



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

**LAÍS TURRA FERNANDES**

**O TESTAMENTO VITAL COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DA  
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

BRASÍLIA

2015

**LAÍS TURRA FERNANDES**

**O TESTAMENTO VITAL COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DA  
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

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

Orientador: Julio César Lérias Ribeiro

BRASÍLIA

2015

**LAÍS TURRA FERNANDES**

**O TESTAMENTO VITAL COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DA  
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

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

Orientador: Julio César Lérias Ribeiro

Brasília, 08 de abril de 2015.

Banca Examinadora:

---

Prof. Júlio César Lérias Ribeiro

Orientador

---

Prof. Examinador

---

Prof. Examinador

*À minha amada mãe Clair Turra, pelo seu amor incondicional, por ser meu maior exemplo de mulher guerreira e por não medir esforços para que eu chegasse até aqui.*

*Ao meu companheiro Luiz Henrique Padovani, pelo seu amor e compreensão, por sempre me motivar e acreditar no meu potencial.*

*À memória de meu avô Naecir Olímpio Turra, por ter sido o grande inspirador deste tema.*

*À minha avó Leonora Mariano Turra, por ser a mulher mais forte e virtuosa que já conheci.*

*Aos meus irmãos Mateus Turra de Assis Republicano e Marina Turra de Assis Republicano, por toda paciência e amor.*

*Ao Edinoel Padovani e à Rosana Serafim da Silva Padovani, por todo apoio e carinho.*

*Ao Júlio Lérias, pela sua atenção, confiança e orientação ímpar.*

*A todos os professores, familiares e amigos que, direta ou indiretamente, contribuíram para minha formação e conclusão deste trabalho.*

*“Não é uma questão de morrer cedo ou tarde, mas de morrer bem ou mal”.*  
(Sêneca)

## RESUMO

Esta monografia trata do testamento vital como instrumento de proteção da dignidade da pessoa humana. A questão central desta pesquisa é a validade do testamento vital no atual ordenamento jurídico. A hipótese responde afirmativamente ao problema proposto, uma vez que, mesmo não tendo uma legislação específica, a Constituição da República com o princípio da dignidade da pessoa humana, a garantia de uma vida digna e a autonomia privada legitima o testamento vital. Este instituto é defendido por alguns doutrinadores e pela comunidade médica. No direito, o testamento vital está apoiado balisadamente no princípio da dignidade da pessoa humana, nos direitos da personalidade, principalmente, com o direito ao próprio corpo e na autonomia do paciente. A possibilidade jurídica do testamento vital funda-se no ordenamento jurídico brasileiro, em especial na Constituição Federal de 1988, no Código Civil e nas Resoluções do Conselho Federal de Medicina. A jurisprudência pátria e, com maior ênfase, o direito estrangeiro autorizam o uso do testamento vital.

Palavras-chave: Direito civil. Dignidade da pessoa humana. Autonomia privada. Testamento vital.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>9</b>
<b>1.O TESTAMENTO VITAL E A DOCTRINA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE</b>	<b>11</b>
1.1 - Dignidade da pessoa humana e morte	11
1.2 - Direitos da personalidade - direito ao próprio corpo	17
1.3 - A autonomia privada e os direitos da personalidade	23
<b>2. O TESTAMENTO VITAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO</b>	<b>29</b>
2.1 - O testamento vital e a dignidade da pessoa humana na Constituição Federal	29
2.1 - O testamento vital e a dignidade da pessoa humana no Código Civil Brasileiro	34
2.3 - O testamento vital e a dignidade da pessoa humana nas Resoluções do Conselho Federal de Medicina	39
<b>3. O TESTAMENTO VITAL NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E NO DIREITO ESTRANGEIRO</b>	<b>44</b>
3.1 - Jurisprudência favorável ao testamento vital com aplicação inadequada	44
3.1.1 Dados do julgado: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação nº 7.005.498.826-6, 1ª Câmara Cível, Rel. Desembargador IRINEU MARIANI, julgado em 20/11/2013.	44
3.2 - Direito estrangeiro	47
3.2.1 Experiência norte-americana	47
3.2.2 Experiência sul-australiana	50
3.2.3 Experiência ítalo-ibérica	51
3.2.4 Experiência na Argentina	55

**CONCLUSÃO**

**58**

**REFERÊNCIAS**

**61**

## INTRODUÇÃO

Na complexidade do final da vida de uma pessoa, determinadas decisões precisam ser tomadas. Algumas delas envolvem desejos que nem sempre são ouvidos. Pessoas no estado de terminalidade - vítimas de doenças crônicas degenerativas e incapacitantes - podem não conseguir expressar a sua vontade em determinado estágio da doença.

O presente trabalho, portanto, tem como objeto a abordagem do testamento vital como instrumento para a garantia da dignidade da pessoa humana. Entende-se como testamento vital o documento escrito por uma pessoa capaz, no pleno exercício de suas aptidões, para manifestar previamente sua vontade sobre quais tratamentos deseja ou não ser submetida. Essa manifestação prévia é necessária caso a pessoa se torne um paciente em terminalidade da vida, com doença crônica fora de possibilidades terapêuticas e esteja impossibilitada de expressar sua vontade.

A escolha do tema se deve a sua atualidade e relevância diante do rápido desenvolvimento médico-científico pelo qual a sociedade brasileira e mundial tem passado nas últimas décadas. Diante do paternalismo médico, o processo da morte, ainda que natural, é encarado como fracasso e indica a fragilidade da Medicina e a vulnerabilidade dos médicos.

Em razão dessa perspectiva, o Direito e a Medicina tem se defrontado com questionamentos acerca dos direitos dos pacientes, especialmente dos que estão em fase terminal de vida. Destes emerge o direito de morrer com dignidade e a opção de manifestar sua vontade em não se submeter a tratamentos fúteis e desnecessários através das diretivas antecipadas.

Assim, as diretivas antecipadas são gênero, do qual o testamento vital é espécie.

Coloca-se a questão central desta pesquisa: é possível a elaboração do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro? A hipótese responde afirmativamente ao problema proposto, conforme será verificado nos argumentos a serem desenvolvidos nos capítulos desta pesquisa. Esta verificação terá como

fundamento os direitos da personalidade, os princípios da autonomia privada e da dignidade da pessoa humana, a sua aplicação no direito brasileiro, a análise das resoluções do Conselho Federal de Medicina, e, por fim, a realidade do testamento vital na jurisprudência brasileira e no direito estrangeiro. O trabalho está dividido em três capítulos, contendo doutrina, legislação contemporânea e direito brasileiro comparado ao estrangeiro.

