACHIN, Zulmar. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 389.

¹¹⁰ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.135.

¹¹¹ MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos. *O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 151-155.

desenvolvimento de alguém como pessoa ou da imposição de condições subumanas de vida.”¹¹²

Percebe-se desse modo, a importância do princípio da dignidade da pessoa humana. Ele dá tratamento isonômico a todos e permite que sejam assegurados todos os direitos que dele decorrem. Por isso, é entendimento majoritário na doutrina, que é um princípio absoluto. Pois se ele puder ser relativizado, todos os outros direitos também serão o que ocasionará uma grande insegurança jurídica.¹¹³

Isto posto, a dignidade da pessoa humana deve fundamentar os direitos do início ao fim da vida. Um conceito que está intimamente ligado ao da dignidade é o da autonomia. Se for negado a uma pessoa que exerça a sua autonomia, nega-lhe a sua dignidade. Portanto, o limite para a intervenção do Estado é a dignidade do ser humano, visto, pois que a ele só deve interferir para garantir que esse direito seja respeitado.¹¹⁴

Permitir, portanto, que o ser humano por meio do testamento vital abra mão de determinados tipos de tratamento médicos que são considerados fúteis, pois o seu estado de saúde é irreversível, é uma forma de se garantir a dignidade. E isso não fere o direito à vida, uma vez que não está se interrompendo a vida, mas permitindo uma alternativa ao prolongamento desta artificialmente. Por isso o Estado deve interferir o mínimo possível na esfera individual, pois é uma escolha que só cabe a cada um, e que a faz por lhe ser permitido escolhas dignas.¹¹⁵

3.1.3 Autonomia Privada

Quando falamos em autonomia, devemos levar em consideração o contexto histórico. Nos primórdios, era considerada como cada um decidir sobre como conduzir a própria vida e a interferência do Estado era a mínima possível. Contudo, após a Primeira Guerra Mundial, o Estado começa a cada vez mais interferir na esfera privada, havendo uma

¹¹² NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista de informação legislativa*, Brasília, ano. 37 n°.145,p.1-12, jan./mar, 2000. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/568/r145-19.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 4 nov. 2016.

¹¹³ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.p.19-32.

¹¹⁴ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista de informação legislativa*, Brasília, ano. 37 n°.145,p.1-12, jan./mar, 2000. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/568/r145-19.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 4 nov. 2016.

¹¹⁵ MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos. *O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida*. São Paulo: Saraiva, 2012. p.145-161.

superação da autonomia da vontade pela autonomia privada. A autonomia não perde seu fundamento principal que é a liberdade, mas começa a ser analisada em conjunto com outros princípios como o da dignidade da pessoa humana. Razão pela qual se entende que estão voltadas aos aspectos públicos e privadas, patrimoniais e existenciais.¹¹⁶

É importante entender essa evolução no conceito de autonomia porque altera a própria noção de negócio jurídico. Na concepção da teoria da autonomia da vontade, “a pessoa se obriga por meio da declaração de vontade, ficando em segundo plano, outras circunstâncias nas quais o negócio jurídico estivesse inserido.”¹¹⁷ Essa visão se encontra em um momento no qual o sujeito estava fora do contexto social, era extremamente individualista. No entanto, já na noção de autonomia privada entende-se que a vontade do agente não é o único fator determinante do negócio jurídico. Essa teoria entende que “não existe uma ligação automática da vontade a um poder de gerar consequências jurídicas.”¹¹⁸

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, instituiu o Estado Democrático de Direito em seu artigo 1º. Onde o Estado deve preocupar-se com a proteção dos direitos individuais e os direitos coletivos. Porém, os individuais não podem se sobrepuser aos coletivos, o que garante a existência do multiculturalismo. Ou seja, a autonomia privada não é o direito de fazer tudo do jeito que quiser, mas sim buscar seus objetivos nos limites das normas jurídicas que tem por objetivo a intersubjetividade.¹¹⁹

Diante disso, a autonomia privada significa não a liberdade do ser humano de expressar a sua vontade, mas que ao declarar essa vontade tem que estar em conformidade com o ordenamento jurídico para que possa então gerar os efeitos jurídicos esperados. Portanto, somente a vontade de maneira isolada, não tem valor jurídico. Ela deve seguir os preceitos expressos na Constituição, nas leis e conforme a moral e os bons costumes.¹²⁰

A partir da concepção de Ronald Dworkin, de Direito como Integridade, devemos interpretar a prática jurídica como uma política em processo de desenvolvimento. E estando em desenvolvimento, a situação jurídica, se baseia no momento histórico e nas

¹¹⁶ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 8-12.

¹¹⁷ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.53.

¹¹⁸ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.53.

¹¹⁹ DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.13-17.

¹²⁰ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.54.

relações que a sociedade determina que deve ter proteção jurídica. Se dividem em duas formas as situações jurídicas: patrimoniais e existenciais. Mas ambas são tuteladas ao princípio da autonomia privada. A patrimonial mais relacionada à liberdade de negociação e a existencial se relaciona ao princípio da dignidade da pessoa humana.¹²¹

O testamento vital se encontra nas situações jurídicas existências, no que tange o direito ao corpo e o direito de morrer. Uma vez que se aplica não somente a situações de terminalidade, mas a todos os estágios clínicos que coloquem o paciente em situação de fim de vida, como doença terminal, estado vegetativo. E reconhecer que nesses casos a autônoma do paciente deve ser preservada é garantir que a autonomia privada possa ser exercida.¹²²

Atualmente, o Estado cada vez mais intervém na esfera privada dos cidadãos, o que afeta diretamente a autonomia privada de cada um. Até nos momentos finais de vida existe certa limitação, que vem vindo sendo causada também pelos avanços que a medicina vem sofrendo. Os estudos atuais tentam a qualquer custo, conseguir meios para prolongar a vida. “Se outrora os indivíduos encaravam a morte como inevitável e fruto da vontade divina, atualmente e vista como fato a ser evitado, de modo que o sofrimento deixa de ser aceito.”¹²³ E essa dificuldade de aceitar os momentos finais de vida, dificulta a aceitar a vontade do paciente em ter um direito de morrer, ou de viver a própria morte.

E é importante permitir que o paciente consciente e capaz de discernir e expressar livremente a sua vontade seja respeitado. Uma vez que cada pessoa sabe o que melhor para si mesmo. Não cabe ao Estado intervir de maneira que contraria uma decisão tão pessoal. E não se deve preservar a vida a qualquer custo sem que isso signifique garantir uma maior qualidade de vida. Ao Estado cabe intervir o mínimo possível nas decisões de cunho pessoal, devendo ser o garantidor de que a vontade do paciente será respeitada.¹²⁴

3.2 Direitos de Personalidade

Os direitos de personalidade estão positivados na Constituição Federal e no Código Civil. Por meio destes direitos é possível proteger, a essência da pessoa e suas principais características. Os direitos de personalidade são próprios do ser humano, ou seja,

¹²¹ DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.18-20.

¹²² DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 25.

¹²³ DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 26.

¹²⁴ DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.50.

decorre da condição de ser humano. Com os direitos de personalidade, protege-se o que é próprio da pessoa, como o direito à vida, direito à dignidade, direito à liberdade, direito ao próprio corpo, dentre outros. Por isso, é importante o seu estudo a cerca do testamento vital.¹²⁵

3.2.1 Direito ao próprio corpo

Os direitos de personalidade não são *numerus clausus*, ou seja, é um conceito amplo que tem como espécie vários direitos. Mas que tem seu fundamento na tentativa de impedir as intervenções arbitrária do Estado e até mesmo de outros particulares. Por isso são, inalienáveis, impenhoráveis, imprescritíveis, irrenunciáveis, indisponíveis, inatos, absolutos, necessários, vitalícios.¹²⁶

O Código Civil de 2002, quanto aos direitos de personalidade relacionados ao próprio corpo, traz três artigos:

“Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.”¹²⁷

O artigo 13, estabelece que é proibido a disposição do corpo, com exceção de exigência médica para fins de transplante. Já o artigo 14, permite a disposição gratuita do corpo após a morte para fins científicos ou altruísticos. Por fim, o artigo 15 estabelece que ninguém será obrigado a se submeter a tratamento médico ou intervenção cirúrgica. Apesar dos direitos de personalidade serem absolutos, estes artigos trazem exceções, o que demonstra

¹²⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.20.