No primeiro capítulo serão abordados os aspectos principiológicos do testamento vital. O conceito da morte e sua relevância para os pacientes terminais. Ademais, a autonomia privada como elemento garantidor da dignidade da pessoa humana.

No segundo capítulo, discutir-se-á a legitimidade do testamento vital no direito brasileiro e nas resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM). A possibilidade de elaboração do testamento vital e a necessidade de uma futura norma para orientar e legitimar esse instituto.

No terceiro capítulo, apresentar-se-á a interpretação jurisprudencial do testamento vital no Brasil. Na primeira parte deste capítulo será investigada a jurisprudência favorável ao testamento vital com aplicação inadequada.

Por fim, observar-se-á o testamento vital no direito estrangeiro. Analisando as experiências norte-americanas, sul-australiana, ítalo-ibérica e na Argentina. É de suma importância a análise desse instituto no direito estrangeiro, pois permite orientar a validade no ordenamento jurídico brasileiro.

O marco teórico utilizado na pesquisa refere-se à doutrina, legislação, jurisprudência contemporânea brasileira e o direito estrangeiro, além das resoluções do Conselho Federal de Medicina. A metodologia utilizada neste trabalho é a pesquisa bibliográfica e a documental.

## 1. TESTAMENTO VITAL E A DOCTRINA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Para começar a análise do testamento vital, é necessário estudar os princípios básicos – dignidade da pessoa humana e autonomia privada - assim como, observar a relação dos direitos da personalidade com ele.

### 1.1 - Dignidade da pessoa humana e morte

A morte está cercada por um imenso mistério, um grande ponto de interrogação, que todos carregam no seu íntimo.<sup>1</sup> Normalmente, as pessoas chegam a desconsiderar a morte como uma possibilidade real, tornando a aceitação mais difícil. No inconsciente das pessoas é inconcebível morrer de forma natural ou de idade avançada, só podem ser mortos, ou seja, a morte sempre está atrelada a algo maligno.<sup>2</sup>

O surgimento da medicina e seu posterior avanço possibilitou uma qualidade de vida melhor e fez com que a expectativa de vida aumentasse em todo mundo. Uso de vacinas e antibióticos; epidemias dizimadas; descoberta da quimioterapia - são alguns exemplos da evolução do cuidado com a vida ao longo do tempo.<sup>3</sup>

Antigamente, a religião exercia um papel fundamental na aceitação da morte. A maioria das pessoas acreditava incondicionalmente em Deus, inclusive em uma vida além da morte, onde suas dores e sofrimentos seriam recompensados e aliviados. Com questionamentos constantes e a crença abalada, o sofrimento perdeu a razão de ser.<sup>4</sup>

O homem não mudou, mas sim, a forma de lidar com a morte está distinta de tempos atrás.<sup>5</sup> A própria medicina se tornou desumanizada. O objetivo central é manter a vida a qualquer preço e independente da vontade ou do sofrimento que

---

<sup>1</sup> HENZEZEL, Marie de. *A morte íntima: aqueles que vão morrer nos ensinam a viver*. São Paulo: Idéias e Letras, 2004. p. 11.

<sup>2</sup> KUBLER-ROSS, Elisabeth. *Sobre a morte e o morrer*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 6.

<sup>3</sup> KUBLER-ROSS, Elisabeth. *Sobre a morte e o morrer*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 5.

<sup>4</sup> KUBLER-ROSS, Elisabeth. *Sobre a morte e o morrer*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 19.

<sup>5</sup> KUBLER-ROSS, Elisabeth. *Sobre a morte e o morrer*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 9.

essa insistência possa causar ao paciente. Ou seja, a finalidade é prolongar a vida em vez de mitigar o sofrimento humano.<sup>6</sup>

A cultura brasileira ignora a morte. Há uma dificuldade imensa em falar sobre ela. Portanto, quanto mais a ciência avança, o temor aumenta e a negação da realidade da morte é constante.<sup>7</sup> A abordagem médica é cada vez mais mecânica e despersonalizada. O paciente pode clamar por paz, calma, descanso, mas o que recebe em troca é a tentativa demasiada de prolongar a sua vida. Os profissionais estão mais preocupados em curar a qualquer custo do que atender as vontades íntimas do paciente.<sup>8</sup> O médico, formado para curar, vê a morte, instintivamente, como um fracasso. Porém, é necessário aceitar seus limites e dar uma dimensão mais profunda à sua profissão.<sup>9</sup>

A pior solidão para um doente é a de não poder dizer que está prestes a morrer aos seus parentes e pessoas queridas.<sup>10</sup> Deste modo, a perspectiva da morte está ligada ao sentimento de angústia. É fato que os familiares sempre pensam que o doente não vai suportar a verdade, porém, não percebem que ele já sabe da real situação e está enfrentando sozinho.<sup>11</sup>

A tendência à independência religiosa fez com que algumas pessoas deixem de confiar que o sofrimento aqui na terra justifica a recompensa após a morte. Porém, paralelamente, a esperança tem se diluído e a ansiedade aumentado. A medicina também não tem ajudado nas questões emocionais dos pacientes. Estes se sentem sujeitos sem vontades e mero objeto de comprovação científica daqueles anos dedicados à profissão. Ou seja, muitos tratamentos estão consagrados, mas a preservação da vida, algumas vezes, não é digna.<sup>12</sup>

---

<sup>6</sup> KUBLER-ROSS, Elisabeth. *Sobre a morte e o morrer*. 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 15.

<sup>7</sup> KUBLER-ROSS, Elisabeth. *Sobre a morte e o morrer*. 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 11.

<sup>8</sup> KUBLER-ROSS, Elisabeth. *Sobre a morte e o morrer*. 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 13.

<sup>9</sup> HENNEZEL, Marie de. *A morte íntima: aqueles que vão morrer nos ensinam a viver*. São Paulo: Idéias e Letras, 2004. p. 23.