¹²⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.29-47.

¹²⁷ BRASIL. *Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acessado em : 31 de out. 2016.

certa relatividade. Percebe-se que a autonomia jurídica individual sobre esses direitos vem aumentando cada vez mais na sociedade e no ordenamento jurídico.¹²⁸

Quando falamos de direito ao próprio corpo, estamos nos referindo à integridade física, que abrange a proteção jurídica ao corpo vivo ou morto. Esse direito começa de acordo com o artigo 2º do Código Civil, desde a concepção até a morte. O doutrinador Carlos Roberto Gonçalves, entende que “o direito ao próprio corpo abrange tanto a sua integralidade como as partes dele destacáveis e sobre as quais exerce o direito de disposição.”¹²⁹ Portanto, os atos de disposição são personalíssimos e devem ser preservados, independentemente de vontades contrárias.

O artigo 15 do código civil, acima transcrito, regulamenta o direito de personalidade referente ao próprio corpo quanto às questões dos tratamentos médicos e intervenção cirúrgica. Pois, ao estabelecer que ninguém pode ser constrangido a se submeter a intervenções médicas, tem como fundamento o princípio da bioética, o princípio da autonomia, que visa respeitar a vontade de cada porque entende-se que só a própria pessoa possa entender o que seja melhor para si. Esse artigo se baseia também no princípio da alteridade, que entende que todos somos diferentes e devemos respeitar essas diferenças. Portanto, respeitar a liberdade é garantir a dignidade.¹³⁰

Diante disso, o artigo 15 permite que o paciente decida se quer ou não passar por determinado tipo de tratamento ou intervenção cirúrgica que possa oferecer algum tipo de risco, ou não. Contudo, para fazer essa recusa é necessário que o paciente esteja no gozo pleno de suas capacidades físicas e mentais. Cabe ressaltar que o simples fato de estar doente, não torna uma pessoa incapaz. Isso ressalta mais uma vez resalta a autonomia que a pessoa tem sobre o seu próprio corpo, que só não poderá ser dispensado quando for impossível expressar o seu consentimento. Nesses casos, os médicos são obrigados a prestar todo o tipo de assistência médica.¹³¹

¹²⁸ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.170.

¹²⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: Parte Geral*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.v.1, p.198.

¹³⁰ RODRIGUES, Silvio. *Direitos civil*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. V.1. p.87.

¹³¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.204.

Se a pessoa pode se opor a determinados tipos de tratamentos e intervenções cirúrgicas, afirma a autora Roxana Borges que “se conclui que a pessoa pode dispor de sua integridade física (de sua saúde e até de sua vida) indiretamente, ao se opor a tratamento com potencial de curá-lo ou de prorrogar-lhe o tempo de vida, isto posto porque a vida é um direito e não um dever.”¹³² Devem ser respeitados os desejos do paciente, mesmo que isso não lhe prolongue a vida.

A autora Roxana Borges entende que a intervenção médica deve se sobrepor a vontade do paciente, tendo em vista que a vida é um bem maior. Para essa corrente a liberdade de escolha deve ser relativizada. Entretanto, esse não vem sendo o entendimento majoritário. Apesar dos grandes avanços médicos, o paciente não deve ser forçado a se submeter a todo tipo de intervenção. Cabe a ele, a partir do momento em que tenha o entendimento esclarecido decidir o que melhor deseja. Mas para garantir uma maior eficácia tanto para o paciente, tanto para resguardar o médico, a melhor forma de expressar seu desejo é deixar escrito, por meio do testamento vital.¹³³

Portanto, se o paciente expressou sua vontade após ter sido devidamente esclarecido, cabe ao médico respeitar. Porque conforme a Constituição Federal, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa se não em virtude de lei, como o paciente não está obrigado a receber todos os tipos de tratamentos, pois não está positivado em nenhuma lei, sua vontade deve ser cumprida.¹³⁴

3.2.2 Direito à Morte Digna

O nascimento com vida permite ao ser humano ser dotado de direitos, dos quais, muitos só poderão ser exercidos quando alcançar a maior idade. E se encerram com a morte, que atualmente vem sendo definida com a morte cerebral. Com os avanços da medicina, a aceitação da morte vem sendo alterada de modo que, ela já não é aceita de maneira natural. Atualmente, o que prevalece é que a vida tem que ser mantida a qualquer

¹³² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.205.

¹³³ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.207.

¹³⁴ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.208.

custo. E isso dificulta bastante, a aceitação de familiares da vontade do paciente que decide abrir mão de determinados tipos de tratamentos médicos que são tidos como inúteis.¹³⁵

Certos tipos de tratamentos podem manter as pessoas vivas por tempo indeterminado de maneira artificial, não alterando em nada seu quadro clínico. Na prática não proporciona benefício algum ao paciente. A questão então é se com esses métodos estamos realmente prolongando a vida, ou a morte. Em determinados tipos de situações “os tratamentos médicos se tornam um fim em si mesmo, e o ser humano é ignorado. A atenção tem seu foco no procedimento, na tecnologia, não na pessoa que padece.”¹³⁶ Quando ocorre essas situações, em que se prima pelos avanços médicos, há uma grande probabilidade de se sujeitar o paciente a medidas desproporcionais.¹³⁷

A Constituição Federal, por mais que tenha como princípio basilar o direito à vida, ela também garante o direito à dignidade ao ser humano. Aceitar que a morte chega para todos ajuda a entender e aceitar que esse é um fenômeno natural pelo qual todos irão passar. Por isso, é um direito personalíssimo, individual, o direito à morte digna. Cada um é capaz de tomar suas próprias decisões, e é um direito do paciente decidir não se submeter a determinado tratamento médico.¹³⁸

Prolongar a vida através da medicina nem sempre é sinônimo de cura, ou de qualidade de vida. Garantir que se tenha o direito de ter uma morte digna é dever do Estado, no qual não deve interferir a não ser para preservar esse direito. Tratar o princípio do direito à vida, significa obrigar as pessoas a continuarem vivos a qualquer custo. Contudo, ele deve ser relativizado pelo direito personalíssimo de ter uma morte digna.¹³⁹

O que se almeja, portanto, é a reapropriação da morte pelo próprio doente. É o fato de se alcançar uma qualidade de vida até nos momentos finais da vida, é realmente ter

¹³⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.230-231.

¹³⁶ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.231.

¹³⁷ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.231.

¹³⁸ OLIVEIRA, Ariane Fernandes; SZLACHTA Luna Carla Sá. *Direito à Morte Digna no Brasil*. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/direito_a_morte_digna_do_brasil.pdf>. Acessado em: 31 de out. 2016.

¹³⁹ OLIVEIRA, Ariane Fernandes; SZLACHTA Luna Carla Sá. *Direito à Morte Digna no Brasil*. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/direito_a_morte_digna_do_brasil.pdf>. Acessado em: 31 de out. 2016.

direito á uma morte digna. O que não deve ser confundido com o direito à morte, no qual se buscam intervenções que causem a morte, como por exemplo, a eutanásia ou auxílio ao suicídio. Quando se reivindica o direito a morrer dignamente, é com base nos direitos de personalidade e princípios constitucionais da dignidade da pessoa e da autonomia privada. Desse modo, não é qualquer tipo de procedimento, mas aqueles que buscam reconhecer a liberdade do paciente em deixar a morte acontecer de uma maneira natural.¹⁴⁰

O principal ponto a ser discutido na questão do direito à vida e do direito a morte digna é o de dignidade humana. É esse princípio que é violado quando um paciente é obrigado a se submeter a determinado tipo de tratamentos médicos. De acordo com a doutrinadora Roxana Borges “a pessoa tem a proteção jurídica de sua dignidade, e, para isso, é fundamental o exercício do direito de liberdade, o direito de exercer sua autonomia e de decidir sobre os últimos momentos de sua vida, a qual deve ser respeitada.”¹⁴¹

Outro principio que baseia o direito à morte digna é o da não futilidade, pois ele se baseia no fato de se evitar tratamentos que sejam fúteis e que somente prolongam a vida, sem benefício algum. E isso não significa que se provocará a morte, mas sim que ela vai acontecer, pois é algo intrínseco a natureza humana, e muitas vezes a melhor decisão é aceitar e não á evitar por meios artificiais que só vão prolongar mais ainda o sofrimento.¹⁴²

Isto posto, o direito de personalidade a ter uma morte digna, se fundamenta nos princípios da dignidade, autonomia e não futilidade, pois é uma decisão que não viola nenhuma lei do ordenamento jurídico brasileiro, mas que permite ao paciente não se manter vivo a qualquer custo. É aceitar que a morte acontece e encará-la da melhor maneira permite ter dignidade e qualidade até nos momentos finais de vida.