<sup>10</sup> HENNEZEL, Marie de. *A morte íntima: aqueles que vão morrer nos ensinam a viver*. São Paulo: Idéias e Letras, 2004. p. 33.

<sup>11</sup> HENNEZEL, Marie de. *A morte íntima: aqueles que vão morrer nos ensinam a viver*. São Paulo: Idéias e Letras, 2004. p. 34.

<sup>12</sup> KUBLER-ROSS, Elisabeth. *Sobre a morte e o morrer*. 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 20.

As grandes diretivas de atendimento aos doentes terminais é aliar a competência técnica com a competência humana. Cuidar de uma pessoa e não de um sintoma. Acompanhar os pacientes até o fim, respeitando, sempre, sua dignidade e vontade.<sup>13</sup>

A dignidade da pessoa humana é o princípio constitucional mais amplo, intrínseco a todo ser humano.<sup>14</sup> Este princípio é o máximo do Estado Democrático de Direito, abrange os valores existentes em uma determinada sociedade. Por isso, a dignidade humana esta disposta no artigo 1º da Constituição Federal de 1988, entre os fundamentos da República.<sup>15</sup>

As várias definições da dignidade da pessoa humana transitam na ideia de que a espécie humana precisa de uma proteção especial, de uma estima (*dignus*) diferenciada. Portanto, ao falar do direito à vida e do direito ao próprio corpo, esses direitos fundamentais estão abrangidos e protegidos pela dignidade humana. Esta breve síntese poderia ter como sujeito todos os seres humanos, pelo simples fato de serem humanos e reconhecer a todos alguns direitos básicos, principalmente os fundamentais.<sup>16</sup>

A dignidade humana diz respeito às exigências básicas para o desenvolvimento das potencialidades individuais de cada sujeito. Esse princípio abrange tanto a proteção material quanto espiritual do ser humano.

A vida humana tem valor inato, intrínseco e sagrado. Todos têm direito a uma vida digna, conseqüentemente, a uma morte digna. Deve ser respeitada, ao máximo, a autonomia dos seres humanos, seus interesses fundamentais e o valor intrínseco de sua vida.<sup>17</sup>

---

<sup>13</sup> HENZEZEL, Marie de. *A morte íntima: aqueles que vão morrer nos ensinam a viver*. São Paulo: Idéias e Letras, 2004. p. 46.

<sup>14</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 18.

<sup>15</sup> “Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III- a dignidade da pessoa humana.”

<sup>16</sup> TRINDADE, João. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. Em abr. 2009. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao\\_trindade\\_\\_\\_teoria\\_geral\\_dos\\_direitos\\_fundamentais.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade___teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf)>. Acesso em: 28 abr. 2014.

<sup>17</sup> DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida. Aborto, eutanásia e liberdades individuais*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 97.

Ao falar em morte é fundamental distinguir os conceitos envolvidos nos processos de morte - eutanásia, distanásia, ortotanásia, mistanásia e suicídio assistido. Esses conceitos discutem a vida, a morte e a garantia da dignidade da pessoa humana.

A eutanásia, derivada do grego *eu* (boa) e *thanatos* (morte), significa uma boa morte; morte calma; morte piedosa. Ocorre quando o paciente, sabendo que está em fase terminal ou com doença incurável, trazendo consequências que não o impedirão de ter uma vida digna, solicita a um terceiro (profissionais da saúde, familiares, amigos) que, movido pelo sentimento de piedade, provoque a sua morte antecipadamente. É uma ação de terceiro e visa minimizar futuros sofrimentos físicos ou psicológicos que a doença possa trazer ao paciente.<sup>18</sup>

A eutanásia é tipificada no Código Penal como homicídio doloso, podendo ser tratada como modalidade privilegiada. O Código de Ética Médica, também, veda ao médico abreviar a vida do paciente, mesmo que a pedido deste ou de seu representante legal. Portanto, apesar de seu vetor moral e do seu aspecto humanitário, a eutanásia, no Brasil, é considerada crime.<sup>19</sup>

A distanásia, contrária à eutanásia, visa prolongar ao máximo o processo de morte do paciente. Palavras gregas *dys*, afastamento, e *thanatos*, morte. São aqueles tratamentos extraordinários que prolongam exageradamente a vida do paciente terminal ou insistam em tratamentos inúteis. Estes se caracterizam por ação médica cujos potenciais benéficos para o paciente são nulos, pequenos ou improváveis. A distanásia é considerada um ataque à dignidade da pessoa humana, pois prolonga demasiadamente a vida do paciente, causando-lhe sofrimento desnecessário.<sup>20</sup>

A mistanásia, também chamada de eutanásia social, é a morte ocorrida antes da hora. Essa morte miserável é caracterizada pelo ingresso dos pacientes no sistema de saúde e são vítimas de erro médico; quando pessoas doentes e deficientes não conseguem se tornar pacientes por questões políticas, sociais e

---

<sup>18</sup> BRASIL, *Ação Civil Pública*. Sentença Processo nº 2007.34.00.014809-3. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2015.

<sup>19</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 38.

<sup>20</sup> DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do Biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 399.

econômicas; e, por fim, quando os pacientes são vítimas de más-práticas dos profissionais de saúde por interesses econômicos, sociopolíticos ou científicos.<sup>21</sup>

O suicídio assistido, diferentemente da eutanásia, é praticado por ato próprio do paciente. Tem o nome de assistido, pois para o paciente cometer o suicídio precisa de auxílio do médico ou de terceiro. A morte advém da orientação, observação ou auxílio de terceiro.<sup>22</sup>

A linha que separa a eutanásia e a distanásia da ortotanásia é bastante tênue. Ortotanásia vem do prefixo grego *orto*, correto, e do sufixo *thanatos*, morte. Visa garantir um processo de morte natural, ou seja, a interrupção do tratamento que mantenha vivo o paciente sem chances de recuperação.<sup>23</sup>

A “correta morte” se opõe claramente a distanásia, pois não visa prolongar a vida artificialmente, e se opõe também a eutanásia – interrupção da vida com a provocação da morte.<sup>24</sup>

A morte não pode ser vista como um mal a ser evitado, deve-se preservar o direito à vida com alicerce na dignidade da pessoa humana, portanto morrer com dignidade representa o maior respeito a esse direito fundamental – direito à vida. Neste sentido, surge a ortotanásia que difere da distanásia e da eutanásia.<sup>25</sup>

A ortotanásia privilegia a autonomia do paciente terminal, assegurando-lhe cuidados paliativos e autorizando a dispensa de tratamentos fúteis e desproporcionais. Não há a prática de nenhum ato que termine com a vida, como ocorre na eutanásia; e nem algo que a prorogue sem qualidade, como na

---

<sup>21</sup> MARTIN, Leonard M. *Eutanásia e Distanásia*. p. 172 Disponível em: <[http://www.cremesp.org.br/library/modulos/legislacao/integras\\_pdf/inicio%20%20bioetica.pdf](http://www.cremesp.org.br/library/modulos/legislacao/integras_pdf/inicio%20%20bioetica.pdf)>. Acesso em: 24 mar. 2015.

<sup>22</sup> DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do Biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 381.

<sup>23</sup> ABOUD, Alexandre. *Ortotanásia: aspectos da morte no tempo certo*. p. 155. Disponível em: <[http://www.pge.sp.gov.br/EscolaSuperior/RESPGE\\_VOLUME\\_1.pdf](http://www.pge.sp.gov.br/EscolaSuperior/RESPGE_VOLUME_1.pdf)>. Acesso em: 15 abr. 2014.

<sup>24</sup> ABOUD, Alexandre. *Ortotanásia: aspectos da morte no tempo certo*. p. 157. Disponível em: <[http://www.pge.sp.gov.br/EscolaSuperior/RESPGE\\_VOLUME\\_1.pdf](http://www.pge.sp.gov.br/EscolaSuperior/RESPGE_VOLUME_1.pdf)>. Acesso em: 15 abr. 2014.

<sup>25</sup> ABOUD, Alexandre. *Ortotanásia: aspectos da morte no tempo certo*. p. 156. Disponível em: <[http://www.pge.sp.gov.br/EscolaSuperior/RESPGE\\_VOLUME\\_1.pdf](http://www.pge.sp.gov.br/EscolaSuperior/RESPGE_VOLUME_1.pdf)>. Acesso em: 15 abr. 2014.

distanásia.<sup>26</sup> Portanto, as diretivas antecipadas de vontade guardam conexão com a prática da ortotanásia.

No catolicismo a ortotanásia é aceita. O Papa João Paulo II ensinou que quando a morte se anuncia iminente e inevitável, poderá renunciar a tratamentos que prolongariam, somente, a vida de modo precário e penoso. O próprio Papa João Paulo II deu um exemplo típico de ortotanásia, preferindo terminar sua vida em seus aposentos e não voltar à Policlinica Gemelli de Roma, para continuar os tratamentos.<sup>27</sup>

No islamismo, a ortotanásia é aceita, havendo uma recomendação para o médico perceber os limites da atuação profissional, ou seja, não exigindo qualquer atuação além do limite razoável. No budismo, há a crença que a vida deve ter seu curso natural não sendo infinitamente prolongada, é valorizada a morte digna – não há nenhum óbice quanto à prática da ortotanásia.<sup>28</sup>

A ortotanásia, assim sendo, visa garantir ao paciente uma morte digna. Deve-se ressaltar que o valor fundamental a ser preservado é o direito a uma morte digna, permitindo ao paciente a escolha de como deseja encerrar a sua vida. Morrer dignamente está intrinsecamente relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>29</sup>

O princípio da dignidade da pessoa humana e a proibição de tratamento desumano são suficientes para legitimar a prática da ortotanásia no Brasil. A ortotanásia interfere na esfera jurídica existencial de cada pessoa, na sua intimidade e na vida privada. Por não interferir na vida de terceiros, o Estado ou o legislador não podem limitar de forma heterogênea esse espaço individual. Pois, o ordenamento jurídico brasileiro, primeiramente, é comprometido com a dignidade da pessoa humana.<sup>30</sup>

---

<sup>26</sup> CARMO, Jairo Vasconcelos Rodrigues. *Testamento vital*. Em ago. 2012. Disponível em: <<http://www.rtdpj.com.br/arq/TESTAMENTO%20VITAL.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2014.

<sup>27</sup> ABOUD, Alexandre. *Ortotanásia: aspectos da morte no tempo certo*, p. 157. Disponível em: <[http://www.pge.sp.gov.br/EscolaSuperior/RESPGE\\_VOLUME\\_1.pdf](http://www.pge.sp.gov.br/EscolaSuperior/RESPGE_VOLUME_1.pdf)>. Acesso em: 15 abr. 2014.

<sup>28</sup> ABOUD, Alexandre. *Ortotanásia: aspectos da morte no tempo certo*, p. 158. Disponível em: <[http://www.pge.sp.gov.br/EscolaSuperior/RESPGE\\_VOLUME\\_1.pdf](http://www.pge.sp.gov.br/EscolaSuperior/RESPGE_VOLUME_1.pdf)>. Acesso em: 15 abr. 2014.

<sup>29</sup> ABOUD, Alexandre. *Ortotanásia: aspectos da morte no tempo certo*, p. 158. Disponível em: <[http://www.pge.sp.gov.br/EscolaSuperior/RESPGE\\_VOLUME\\_1.pdf](http://www.pge.sp.gov.br/EscolaSuperior/RESPGE_VOLUME_1.pdf)>. Acesso em: 15 abr. 2014.

<sup>30</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 1.

## 1.2 - Direitos da personalidade – direito ao próprio corpo

A noção de direito da personalidade surge na segunda metade do século XIX, época marcada por desigualdades sociais, injustiças e revoltas. Começam a discutir a importância desse direito e já os caracterizam como imprescritíveis, inalienáveis e indisponíveis – características inerentes até hoje em nosso ordenamento e no de outros países.<sup>31</sup>

Historicamente, nem o direito romano, tampouco os gregos cuidaram dos direitos da personalidade. Os primeiros contemplaram a *actio injuriarum* – ação contra injúria, cabível para qualquer atentado contra a pessoa. Já o direito grego considera a ação *dike kakegorig* – punição daquele que violasse algum interesse físico ou moral. Com o cristianismo e a ideia de fraternidade universal teve início um despertar para a proteção da personalidade humana.<sup>32</sup>

Durante o período de 1914 a 1945, o mundo se fragilizou com duas guerras mundiais, o holocausto nazista, a utilização de bombas atômicas. Como reflexo, deste período, surgiram na comunidade internacional laços de solidariedade com o intuito de preservar a humanidade. Isso refletiu na formação dos direitos da personalidade. Porém, no início, encontrou forte resistência por não haver consenso entre os juristas, tampouco, a delimitação da abrangência da categoria desses direitos.<sup>33</sup>

Após a Segunda Guerra Mundial, houve a criação da ONU e posteriormente a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos que exaltava a dignidade da pessoa humana e a liberdade. Com o destaque internacional, o Brasil e diversos países apontaram nos seus ordenamentos jurídicos o direito à dignidade da pessoa humana.<sup>34</sup>

O desenvolvimento da teoria da dignidade da pessoa humana; do direito constitucional; da principiologia jurídica; e a inserção das cláusulas pétreas no ordenamento jurídico trouxeram características ao direito da personalidade.