¹⁴⁰ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.232.

¹⁴¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.233.

¹⁴² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.233.

4 A ESCADA PONTEANA E O TESTAMENTO VITAL

A escada ponteana é composta por três planos: o da existência, validade e eficácia. Para que o negócio tenha repercussão no ordenamento jurídico brasileiro, ele precisa de elementos para existir, de requisitos para ser válido e fatores de eficácia para ser eficaz. Não deve ocorrer confusão entre os três planos, visto que, cada um possui as suas especificidades. No entanto, possui uma relação, um atinge a esfera do outro. E esses serão os objetos de estudo do presente capítulo, visto que é importante analisar a possibilidade do testamento vital a luz da escada ponteana.¹⁴³

4.1 Plano da Existência

Primeiramente, a análise do negócio jurídico é feito a partir do plano da existência, ou seja, para que ele seja válido e eficaz, primeiro tem que existir. Dessa forma, a existência trata-se de uma questão prévia. Para aferir a existência do negócio, devem ser verificados alguns elementos. Esses elementos podem ser gerais, quando comuns a qualquer tipo de negócio; categoriais, quando próprio de cada tipo de negócio; ou particulares, quando existem em um determinado tipo de negócio. Podemos extrair do artigo 104 do Código Civil os elementos gerais, que são essenciais a todos os negócios jurídicos. São eles: agente, objeto e forma. A falta de qualquer um desses torna inexistente o negócio jurídico. Se, é inexistente, nem no mundo jurídico adentrou.¹⁴⁴

Existe uma divergência doutrinária em relação à vontade. Para alguns doutrinadores a manifestação de vontade não é um elemento propriamente da escada ponteana, pois ela é um pressuposto antecedente. Já para outros, é um dos elementos integrantes do plano da existência. Feita está ressalva, analisaremos cada um dos elementos do plano existencial. Inicialmente, falaremos da vontade, mesmo diante da divergência doutrinária é um ponto relevante e essencial ao negócio jurídico. No tocante ao plano da existência, a análise será feita do ponto de vista de que é elemento existencial, já a maneira na qual ela se exterioriza será estudada como requisito do plano da validade.¹⁴⁵

¹⁴³ AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.29-30.

¹⁴⁴ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 7.ed. São Paulo: Forense, 2016, p.236.

¹⁴⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.31-34.

Destarte, é necessário que a vontade seja manifestada, ou seja, as partes devem expressar o seu interesse em realizar tal negócio para que ele possa começar a ter efeitos jurídicos. A doutrina entende que quando a manifestação de ambas as partes coincidem, há um consenso, que permite a realização do negócio jurídico. Dessa forma, no caso do testamento vital, o primeiro passo é o sujeito externar a sua vontade de não se submeter a todos os tratamentos médicos. Ele precisa deixar claro a sua vontade, que antes só pertencia ao seu inconsciente, para todos ao seu redor.¹⁴⁶

Vale ressaltar que o silêncio não representa manifestação de vontade, e, portanto, quem cala não nega, contudo, também não afirma. A regra, portanto, é “quem cala não consente”, pois para ser válida a vontade tácita devem às circunstâncias ou os usos a autorizarem e não for necessária a declaração de vontade expressa, conforme previsto no artigo 111 do Código Civil. Ou seja, o silêncio só produz efeitos se estiver acompanhado de outros fatores externos. Sendo assim, o silêncio não pode ser confundido com a forma tácita. É relevante esse aspecto, visto que o testamento vital se enquadra na regra, pois o silêncio nesses tipos de situações referentes ao fator vida não podem ser manifestados pelo silêncio.¹⁴⁷

4.1.1 Agente

O primeiro elemento do plano da existência é o agente, que pode ser pessoa física ou jurídica. É essencial que se tenha um sujeito, que a partir de uma vontade interior tenha a vontade de exteriorizá-la. Sem o agente não podemos falar em ato jurídico, mas sim, de fato jurídico em sentido estrito (todo e qualquer fenômeno que são involuntários a vontade dos agentes). O agente é o ponto de partida, pois é através dele e por ele que ocorrerá o negócio jurídico. No testamento vital, o agente pode ser um indivíduo sadio, que por querer se prevenir e ter opinião formada decida realizar o testamento vital, ou o paciente, ressaltado a análise dos outros elementos.¹⁴⁸

4.1.2 Objeto

Tem se por objeto, o conteúdo do negócio jurídico. Em regra, as partes têm a liberdade de estipular o objeto do contrato. No entanto, existem casos em que é resultado de outras fontes, como por exemplo, a lei no caso do casamento. O objeto pode ser de utilidade

¹⁴⁶ VENOSA, SÍLVIO DE SALVO. *Direito Civil: parte geral*. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2017, p.375-379.

¹⁴⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: parte geral*. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.397-398.

¹⁴⁸ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 7.ed. São Paulo: Forense, 2016, 73-83.

física ou ideal. Todos os elementos constantes no negócio jurídico integram o objeto. É o caso de cláusulas que estipulem o preço, condições. Ou seja, tudo que abrange as regras estabelecidas do contrato é o objeto. O objeto principal do testamento vital é a estipulação de quais tratamentos fúteis o agente abre mão de ser submetido em casos que esteja impossibilitado de manifestar a sua vontade.¹⁴⁹

4.1.3 Forma

A forma é todo meio pelo qual as partes exteriorizam a sua vontade, independente de ser escrita, verbal, ou qualquer outro mecanismo em que se pode manifestar a vontade dos agentes. Todo negócio pressupõe uma forma mínima para que seja existente. Todavia, se é livre ou vinculada já é objeto de estudo do plano da validade. Desse modo, a forma é o mecanismo pelo qual se exterioriza a vontade, porque enquanto ela permanece no consciente, não tem relevância para o mundo jurídico. Somente quando o ser humano decide expressar a sua vontade é pela forma que ele o faz.¹⁵⁰

Destarte, a forma pode ser expressa ou tácita. É expressa quando se deixa claro por meios de palavras (escritas ou verbalmente) a vontade dos agentes. E é tácita quando por meio das atitudes das partes manifestam a sua vontade. Cabe ressaltar que a ausência de forma, por mínima que seja, atinge o plano da existência. Mas a inobservância de uma forma estabelecida em lei alcança o plano da validade. No que se refere ao testamento vital, por não estar positivado no ordenamento jurídico brasileiro, não existe uma forma específica. Portanto, vale para ele a liberdade das formas, sendo necessário somente que sejam utilizados os meios de formas expressas, não devendo ser tácito. Para garantir maior eficiência e vinculação a todos.¹⁵¹

Desse modo, no que se refere ao primeiro plano, o da existência, em que são necessários os elementos, agente, objeto e forma, o testamento vital é capaz de preencher todos e existir. Superado o primeiro plano, verificaremos se possui todos os requisitos para assim poder ser válido.

¹⁴⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.134-139.

¹⁵⁰ MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado: parte especial*. Tomo III. São Pulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 443-444.

¹⁵¹ VENOSA, SÍLVIO DE SALVO. *Direito Civil: parte geral*. 17.ed. São Paulo: Atlas,2017, p.382-384.