---

<sup>31</sup> SCHEREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 39.

<sup>32</sup> CARVALHO NETO, Inácio de; FUGIE, Érika Harumi. *Novo Código Civil Comparado e Comentado*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 38.

<sup>33</sup> SCHEREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 6.

<sup>34</sup> SCHEREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 7.

Consequentemente, o Direito Civil, marcado por uma ótica patrimonialista, passou a se preocupar com as pessoas e não somente com as coisas.<sup>35</sup>

Os direitos da personalidade estão previstos entre os artigos 11 e 21 do Código Civil Brasileiro. Isso demonstra o avanço do Código de 2002, pois no Código de 1916 – caracterizado por ser patrimonialista, hierarquizado, paternalista - não tinha um capítulo reservado para tratar sobre os direitos da personalidade. Ademais, não tinha a perspectiva civil-constitucional.

Considerando que a personalidade é um conjunto de características pessoais e intrínsecas, os direitos da personalidade constituem verdadeiros direitos subjetivos, versando sobre a própria condição de pessoa. Ou seja, direitos da personalidade são aqueles essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, que convertem as projeções físicas, psíquicas e intelectuais do seu titular.<sup>36</sup>

Assim sendo, no âmbito dos direitos da personalidade, a pessoa pode agir de acordo com o que entende ser melhor para si, especialmente, no que tange às decisões referentes a si mesma, à sua individualidade, ao seu corpo. Porém, sua ação deve ser responsável e o indivíduo deve ter plenas informações sobre os efeitos do seu ato.<sup>37</sup>

Os direitos da personalidade estão unidos para assegurar o desenvolvimento da pessoa humana, sendo garantidor da preservação da dignidade da pessoa humana. Portanto, esses direitos resguardam os valores mais significativos do indivíduo, expressando o mínimo necessário para uma vida com dignidade.<sup>38</sup>

As principais características desses direitos são a sua intransmissibilidade e inalienabilidade, tornando-os, portanto, indisponíveis. A intransmissibilidade é uma exceção à regra verificada no direito privado. Pois, não há a substituição dos sujeitos, ou seja, não haverá a cessão de direitos personalíssimos de um indivíduo para outro. A inalienabilidade refere-se à característica extrapatrimonial dos direitos

---

<sup>35</sup> SCHEREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 11.

<sup>36</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 149.

<sup>37</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 150.

<sup>38</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 150.

da personalidade, podendo ser economicamente valorado, apenas, no caso de violações em que caberá indenização em dinheiro. A indisponibilidade assegura que nem por vontade própria, o titular dos direitos da personalidade, poderá colocar esses direitos em disposição e alterar sua titularidade.<sup>39</sup>

Porém, a compreensão dos direitos da personalidade deve circundar a perspectiva de uma indisponibilidade relativa. Ou seja, o titular é impedido de dispor deles em caráter permanente ou total, devendo preservar sua estrutura física, psíquica e intelectual.<sup>40</sup>

O enunciado 4 (quatro) da Jornada de Direito Civil versa sobre a possibilidade do exercício dos direitos da personalidade sofrer limitações voluntárias, desde que não seja permanentemente e nem geral. Portanto, o ato de disposição de um direito da personalidade deve ser transitório - limitado no tempo - e específico - não pode haver disposição de toda sua personalidade.<sup>41</sup>

Os aspectos fundamentais da personalidade são: a integridade física (direito à vida, ao corpo, à saúde, dentre outros); a integridade psíquica ou moral (direito à privacidade, ao nome, à imagem, etc.); a integridade intelectual (direito à autoria científica ou literária, à liberdade de expressão ou religiosa, dentre outras manifestações do intelecto). Porém, essa enumeração não é exaustiva, pois os direitos da personalidade se classificam como uma categoria elástica.<sup>42</sup>

No conceito de integridade física, inscreve-se o direito ao próprio corpo. Relaciona-se a disposição de suas partes, em vida ou para depois da morte, para finalidades científicas ou humanitárias, subordinando, contudo, à preservação da própria vida ou da integridade do corpo. A lei proíbe a autolesão, pois contraria

---

<sup>39</sup> GANGLIANO, Pablo Stolze; PANPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Parte Geral*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.185.

<sup>40</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 153.

<sup>41</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 154.

<sup>42</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 177.

diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana – fundamento da República.

43

O corpo humano, antigamente, era considerado sagrado. Sua proteção deveria ser superior aos desejos individuais. Essa ideia foi se rompendo gradativamente. O pensamento moderno trouxe a autonomia privada do sujeito para lidar com seu corpo, não devendo atender aos interesses de instituições, como Igreja, Estado ou família.<sup>44</sup>

O século XX reforçou, ainda mais, a necessidade de se proteger o direito ao corpo, marcado pelas atrocidades cometidas pelos regimes autoritários. A Constituição Federal de 1988 reconheceu em vários incisos do artigo 5º a proteção à integridade psicofísica, porém há um caminho até chegar à sua concretização. Em relação ao Código Civil de 2002, deve ser feita uma crítica, pois sua abordagem a este tema foi limitada.<sup>45</sup>

O Código Civil de 2002, ao tratar do direito ao próprio corpo, elegeu critérios puramente estruturais que são insuficientes para lidar com a realidade atual e as situações complexas que vão surgindo no dia a dia da sociedade.<sup>46</sup>

O artigo 13 do Código Civil, ao tentar regular a questão do próprio corpo, diz que “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”.

Neste único artigo podemos identificar três problemas. O primeiro refere-se à “exigência médica”, exaltando a avaliação médica em detrimento da avaliação ética e jurídica. O segundo diz respeito à “diminuição permanente da integridade física”, ou seja, se for abalar a integridade física, temporariamente, seria autorizado, isto pode ser bastante perigoso. O terceiro problema alude aos “bons costumes”, a

---

<sup>43</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 213.

<sup>44</sup> SCHEREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 32.

<sup>45</sup> SCHEREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 32.

<sup>46</sup> SCHEREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 33.

definição disto é bastante vaga e imprecisa, não atendendo as necessidades e mudanças da atual sociedade.<sup>47</sup>

A expressão “bons costumes” antigamente era utilizada para manter juridicamente a classe dominante no poder com seu *status quo*, por isso que a produção legislativa e acadêmica mais recente tem abandonado essa expressão. O ressurgimento no Código Civil de 2002 reforça as marcas de desatualidade do projeto que deu origem à codificação. Não há nada que defina os bons costumes, podendo qualquer atitude diferente do padrão habitual de comportamento ser contrária a esta delimitação de convivência.<sup>48</sup>

O direito, na sua função mais elevada, é instrumento de transformação social, portanto não deve ser utilizado para proibir tudo aquilo que não seja costumeiro, ou melhor, que não siga os “bons costumes” – sob pena de abandonar a sua função de adequação as necessidades sociais atuais.<sup>49</sup>

Os dispositivos legais e os juristas devem estar mais preocupados em analisar a intensidade e extensão de determinado ato no caso concreto do que a sua duração. Logo, na contramão do art. 13 do Código Civil, a proteção às diminuições físicas não permanentes torna-se cada vez mais importante.<sup>50</sup>

O direito deve acompanhar as mudanças na sociedade, de tal maneira que seja constantemente moldado à forma das relações sociais vigentes e reflita a ética de uma época. Porém, diversos impasses surgem em relação à autonomia privada e os direitos da personalidade, em especial o direito ao próprio corpo. Um exemplo é o *bodyart*, arte no corpo, o *body suspension*, suspensão por *piercing* e o *bodymodification*, modificação no corpo. São modos inovadores de expressão artística, intelectual ou até mesmo um simples entretenimento. Parece perigoso considerar tais manifestações ameaças ou proibições por ferir aos “bons costumes”, sob pena de representar um retrocesso à liberdade individual e a autonomia da pessoa.<sup>51</sup>

---

<sup>47</sup> SCHEREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 34.

<sup>48</sup> SCHEREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 35.

<sup>49</sup> SCHEREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 35.

<sup>50</sup> SCHEREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 39.

<sup>51</sup> SCHEREIBER, Anderson. *Direitos de personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 36.

Os atos que produzem diminuição física temporária por si só não se tornam legítimos. Sendo assim, o ordenamento jurídico e sua aplicação devem estar pautados em analisar a intensidade e a extensão de determinado ato no caso concreto em detrimento de sua duração. Outro exemplo interessante é o caso dos microchips subcutâneos. Sabe-se que a inserção destes não causa diminuição permanente da integridade física.<sup>52</sup>

Por exemplo, não é legítimo o consentimento para inserir microchips na pele de operários com o objetivo de controlar sua entrada na fábrica e a saída dela. Essa diminuição temporária da integridade física do operário vai contra a dignidade da pessoa humana. Por outro lado, a inserção do mesmo microchip com consentimento do paciente para monitorar suas funções vitais seria um caso legítimo, pois a finalidade é a proteção da saúde.<sup>53</sup>

Portanto, ao falar em direito ao corpo, a discussão não deve ser restrita ao aspecto puramente biológico, e sim em escolhas éticas e valorativas. Não existe a verdade médica sobre a verdade jurídica e sim um diálogo social aberto. As decisões dos juristas devem buscar uma solução que permita ao máximo o desenvolvimento da personalidade dos indivíduos. O direito ao próprio corpo deve ser protegido como um instrumento de realização da pessoa.<sup>54</sup>

Importante destacar que a morte não encerra a destinação que a pessoa pretendia atribuir a seu corpo. Sua vontade manifestada em vida de diversas formas deve prevalecer sobre os interesses dos familiares e do Estado. Nenhum direito individual recebe proteção absoluta, eles devem ser garantidos enquanto preservarem à dignidade humana.<sup>55</sup>

Nesse sentido, não é um direito à vida e sim, um direito à vida digna, o que deve abranger o encerramento da vida quando tal resultado não for mais condizente com a dignidade humana do paciente. Portanto, deve ser garantida a morte digna quando tal decisão representar o exercício de outro direito fundamental.<sup>56</sup>

---

<sup>52</sup> SCHEREIBER, Anderson. *Direitos de personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 39.

<sup>53</sup> SCHEREIBER, Anderson. *Direitos de personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 39.

<sup>54</sup> SCHEREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 39.

<sup>55</sup> SCHEREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 40.

<sup>56</sup> SCHEREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 40.

O direito, ao proteger o corpo, garante a opção da pessoa por tratamentos menos invasivos ou dolorosos e também acolhe a decisão consciente do paciente a não receber tratamento algum – princípio do consentimento informado, mesmo que isso o leve a morte.<sup>57</sup>

A livre escolha para interromper o tratamento voltado à conservação artificial da vida, ou sua integridade física, deve ser respeitada, pois isso garante a dignidade humana e o direito ao próprio corpo. Uma vida com sofrimento físico ou emocional permanente, geralmente, não é uma vida digna.<sup>58</sup>

### 1.3 - Autonomia privada e direitos da personalidade

A autonomia é construída por meio da privacidade. No espaço para a vida privada, que o legislador constituinte reservou para a pessoa, existe legitimidade constitucional apenas para ações autônomas, já que este é o ambiente propício a realização dos direitos da personalidade de forma coerente com o estilo de vida eleito por cada indivíduo.