4.2 Plano da Validade

Quando falamos em validade, reconhecemos que as relações não só existem como fenômeno, mas também tem repercussão no mundo jurídico. Só podemos dizer que tem repercussão jurídica, aquilo que existe. Portanto, primeiramente devem estar preenchidos os elementos do plano da existência para que possam ser preenchidos os requisitos do plano da validade. Desse modo, existe uma relação entre o plano da existência e o da validade, porque os requisitos do plano da validade são as chamadas “qualidades-adjetivos” dos elementos do plano da existência. Portanto, se os elementos são o agente, objeto e forma, os requisitos são: agente capaz e legítimo, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa na lei.¹⁵²

Esses requisitos estão expressos no artigo 104 do Código Civil e na falta de um deles o negócio jurídico será inválido. Os efeitos da invalidade é tornar aqueles atos nulos. E a nulidade ela pode ser absoluta (de pleno direito) ou relativa (anulável), estas hipóteses também são previstos no Código Civil, nos artigos 166, 167 e 171. Além disso, a nulidade pode ser total ou parcial. No primeiro caso, atinge todo o negócio, já no segundo só atinge parte do negócio. Essa diferenciação é importante, pois como prevê o artigo 184 do CC, “respeitada à intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal.”¹⁵³ Portanto, se por exemplo, uma cláusula penal for nula ela não invalida todo o negócio pois é acessória.¹⁵⁴

De acordo com Pontes de Miranda, o momento em que devem ser analisados os pressupostos de validade são:

“a) Os pressupostos concernentes à capacidade civil de quem promete, ou é destinatário do negócio jurídico, ou dispõe, são os do momento da formação do negócio jurídico, sem importar a capacidade ou incapacidade superveniente, pois a sentença que fixa, extunc, a eficácia da interdição combina declaração e desconstituição, desmentindo a capacidade que acaso se haja afirmado. b) A capacidade de direito de quem é destinatário do negócio jurídico, a existência e a juridicidade do objeto, e a idoneidade objetiva negocial, têm-se de verificar assim no momento em que se conclui o negócio jurídico como desde aquele em que começa a ter eficácia.”¹⁵⁵

¹⁵² RODRIGUES, SILVIO. *Direito Civil: parte geral*. 34.ed. São Paulo Saraiva, 2007. p.186-190.

¹⁵³ BRASIL. Presidente da República. Lei nº 10.4062.848, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso no dia 15 de março de 2017.

¹⁵⁴ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 7.ed. São Paulo: Forense, 2016. p.237-247.

¹⁵⁵ MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado: parte especial*. Tomo IV. São Pulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.178.

Feita essa introdução, passaremos ao estudo pontual dos requisitos da validade, mas preliminarmente, será abordado assim como no plano da existência, à vontade, que no plano da validade deve ser livre e sem vícios.¹⁵⁶

A manifestação de vontade é requisito basilar e está fundamentada no princípio da autonomia privada. Ou seja, as pessoas têm o direito de fazer as suas escolhas. E é por ter essa liberdade, que os sujeitos podem demonstrar a intenção em realizar o negócio jurídico. Por isso, ela pode ocorrer de maneira expressa (escrita ou verbal) ou tácita (quando um comportamento do agente importa em concordar ou anuir). O Código Civil traz três artigos importantes a respeito da vontade, quanto à interpretação dos contratos e negócios jurídicos em geral. O primeiro, é o artigo 112 que estabelece que “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.”¹⁵⁷ Ou seja, é mais importante a vontade das partes do que o previsto no instrumento. Isso porque, muitas vezes a real intenção não está explícita no vocabulário utilizado. Mas não significa que a linguagem deverá ser desprezada, somente que não se pode ficar preso ao sentido literal da expressão. O segundo é o artigo 113, o qual afirma que “os negócios jurídicos devem ser interpretados de acordo com a boa-fé e o uso do lugar de sua celebração.”¹⁵⁸ Com isso, o legislador está preservando a conduta das pessoas que agem com lealdade e com condutas esperadas pela sociedade. Por isso, a doutrina entende que se trata da boa-fé objetiva, que prisma pela função social dos negócios. Por fim, o artigo 114 estabelece que “os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.”¹⁵⁹ Desse modo, não se pode ampliar o sentido, como no caso de doação.¹⁶⁰

Conforme Sílvio de Salvo Venosa, existem duas teorias a respeito da vontade, “a primeira, chamada de teoria da vontade, entende que se deve perquirir a vontade interna do agente, sua real intenção. A segunda é a teoria da declaração, a qual afirma que não há que se investigar o querer interior do declarante, bastando deter-se na declaração em si.”¹⁶¹ Tendo em vista estas teorias, entende-se que não há um consenso, porque existe a hipótese de que o que foi transmitido não corresponde ao que foi pensado. Mas, de todo modo, a vontade

¹⁵⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.365-368.

¹⁵⁷ BRASIL. Presidente da República. *Lei nº 10.4062.848, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso no dia 15 de mar. de 2017.

¹⁵⁸ BRASIL. Presidente da República. *Lei nº 10.4062.848, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso no dia 15 de mar. de 2017.

¹⁵⁹ BRASIL. Presidente da República. *Lei nº 10.4062.848, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso no dia 15 de mar. de 2017.

¹⁶⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.74-90.

¹⁶¹ VENOSA, SÍLVIO DE SALVO. *Direito Civil: parte geral*. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2017, p.375.

deve ser manifestada e ser direcionada a realização do negócio e caso ocorram divergência, caberá ao juiz caso a caso analisar qual vontade deve predominar em casos no qual foi exteriorizada de maneira contrária a qual se queria realmente. A vontade na hora da elaboração do testamento vital tem que cumprir os requisitos do plano da validade. Deve ser livre, sem vícios e possui uma característica a mais nesse requisito, tem que ser esclarecida. Pois a vontade só pode ser manifestada de maneira plena quando se tem o devido conhecimento do que está se abrindo mão. Assim, na hora de declarar a sua vontade em realizar o testamento vital, as pessoas devem conversar com um médico e um advogado para que possa ser esclarecida todas as dúvidas.¹⁶²

4.2.1 Capacidade e legitimidade do agente

No ordenamento jurídico brasileiro, o artigo 1º do Código Civil estabelece que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.”¹⁶³ A capacidade se divide em de direito ou de gozo e de fato ou de exercício. A primeira é reconhecida a todos sem qualquer distinção. E a segunda, refere-se à aptidão para exercer por si mesmo os atos da vida civil, que em regra adquirimos ao completar 18 anos. Quem possui as duas capacidades, diz-se que tem capacidade plena, quem pelo contrario só possui a de direito, possui capacidade limitada e se denomina de incapaz. A incapacidade pode ser absoluta ou relativa, e estão previstos nos artigos 3º e 4º do CC. Para realizarem qualquer ato devem ser representados ou assistidos. Importante destacar que para o Código Civil, um ato praticado por um absolutamente incapaz sem a devida representação é nulo e pode ser alegado por qualquer interessado e decretado de ofício. No entanto, o praticado por relativamente incapaz sem a assistência é anulável e só pode ser invocada pelas partes envolvidas e não pode ser decretada de ofício.¹⁶⁴ Ressalva Pontes de Miranda que “o negócio jurídico anulável por falta de capacidade não se torna válido se o figurante adquire capacidade: é preciso que a pessoa tornada capaz o ratifique. Se há limitação ou restrição do poder de dispor, é cessada a ineficácia com o fim da limitação ou restrição.”¹⁶⁵

¹⁶² VENOSA, SÍLVIO DE SALVO. *Direito Civil: parte geral*. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2017, p.375-377.

¹⁶³ BRASIL. Presidente da República. *Lei nº 10.406/2002, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso no dia 15 de março de 2017.

¹⁶⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*, vol. 1. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.96-97; 109-116.

¹⁶⁵ MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado: parte especial*. Tomo IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.198.