A autonomia sempre esteve atrelada ao indivíduo. A autonomia da vontade era o princípio corolário da época em que o Estado interferia o mínimo possível na esfera íntima do indivíduo. Após a Primeira Guerra Mundial, o Estado intensificou sua intervenção na esfera privada pelo aumento da industrialização. As relações começaram a ser conduzidas por meio do princípio da função social, pois objetivavam a justiça material.<sup>59</sup>

O Princípio da Autonomia da Vontade começou a ser superado pelo Princípio da Autonomia Privada. Não houve um abandono da autonomia da vontade, e sim uma releitura desse princípio, acompanhando as diversas mudanças sociais ocorridas nos últimos séculos.<sup>60</sup>

---

<sup>57</sup> SCHEREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 41.

<sup>58</sup> SCHEREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 41.

<sup>59</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 8.

<sup>60</sup> FARIA, Roberta Elzy Simiqueli de. *Autonomia da Vontade e Autonomia Privada: uma distinção necessária*. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire. *Direito Civil: atualidade II*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 88.

Quanto a esses dois princípios, Amaral afirma que a autonomia de vontade está ligada à vontade psicológica dos indivíduos, enquanto a autonomia privada está ligada à manifestação de vontade objetiva.<sup>61</sup>

Há uma discussão doutrinária a respeito da nomenclatura, porém observa-se que a nomenclatura “autonomia de vontade” foi sendo substituída por “autonomia privada”, esta encontra maior aceitação.

A Constituição Federal afirma, por meio da noção de inviolabilidade, que somente a pessoa tem o poder de autodeterminar-se no que se refere à sua vida privada. Por isso, pode-se afirmar a existência da autonomia corporal.<sup>62</sup>

Os princípios constitucionais devem orientar o exercício da autonomia privada do sujeito. A autonomia não é autossuficiência, pois ela não é satisfeita isoladamente. Sendo assim, é definida a partir da interação social com os outros e consigo mesmo. Ademais, é imprescindível a relação da autonomia privada com a dignidade da pessoa humana.<sup>63</sup>

A Constituição Federal de 1988 representa um marco no trato normativo da autonomia privada, pois coexistem no mesmo ordenamento jurídico normas públicas e privadas, com a garantia de direitos individuais, como o direito à liberdade e direitos sociais, como o direito à saúde.<sup>64</sup>

A possibilidade relativa de disposição dos direitos da personalidade reflete o exercício da autonomia da pessoa sobre tais direitos. A liberdade para o exercício dinâmico dos direitos da personalidade, bem como para a realização de negócios jurídicos sobre esses direitos é possível através do exercício da autonomia privada. Dessa forma, a premissa central é a inafastabilidade da liberdade como requisito para o livre desenvolvimento dos direitos da personalidade.<sup>65</sup>

Entretanto, a autonomia não é a ampla liberdade, não é o poder de fazer tudo o que o indivíduo sente vontade. A autonomia privada, assim sendo, garante ao

---

<sup>61</sup> AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

<sup>62</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 12.

<sup>63</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 13.

<sup>64</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 15.

<sup>65</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos da personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 2.

sujeito o direito de ter seu próprio conceito de “vida boa” e buscar tal concretização. Porém, essa autodeterminação é balizada nas relações interpessoais através das normas jurídicas.<sup>66</sup>

A vontade é um elemento diferenciador entre o ser humano e as demais espécies que vivem sobre a terra. Ela é responsável por distinguir os fatos humanos (atos jurídicos) em relação aos fatos naturais (fatos jurídicos *stricto sensu*).<sup>67</sup>

O princípio da liberdade é a essência dos direitos fundamentais de primeira geração. A ideia de liberdade de atuação do indivíduo perante o Estado traduz a ideologia liberal. O lema da Revolução Francesa - liberdade, igualdade e fraternidade – foi sem dúvida a liberdade a mais enaltecida pelo liberalismo, como ideologia da classe burguesa triunfante sobre o Absolutismo.<sup>68</sup>

Portanto, a liberdade representa os direitos de primeira geração e compreende não só a liberdade física, mas também a liberdade de locomoção, de crença, de convicção, de expressão de pensamento, de reunião, entre outras liberdades.<sup>69</sup> Em situações de dúvida entre a liberdade da proteção humana e os interesses patrimoniais, deve prevalecer, obviamente, o direito existencial sobre o patrimonial.<sup>70</sup>

O princípio da autonomia privada tem como fundamento constitucional os princípios da liberdade e da dignidade da pessoa humana.<sup>71</sup> Segundo o dicionário Aurélio, autonomia é a faculdade de se governar por si mesmo. Portanto, a autonomia é a capacidade para praticar atos jurídicos, fazendo escolhas legalmente válidas.

A reflexão entre a autonomia privada e o direito da personalidade ao próprio corpo envolve vários institutos constitucionais. A dignidade da pessoa humana como

---

<sup>66</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 18.

<sup>67</sup> TARTUCE, Flávio. *Teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. São Paulo: Método, 2013. p. 54.

<sup>68</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. Rio de Janeiro: Método, 2010. p. 115.

<sup>69</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. Rio de Janeiro: Método, 2010. p. 115.

<sup>70</sup> TARTUCE, Flávio. *Teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. São Paulo: Método, 2013. p. 59.

<sup>71</sup> TARTUCE, Flávio. *Teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. São Paulo: Método, 2013. p. 59.

fundamento do ordenamento jurídico, a inviolabilidade do direito à vida e do direito à liberdade e a disponibilidade de partes do corpo humano.<sup>72</sup>

A ideia de indisponibilidade do direito ao próprio corpo vem perdendo a força por parte da doutrina, já que a autonomia privada a respeito do próprio corpo tem se ampliado cada vez mais no ordenamento jurídico e na sociedade, admitindo a limitação voluntária do direito ao próprio corpo.<sup>73</sup>

Carlos Alberto Bittar aceita a disponibilidade relativa do direito à integridade física. Será disponível, com certo limite, ditado pelo interesse geral. Esses limites serão encontrados na lei, na ordem pública, na moral e nos bons costumes. Considerou que o direito ao próprio corpo deve obedecer a certos limites “naturais”, como o direito a vida e a integridade física.<sup>74</sup>

A Constituição da República Federativa do Brasil previu um catálogo aberto de direitos fundamentais para que todos possam, de forma livre, exercê-los. Trata-se da possibilidade atribuída a cada indivíduo, para que ele escolha a melhor forma de se realizar, por meio da autonomia privada.