Desse modo, é requisito indispensável que a pessoa física ou jurídica seja plenamente capaz para praticar e celebrar negócios jurídicos. Mas, além da capacidade, também tem que ter legitimidade, que é a aptidão para praticar determinados atos específicos. Posto que, uma pessoa pode estar no pleno gozo da sua capacidade, mas possui algum impedimento para realizar determinado ato por razões de ordem social ou pública. Esse requisito, quanto ao testamento vital, vai mais além. Pois a doutrina entende que o agente na elaboração do testamento vital tem que ter discernimento, que é o conseguir fazer distinções, saber receber uma informação e ser capaz de fazer um juízo de valor sobre esta. Capacidade de fato não é sinônimo de discernimento, porque é possível que uma pessoa no pleno gozo das suas capacidades não possua discernimento, e o contrário também é possível. A questão primordial no testamento vital é que na sua manifestação, o agente tem que ter plena consciência da sua decisão, e não que está enquadrado no conceito de capacidade civil. Todavia, essa distinção só se demonstra relevante nos casos de pessoas incapazes. Quanto aos absolutamente incapazes, estes não podem realizar o testamento vital. Mas existe divergência quanto aos relativamente incapazes. Entende-se que o testamento vital pode sim ser realizado por um relativamente incapaz, desde que tenha sido autorizado pelo juiz. Portanto, a capacidade não é requisito limitador do testamento vital desde que respeitado o requisito específico do discernimento.¹⁶⁶

4.2.2 Objeto lícito, possível, determinado ou determinável

Estabelece o artigo 166, II, do Código Civil que “é nulo o negócio jurídico quando o seu objeto é ilícito, impossível ou indeterminado.”¹⁶⁷ Desse modo, primeiramente o objeto deve ser lícito. Ou seja, não pode contrariar a lei, a ordem pública, à boa-fé, bons costumes e a função social e econômica. Desse modo, dizer que o objeto do negócio tem que ser lícito é o mesmo que dizer que deve ser idôneo. Isso, independente de ser bem imóvel ou móvel, material ou imaterial. Porque um objeto que seja inidôneo não pode ser tutelado pelo Estado.¹⁶⁸

O objeto também deve ser possível, contudo, cabe ressaltar que a impossibilidade pode ser relativa ou absoluta. E somente esta última que gera a invalidade do

¹⁶⁶ VENOSA, SÍLVIO DE SALVO. *Direito Civil: parte geral*. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2017, p.380-381.

¹⁶⁷ BRASIL. Presidente da República. *Lei nº 10.406/2002, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso no dia 15 de mar. de 2017.

¹⁶⁸ MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado: parte especial*. Tomo IV. São Pulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 232-33; 244-245.

negócio, pois prevê o artigo 106 do CC, que se “inicialmente a impossibilidade relativa não invalida o negócio, nem se cessar antes de realizada a condição a que ele estiver subordinado.”¹⁶⁹ O legislador buscou com esse artigo, preservar a autonomia da vontade, estabelecendo o princípio da conservação negocial ou contratual. É importante esclarecer também, que dizer que o objeto é possível se refere ao campo fático de forma física ou jurídica.¹⁷⁰

Por fim, o objeto deve ser determinado ou determinável. Essa imposição é com a finalidade de garantir a segurança jurídica do negócio, devido ao fato de as partes terem o conhecimento do objeto que estão negociando. Mesmo nos casos em que o objeto é somente determinável, se tem uma noção do que se está sendo estipulado, a partir de características mínimas. É necessário também, caso haja, a necessidade de uma das partes executar o contato.¹⁷¹

Portanto, temos que o segundo requisito do plano da validade é o objeto ser lícito, possível, determinado ou determinável. O objeto do testamento vital é à disposição dos tratamentos fúteis nos casos de ortotanásia. A questão que se incide nesse aspecto é se ao dispor destes tratamentos, estaria se dispondo da própria vida. E está não pode ser objeto de disposição, haja vista que é direito constitucional à vida, sua natureza é de proteger e resguardar o bem jurídico mais importante, não é um direito que se permite escolher. Contudo, não é um direito absoluto e que está acima de qualquer outro. Ele deve ser analisado em conformidade com todos os outros do ordenamento jurídico. No caso específico do testamento vital, deve ser levada em conta a dignidade da pessoa humana e a autonomia privada. Mas o entendimento é de que não está se permitindo optar por abreviar a vida como ocorre na eutanásia. A questão é que a morte é um evento natural pelo qual todos passarão um dia, e aceitar que em determinados casos que a medicina se demonstra insuficiente é permitir não prolongar a vida a qualquer custo. É assegurar o direito a uma morte digna, com menos sofrimento. Portanto, o objeto do testamento vital é lícito, pois não contraria nenhuma norma jurídica, e está em conformidade com os bons costumes, ou seja, é idôneo. A partir do momento que não está se dispondo da vida como nos casos de eutanásia. Também é possível, visto que, esta dentro das possibilidades físicas e jurídicas a permissão de se suspender os

¹⁶⁹ BRASIL. Presidente da República. *Lei nº 10.4062.848, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso no dia 15 de mar. de 2017.

¹⁷⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: parte geral*. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.416-417.

¹⁷¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.p.134-138.

tratamentos fúteis em conformidade com a vontade do paciente. E por fim, é determinado, pois o sujeito especifica quais os tipos de tratamento ele deseja não ser submetido.¹⁷²

4.2.3 Forma prescrita ou não defesa em lei

Dispõe o artigo 107 do CC que “a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.”¹⁷³ O legislador primou pelo princípio da liberdade das formas, uma vez que em regra a lei não determina uma forma exata, consagrando dessa forma a garantia da autonomia privada. E também pelo fato de não ser possível que o Estado preveja todos os tipos de relações entre os sujeitos. Todavia, há casos em que a lei estipula uma forma específica, com o intuito de garantir a autenticidade do negócio, para que sirva de instrumento de prova, bem como para garantir a segurança jurídica. Logo, a regra é que não necessita de forma especial, mas existem exceções, em que são exigidas formas específicas para determinado ato.¹⁷⁴

É relevante saber que formalidade e solenidade não são sinônimas. A formalidade é o conjunto de atos que a lei exige para a realização do negócio. Já a solenidade é a necessidade de ato cartorial. A ausência de forma especial quando determinada em lei é causa de nulidade, mas a ausência de formalidade nem sempre gerará a nulidade, pois em determinados casos o juiz deve analisar e primar pela vontade das partes ao estipularem o negócio jurídico. A solenidade não só decorre da lei, mas as partes também podem estipular que para gerar seus efeitos o negócio deve ser feito por instrumento público. A forma referente ao testamento vital não foi estabelecida, pois não existe uma lei que o regulamente. Desse modo, atualmente o testamento vital, pode ser feito por qualquer forma mínima que o possibilite estar sendo demonstrado. Contudo, como já exposto no capítulo primeiro, Luciana Dadalto, entende que seria necessário que o testamento vital fosse lavrado por escritura pública perante um notário. Visando garantir maior segurança jurídica para o próprio paciente, assim como para o médico e aos familiares. Mas, enquanto o tema não for positivado pode ser feito sem solenidade alguma.¹⁷⁵

¹⁷² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*: parte geral. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.244-245.

¹⁷³ BRASIL. Presidente da República. *Lei nº 10.406/2002*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso no dia 15 de mar. de 2017.

¹⁷⁴ MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*: parte especial. Tomo IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.265-272.

¹⁷⁵ RODRIGUES, SILVIO. *Direito Civil*: parte geral. 34.ed. São Paulo Saraiva, 2007. p.277-281.

Posto isto, no segundo plano, o da validade, o testamento vital é plenamente apto a preencher todos os requisitos estabelecidos no artigo 104 do Código Civil. Visto que, o agente bem mais que ser capaz e legítimo tem que ter o discernimento. O objeto é lícito, possível e determinado, não violando norma jurídica, porque ocorre somente nos casos de ortotanasia e não está dispondo diretamente da vida, mas se permitindo usufruir da liberdade de escolha por uma morte digna. E quanto à forma, não se exige nenhuma especialidade devendo somente ser ao menos escrita. Desse modo, após demonstrar que existe, aqui ficou evidente que também é válido o testamento vital, sendo necessário por fim a sua análise quanto ao terceiro plano.¹⁷⁶

4.3 Plano da Eficácia

Após preenchidos os elementos do plano da existência e os requisitos do plano da validade, e que se pode falar a respeito do plano da eficácia. Dizer que é eficaz, significa dizer que está apto a produzir efeitos no mundo jurídico. Destarte, precisa ter passado pelos planos da existência e validade porque assim a base do negócio está consolidada, pronta para produzir seus efeitos. Entretanto, quando não produz, é denominado ineficaz. Existe uma distinção entre ineficácia e indiferença ou consequência assim não podem ser confundidas, pois não são sinônimas. A ineficácia se refere à vontade que foi manifestada e desta não surtiu efeitos, já a indiferença pode ser ineficaz, mas gerar consequências.¹⁷⁷

Destarte, é imprescindível que o negócio não esteja subordinado a um evento futuro, para que já possa surtir efeitos imediatamente depois de passados os planos da existência e da validade. Entretanto, se for estipulados eventos futuros subordinadores da eficácia são denominados pela doutrina como elementos acidentais limitadores da eficácia do negócio jurídico, e são: termo, encargo e condição. Eles, como estudaremos, limitam de alguma maneira a plena eficácia dos negócios.¹⁷⁸

Antes, é relevante, fazer referência a afirmação de Pontes de Miranda, quanto ao termo e condições:

¹⁷⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: parte geral*. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. P.245-247.

¹⁷⁷ MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado: parte especial*. Tomo V. São Pulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.131-135.

¹⁷⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.p.49-59.

“são determinações temporais, inexas. Inexam-se à manifestação de vontade, para que o efeito ou os efeitos dos atos jurídicos somente se dêem, a começar-se de termo inicial, ou somente durem até que acontecimento futuro e certo se dê (termo final), ou para que o efeito ou os efeitos dos atos jurídicos somente comecem a partir-se de acontecimento futuro e incerto (condição suspensiva), ou durem até que acontecimento futuro e incerto se dê (condição resolutiva). A eficácia do termo ou da condição pode, além disso, ir ao passado. A expressão “determinação inexa” evita que se introduza o sentido de acessoriedade: não há relação de acessório a principal entre o ato jurídico e a condição ou o termo; há todo inseparável, a inexão é integral.”¹⁷⁹

4.3.1 Termo

De acordo com Pablo Stolze, “o termo é o acontecimento futuro e certo que subordina o início ou o término da eficácia jurídica de determinado ato negocial.”¹⁸⁰ Desse conceito extrai-se duas características fundamentais e diferenciadoras do termo: futuro e certo. Ou seja, se prevê um prazo para que possa surtir seus efeitos. O termo pode ser classificado em inicial e final. É inicial quando alguns efeitos têm prazo estipulado para começar. Conforme o artigo 131 do Código Civil, “o termo inicial suspende o exercício, mas não a aquisição do direito.”¹⁸¹ Desse modo, a estipulação de um prazo inicial subordina o exercício, mas não impossibilita a obtenção dos direitos e deveres emanados do negócio. É final quando se estipula um prazo em que os efeitos que estão se produzindo, deixa de produzir. A doutrina classifica em três categorias a possibilidade de estipulação do termo. A primeira é a convencional, a qual é estabelecida por ambas as partes. A segunda é a legal, que é exigida por lei. E por último, a de graça, que é a estabelecida por determinação judicial. De acordo com as características do termo, qual seja ser subordinado a evento futuro e certo, percebe-se não ser possível estar presente no testamento vital. Uma vez que não se pode estabelecer um termo inicial ou final, pois não se pode precisar que a pessoa irá ter e quando uma doença incurável, ou se encontre em estado vegetativo permanente ou qualquer outra

¹⁷⁹ MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado: parte especial*. Tomo V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.163-165.

¹⁸⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: parte geral*. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.p.489.

¹⁸¹ BRASIL. Presidente da República. *Lei nº 10.406.2.848, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm >. Acesso no dia 15 de mar. de 2017.

situação em que seja aplicável o testamento vital. Sendo assim, o termo não se demonstra poder ser aplicado no testamento vital.¹⁸²

4.3.2 Encargo

De acordo com Caio Mario, o encargo “é uma restrição à vantagem criada para o beneficiário de um negócio jurídico gratuito quer estabelecendo o fim a que se destina a coisa adquirida quer impondo uma obrigação ao favorecido em benefício do próprio instituidor, ou de terceiro, ou da coletividade anônima.”¹⁸³ Importante, esclarecer que não tem caráter de contraprestação. Ao contrário do termo, o encargo não suspende nem o exercício nem a aquisição dos direitos, salvo os casos em que foi firmado como condição suspensiva, é o que prevê o artigo 136 do CC. No caso de descumprimento do encargo gera a possibilidade da revogação ou cobrança da execução judicialmente. Pelas características apresentadas do encargo, percebe-se que também não é possível ser estipulado no testamento vital, visto que o testamenteiro não estipula nenhuma vantagem.¹⁸⁴

4.3.3 Condição

Estabelece o artigo 121 do CC que “considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto.”¹⁸⁵ Diferencia-se, portanto, do termo por ter como característica principal a incerteza. É significativa também a característica de ocorrer futuramente, não podendo ser estabelecida condições referentes ao passado ou ao presente. Ao se estabelecer uma condição, não se tem certeza sobre o futuro, por isso, quando ela ocorre é eficaz. A condição integra o conteúdo da relação, assim como a própria manifestação de vontade, não há que se falar em acessoriedade. Nos atos em que se estipula uma condição, está é o fator

¹⁸² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*- vol. I. 30.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.p. 481-484.

¹⁸³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*- vol. I. 30.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.p. 486.

¹⁸⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*: parte geral. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.492-494.

¹⁸⁵ BRASIL. Presidente da República. *Lei nº 10.4062.848, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm >. Acesso no dia 15 de mar. de 2017.

determinante da produção de efeitos. Sendo assim, atinge a eficácia do negócio, mas não propriamente o negócio jurídico.¹⁸⁶

A condição pode ser expressa ou tácita. É expressa quando claramente as partes convencionam e registram a existência da condição no negócio. Já é tácita, quando por meio de atitudes introduzem no mundo jurídico a vontade de que o negócio seja subordinado a uma condição. A condição também pode ser positiva ou negativa. No primeiro caso é quando a condição é de que aconteça já no segundo caso é de que não aconteça. O momento da estipulação da condição pode ser antes, durante ou após celebração do negócio. A princípio, todos os negócios permitem que exista uma condição, contudo, há casos em que a lei não permite, como por exemplo, no caso do casamento. Pontes de Miranda ainda classifica as condições em casuais e potestativas. Diz-se casual quando o acontecimento não está condicionado à vontade das partes. E é potestativa, quando o acontecimento em todo ou em partes depende da vontade dos agentes.¹⁸⁷

A classificação mais adotada pela doutrina é a de condição suspensiva e resolutiva. A condição resolutiva preceitua o artigo 127 do CC, que “enquanto a condição não se realizar o negócio jurídico produzirá seus efeitos, podendo exercer desde a conclusão deste o direito por ele estabelecido.”¹⁸⁸ Desse modo, enquanto a condição não ocorre, o negócio produz seus efeitos, por isso é *ex nunc*, não existe a retroatividade, a partir do acontecimento da condição resolutiva, não se produz mais efeitos porque se extingue. Pontes de Miranda conceitua a condição resolutiva como “a condição final: aquela de que depende que cessem os efeitos, ou alguns ou algum efeito do negócio jurídico.”¹⁸⁹ Agora, a condição suspensiva subordina a eficácia jurídica do negócio até que seja realizada. Enquanto não for cumprida, as partes não serão detentoras do direito, é o que prevê o artigo do CC. Pontes de Miranda conceitua a condição suspensiva como “a condição inicial: aquela que depende que se produza o efeito do negócio jurídico. Há pendência que sustém: a eficácia, ou parte dela, está

¹⁸⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*- vol. I. 30.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.p. 464-471.

¹⁸⁷ MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*: parte especial. Tomo V. São Pulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.205-223.

¹⁸⁸ BRASIL. Presidente da República. *Lei nº 10.4062.848, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm >. Acesso no dia 15 de mar. de 2017.

¹⁸⁹ MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*: parte especial. Tomo V. São Pulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.204

em suspenso.”¹⁹⁰ Para produzir efeitos, portanto, é necessário a realização da condição, e portanto, seus efeitos são *ex nunc*.¹⁹¹

Só existe a ressalva de que a condição deve ser lícita, caso contrário, é inválido o negócio jurídico. A condição, também não pode ser faticamente ou juridicamente impossível. Se for o caso e a condição é suspensiva, a consequência é a invalidação do negócio, no entanto, se for resolutiva, o negócio será inexistente, de acordo com o artigo 124 do CC. Pelas características aqui apresentadas, a respeito da condição de ser subordinada a um evento futuro e incerto, entende-se que a eficácia do testamento vital fica vinculada a uma condição. Pelas classificações, a condição no testamento vital é suspensiva e não resolutiva, pois os seus efeitos ficam suspensos até que o evento futuro e incerto ocorra. Ou seja, a eficácia do testamento vital só será atingida se o agente estiver em estado terminal, vegetativo ou doença irreversível. A condição é positiva e não negativa, porque a eficácia fica condicionada ao fato de que o estado final ocorra se não existir esse fator, não produzirá os efeitos. E por fim, é causal, ou seja, o seu acontecimento não está condicionado exclusivamente à vontade das partes. Isso porque a eficácia do testamento vital depende da ocorrência do estado de saúde irreversível, o qual não depende de modo algum da manifestação de vontade das partes, mas exclusivamente de um fator natural.¹⁹²

Com isso, no que se refere ao terceiro plano, o da eficácia, o testamento vital está subordinado a uma condição suspensiva, positiva e causal. Haja vista que, para poder ser eficaz, é imprescindível o acontecimento de um evento futuro e incerto, que é o estado de saúde irreversível em que os tratamentos médicos não se demonstram mais úteis ao caso. Não se tem uma previsibilidade de quem/quando, alguém vai passar por esse estado ou não, e esse é, portanto o intuito do testamento vital, ser um instrumento no qual o sujeito na manifestação da sua vontade de forma livre e esclarecida possa discernir previamente a partir dos seus juízos de valores quais medidas médicas prefere não ser submetido de maneira prévia a fim de que tenha sua decisão respeitada. Portanto, quanto ao plano da eficácia, o

¹⁹⁰ MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*: parte especial. Tomo V. São Pulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.204.

¹⁹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: parte geral, vol. 1. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.384-399.

¹⁹² VENOSA, SÍLVIO DE SALVO. *Direito Civil*: parte geral. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 399-415.

testamento vital não produz imediatamente eficácia, fica suspenso até que os casos previstos no testamento vital ocorram.¹⁹³

Por tudo até aqui exposto, o ordenamento jurídico brasileiro estabelece que para repercutir e ser relevante para o direito deve ser capaz de preencher os três planos da escada ponteaniana: existência, validade e eficácia. E assim ocorre no testamento vital. Atualmente não existe uma norma jurídica que regulamente o assunto, somente uma resolução do Conselho Federal de Medicina. Contudo, não existem impedimentos legais que proíbam a sua utilização e a sua positivação na legislação brasileira, visto que, como explorado no último capítulo, o testamento vital passa por cada plano e vai completando todos os elementos e requisitos estabelecidos nos planos da existência e validade e tem sua eficácia limitada a condição suspensiva.¹⁹⁴ Porém, apesar de serem poucos os casos, devido ao fato da população muitas vezes não conhecer a existência desse instituto nem a sua função, os casos que chegaram aos Tribunais, tem sido reconhecido como eficaz, conforme se depreende da seguinte jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL. 1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para “aliviar o sofrimento”; e, conforme laudo psiquiátrico, se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida. 2. O caso se insere no denominado biodireito, na dimensão da ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural. 3. O direito à vida garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória. Ademais, na esfera infraconstitucional, o fato de o art. 15 do CC proibir tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constrangida a tal. 4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado testamento vital, que figura na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina. 5. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70054988266, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 20/11/2013)(TJ-RS, AC

¹⁹³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*: parte geral. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.480-488.

¹⁹⁴ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 7.ed. São Paulo: Forense, 2016. p.236-249.

70054988266 RS, Relator: Irineu Mariani, Data de Julgamento: 20/11/2013, Primeira Câmara Cível)''¹⁹⁵

Desse modo, todas as condições são favoráveis à regulamentação do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que ele é possível a luz da escada pontiana a partir do momento que é apto a preencher todos os planos. Portanto, diante da possibilidade e da aceitação dos Tribunais, cabe ao Poder Legislativo tutelar o tema e positivá-lo, sendo possível que ocorra pela aprovação do projeto de lei nº116/00, garantindo maior segurança a quem faz o testamento e as pessoas a ele vinculados.

¹⁹⁵ BRASIL, *Apelação Cível. Nº 70054988266*. Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 20/11/2013. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113430626/apelacao-civel-ac-70054988266-rs>> . Acessado em 21 de mar. de 2017.

CONCLUSÃO

O testamento vital é um instituto novo no Brasil, pouco conhecido e discutido. A falta de conhecimento ocasiona grandes dúvidas e confusões ao seu respeito. Por isso, que o primeiro capítulo deste trabalho foi estudar o que é o testamento vital e suas características. Entender que é um documento, que permite abrir mão dos tratamentos extraordinários visando não prolongar a vida a qualquer custo, como muitas vezes a sociedade nos impõe por consequência de uma era em que aceitar morrer está sendo cada vez mais difícil é aceitar que existe um mecanismo garantidor de direitos até nos momentos finais de vida. É necessário para distinguir que é um caso de ortotanásia e não de eutanásia, que é proibida no Brasil.

Como não existe uma lei específica a respeito do tema, mas somente duas resoluções do Conselho Federal de Medicina, a problemática que se teve é se o testamento vital pode ser regulamentado no ordenamento jurídico brasileiro. E para isso foi feita uma análise de alguns princípios constitucionais e direitos de personalidade. Após isso, foi realizada uma relação entre cada plano da escada ponteaniana com o testamento vital. A fim de se estabelecer se ele pode ser existente, válido e eficaz, sendo capaz de produzir seus efeitos e ter relevância jurídica.

No que se refere aos elementos do plano da existência: agente, objeto e forma, percebemos que o testamento vital tem como agente qualquer pessoa que manifeste uma vontade livre e esclarecida em realizá-lo. O objeto é à disposição dos tratamentos fúteis em estados irreversíveis. E a forma é o meio pelo qual a vontade se exterioriza independente de qual seja. Preenchendo assim todos os elementos existenciais.

Quanto aos requisitos do plano da validade: agente capaz e legítimo, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou defesa em lei. O testamento vital como estudado tem como requisito o discernimento, por ser mais abrangente que a capacidade. No que se refere ao objeto, o principal é entender que o testamento vital não é uma escolha pela morte, mas sim que é aceitar ela ocorrer de maneira natural. Por isso, por mais que a Constituição Federal consagre o direito à vida, ele não é absoluto e deve ser analisado em conjunto com os princípios da dignidade da pessoa humana e nesse caso também, com os direitos de personalidade do próprio corpo e a morte digna. Portanto, o objeto do testamento vital é lícito por não contrariar nenhuma ordem jurídica, assim como os

princípios, costumes e a boa-fé. Também é possível, por se tratar de tratamentos extraordinários, mantendo os chamados cuidados paliativos. E também é determinado, porque ao deixar expresso o testamento vital, se estabelece em quais casos e quais tratamentos se abrem mão. Desse modo, analisado os requisitos do plano da validade, percebemos que o testamento vital é capaz de preencher todos e ser válido.

E por último, o plano da eficácia. O qual existe acontecimentos que podem subordinar a eficácia, que são: termo, encargo e condição. No que tange o testamento vital, a sua eficácia fica subordinada a uma condição suspensiva. Ou seja, ele existe, é válido, mas só produz efeitos se o sujeito chegar a se encontrar em estado terminal, o qual os tratamentos pelo qual dispôs não serão úteis.

Passados cada degrau da escada ponteana, conclui-se que é possível o testamento vital ser existente, válido e eficaz, não existindo impedimentos para que venha ser regulamentado por uma lei específica. Por isso, é medida necessária a aprovação do projeto de lei nº 116, de 2000, tratado no capítulo do presente trabalho, o qual visa regulamentar a licitude da ortotanásia. É importante que no cenário atual isso ocorra, para que possa existir maior divulgação e que a sociedade possa fazer uso desse instrumento que garante o exercício da autonomia privada a fim de se ter uma morte digna. Evitando com isso um prolongamento artificial inútil que só traz mais sofrimento para o paciente e todos ao seu redor. E dando maior efetivação quanto a sua vinculação em relação aos médicos e aos parentes, que devem respeitar e atender a sua vontade.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL, *Ação Civil Pública. Sentença processo nº 2007.34.00.014809-3*. Requerente: Ministério Público Federal, Requerido: Conselho Federal de Medicina. Brasília, 1º de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL, *Ação Civil Pública .Sentença processo nº 1039-86.4.01.3500*. Requerente: Ministério Público Federal, Requerido: Conselho Federal de Medicina. Goiânia, 24 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2014/07/senten%C3%A7a-ACP-testamento-vital.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2016.

BRASIL, *Apelação Cível .Nº 70054988266*, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 20/11/2013. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113430626/apelacao-civel-ac-70054988266-rs>> . Acessado em 21 de março de 2017.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução nº 1.805 de 28 de novembro de 2006*. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 14 out. 2016.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução nº 1.995 de 31 de agosto de 2012*. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. Presidente da República. *Lei nº 10.4062.848, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm >. Acesso no dia 15 de mar. de 2017.

BRASIL. Presidente da República. *Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso no dia 29 de fev. 2017.

DADALTO, Luciana. *Declaração Prévia de Vontade do Paciente Terminal*. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/515/516>. Acesso em: 25 de mar. 2017.

DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FACHIN, Zulmar. *Curso de direito constitucional*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

FRISO, Gisele de Lourdes. *A ortotanásia: uma análise a respeito do direito de morrer com dignidade*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: parte geral*. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GOLDIM, José Roberto. *Diretivas antecipadas de vontade: comentários sobre a resolução nº 1.995 do Conselho Federal de Medicina/Brasil*. Brasília, 2016. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/diretivas2012.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

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

MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos. *O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado: parte especial*. Tomo III. São Pulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado: parte especial*. Tomo IV. São Pulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado: parte especial*. Tomo V. São Pulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista de informação legislativa*, Brasília, ano. 37 n. 145, p.1-12, jan./mar, 2000. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/568/r145-19.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 4 nov. 2016.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Ariane Fernandes; SZLACHTA Luna Carla Sá. *Direito à Morte Digna no Brasil*. Brasília, 2016. Disponível em:<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/direito_a_morte_digna_do_brasil.pdf>. Acesso em: 31 de out. 2016.

OLIVEIRA, Lilian Carla; JAPAULO, Maria Paulo. *Eutanásia e direito a vida: limites e possibilidades*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2005-set-24/eutanasia_direito_vida_limites_possibilidades>. Acesso em: 28 de Fevereiro 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*- vol. I. 30.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

RODRIGUES JUNIOR, Luiz Rodrigues. *Testamento Vital e seu perfil normativo*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-14/direito-comparado-testamento-vital-perfil-normativo-parte>>Acesso em: 27 março 2017.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: parte geral*. 34.ed. São Paulo Saraiva, 2007.

ROHE, Anderson. *O paciente terminal e o direito de morrer*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ROMA, Vaticano. *Declaração sobre a eutanásia*. Disponível em: <http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19800505_euthanasia_po.html>. Acesso em 2 de mar. de 2017.

SÁ, Maria de Fátima Freire. *Direito de Morrer: eutanásia, suicídio assistido*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 7.ed. São Paulo: Forense, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2017.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da Eutanásia ao Prolongamento Artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *A ortotanásia e o Direito Penal brasileiro*. <Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/56/59>. Acesso em: 20 de fev. 2017.

ANEXO

Caso eu, Divina Gleicy Gonçalves Batista da Silva, nascida no dia 20 de agosto de 1994, portadora do RG nº 3093693, e CPF nº 047.202.831-60, residente e domiciliada na Quadra 101, lote 07, Bloco A, Apartamento 1007, Águas Claras-DF, por algum motivo perca a consciência, e deixe de ter discernimento para exprimir os meus desejos e as minhas posições aos médicos, emito o seguinte

TESTAMENTO VITAL

para se em alguma fase da minha vida o médico determinar que eu tenha uma doença incurável ou terminal, se estiver em estado vegetativo permanente, e que a utilização de meios de diagnóstico e tratamento apenas servem para prolongar artificialmente o processo de morte, determino que esses procedimentos extraordinários e desproporcionados sejam suspensos ou, de preferência, que não sejam iniciados, sendo apenas providenciados os cuidados paliativos necessários para o meu conforto ou para o alívio das dores e sofrimento. Na ausência de discernimento da minha parte para, de um modo informado e esclarecido, consentir na utilização de meios extraordinários e desproporcionados de tratamento é minha vontade que esta declaração seja respeitada pela minha família e pela equipa médica enquanto expressão final do meu direito de recusa de tratamento e de aceitar as consequências desta decisão.

As decisões contidas neste testamento vital foram tomadas após uma reflexão profunda e esclarecida. Elas representam a minha posição em relação a questões de tratamentos médicos e seu cancelamento. Numa situação concreta, na qual eu venha estar impossibilitada para tomar decisões e seja necessário decidir sobre estes assuntos, solicito aos meus médicos que aceitem e respeitem este testamento vital e que procedam de acordo com a vontade que nele manifestei.

Brasília, 30 de março de 2017.

3º SERVIÇO
NOTARIAL
TAGUATINGA-DF

Divina Gleicy G. B. da Silva

Divina Gleicy Gonçalves B. da Silva

DIVINA GLEICY GONÇALVES BATISTA DA SILVA

[Assinatura]
TESTEMUNHA

O reconhecimento de firma implica tão-somente em declarar a autoria da firma lançada, não conferindo legalidade ao documento.

posições aos médicos, emito o seguinte
 a consciência, e deixo de ter discernimento para exprimir os meus desejos e as minhas
 Quadra 101, lote 07, Bloco A, Apartamento 1007, Águas Claras-DF, por algum motivo patológico
 1994, portadora do RG nº 3093093, e CPF nº 047.503.831-60, residente e domiciliada na
 Casa em Divina Gleicy Gonçalves Batista da Silva, nascida no dia 29 de agosto de

TESTAMENTO VITAL

decisão.
 expressão final do meu direito de recusa de tratamento e de aceitar as consequências desta
 vontade que esta declaração seja respeitada pela minha família e pela equipe médica enquanto
 consentir na utilização de meios extraordinários e desproporcionados de tratamento e minha
 na ausência de discernimento da minha parte para, de um modo informado e esclarecido,
 cuidados paliativos necessários para o meu conforto ou para o alívio das dores e sofrimento.
 suspensos ou, de preferência, que não sejam iniciados, sendo apenas providenciados os
 morte, determino que esses procedimentos extraordinários e desproporcionados sejam
 de diagnóstico e tratamento apenas servem para prolongar artificialmente o processo de
 incurável ou terminal, se estiver em estado vegetativo permanente, e que a utilização de meios
 para se em alguma fase da minha vida o médico, determinar que eu tenha uma doença

As decisões contidas neste testamento vital foram tomadas após uma reflexão
 e respeitamos este testamento vital e que procedam de acordo com a
 e decidamos e seja necessário decidir sobre estes assuntos, solicito nos
 Ela(s) representam a minha posição em relação a questões de
 em seu cancelamento. Nesta situação concreta, na qual eu venha estar

3. SERVIÇO NOTARIAL DE TAGUATINGA
 R.S.A. 24-LOTE 01
 FONE: (61)3044-9378 - FAX: (61)3561-4244
 TAGUATINGA - DF

RECONHECO por AUTENTICIDADE a(s)
 firma(s) de:
 (500XZL3J-DIVINA GLEICY GONCALVES.....
 BATISTA DA SILVA.....
 Em Testemunho da Verdade,
 Taguatinga, 09 de Março de 2017.

ISUELENE DE FATIMA LIMA-ESC.
 LILIAN MORAES VENTURA MAXIMO-ESC.
 TJDFT20170190152821QNT
 Para consultar o selo: www.tjdft.jus.br

O reconhecimento de firma implica
 tão-somente em declarar a autoria da
 firma lançada, não conferindo legalidade
 ao documento.

Alessandra Vieira da Silva
 Auxiliar

O reconhecimento de firma implica
 tão-somente em declarar a autoria da
 firma lançada, não conferindo legalidade
 ao documento.

TESTEMUNHA