Independentemente de qual hipótese seja a disponibilidade do direito ao próprio corpo, a autonomia privada deve ser observada. Portanto, o ato de disposição não poderá ultrapassar o que é permitido pela Constituição Federal, pelas leis e pela ordem pública, além de observar a dignidade da pessoa humana – valor fundamental de todos os atos jurídicos.<sup>75</sup>

A declaração de vontade deve ser feita, preferencialmente, de forma escrita e deve ser detalhada quanto à extensão do ato de disposição do próprio corpo, a finalidade, o âmbito da intervenção, dentre outros aspectos.<sup>76</sup>

---

<sup>72</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e Autonomia Privada*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 169.

<sup>73</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e Autonomia Privada*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 170.

<sup>74</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e Autonomia Privada*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 171.

<sup>75</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e Autonomia Privada*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 173.

<sup>76</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e Autonomia Privada*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 173.

Alberto Trabucchi, autor italiano, entende que, observado os limites do ordenamento jurídico, a pessoa pode dispor livremente do bem que constitui sua própria vida, e a lei não lhe impõe diretamente a obrigação de cuidar de sua própria saúde.<sup>77</sup>

A possibilidade de realização de transplante de órgãos e tecidos entre pessoas vivas é um exemplo da atuação da autonomia privada nos direitos de personalidade. Porém, não se trata de uma teoria irrestrita da autonomia privada, pois é consagrado a inalienabilidade da dignidade da pessoa humana.<sup>78</sup>

Portanto, a disponibilidade do próprio corpo é reflexo da liberdade e autonomia privada da pessoa em permitir ingerências em seu corpo, mesmo com algum sacrifício de sua integridade corporal, para benefício próprio ou de terceiro.<sup>79</sup>

Os direitos da personalidade são absolutos e inatos, pois todo indivíduo ao nascer, e até mesmo na concepção, tem esses direitos resguardados. Além do mais, gera para toda a coletividade o dever geral de não intrometer na garantia dos direitos de personalidade de uma pessoa.<sup>80</sup>

Esses direitos não podem ser vendidos ou doados. Sendo assim, não há possibilidade de um negócio jurídico extinguir ou adquirir direitos da personalidade de outrem.<sup>81</sup> A intransmissibilidade está relacionada a não transmissão dos direitos da personalidade mesmo com a morte, ou seja, não há transmissão nem por sucessão.<sup>82</sup>

A indisponibilidade dos direitos da personalidade está cercada por um conceito mais amplo do que a intransmissibilidade e inalienabilidade. O seu titular

---

<sup>77</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e Autonomia Privada*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 173.

<sup>78</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e Autonomia Privada*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 174.

<sup>79</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e Autonomia Privada*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 174.

<sup>80</sup> SCHEREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 5.

<sup>81</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e Autonomia Privada*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 33.

<sup>82</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e Autonomia Privada*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 33.

não pode dispor do seu direito da personalidade por qualquer razão, por estes direitos estarem intrinsicamente ligados com a dignidade da pessoa humana.<sup>83</sup>

Um impasse vem surgindo e merece uma análise mais detalhada entre os direitos fundamentais a vida e a religião e a autonomia privada do titular. A polêmica surge com a religião Testemunhas de Jeová que se negam a receber transfusão sanguínea. Em algumas situações, há o choque entre os direitos fundamentais à vida e a liberdade religiosa.<sup>84</sup>

Afirmar a supremacia do direito à vida não encontra qualquer fundamento jurídico em nosso ordenamento, pois não há hierarquização de direitos fundamentais. O conflito entre os direitos fundamentais requer uma análise de qual direito deverá prevalecer. A liberdade religiosa aparece no artigo 5º, inciso VI da Constituição Federal, como direito fundamental. Portanto, a recusa das Testemunhas de Jeová em não reutilizar o sangue que é descartado do corpo deve ser assegurada, pois implica na garantia da crença do indivíduo.<sup>85</sup>

Ademais, o não recebimento da transfusão sanguínea não oferece riscos à saúde de outrem e sim do próprio fiel. Trata-se, portanto, de um exercício livre e consciente da autonomia da pessoa. Obrigar uma Testemunha de Jeová a receber transfusão de sangue, mesmo que corra risco de vida, caracteriza uma ofensa à sua dignidade, intimidade e liberdade de autodeterminar-se.<sup>86</sup>

A autonomia privada ajuda a concretizar os direitos da personalidade, e conseqüentemente, protege a dignidade da pessoa humana. A liberdade quanto ao momento e ao modo de morte, nada mais é do que o respeito à essência humana e a possibilidade de autodeterminação. O exercício da autonomia se vincula aos valores constitucionais, devendo sempre ser orientada a valorização da pessoa humana.<sup>87</sup>

---

<sup>83</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e Autonomia Privada*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 33.

<sup>84</sup> SCHREIBER, Fernando. *Direitos de personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 51.

<sup>85</sup> SCHREIBER, Fernando. *Direitos de personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 52.

<sup>86</sup> SCHREIBER, Fernando. *Direitos de personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 53.

<sup>87</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e Autonomia Privada*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 51.

## 2. TESTAMENTO VITAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O testamento vital não está previsto expressamente em lei, portanto, serão investigados neste capítulo os princípios e as normas norteadoras deste instituto no ordenamento jurídico brasileiro. Analisar-se-á, ainda, seus aspectos nas Resoluções do Conselho Federal de Medicina.

### 2.1 - Testamento vital e dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988

A sociedade se tornou plural tanto em relação à concepção de vida, como aos interesses essenciais, tornando substancial o respeito à proteção normativa básica. Portanto, a Constituição visa à integração política, atendendo as necessidades vitais de todos os seus membros para uma convivência livre e digna.<sup>88</sup>

A Constituição Federal qualificou como direitos fundamentais, entre outros, a liberdade (artigo 5º, *caput*), a intimidade e a privacidade (artigo 5º, inciso X). Por isso, decisões de foro íntimo, com repercussão apenas na esfera pessoal, não podem ser tomadas de antemão por um terceiro, mesmo que seja o legislador.<sup>89</sup>

Decisões que envolvem circunstâncias relativas ao próprio corpo abrangem a esfera de intimidade e de liberdade, pois dizem respeito à essencialidade da própria existência da pessoa humana, o que denomina o cerne da pessoalidade.

A preocupação principal do Estado em conter o poder foi substituída por novas funções e tarefas essenciais para a própria existência da comunidade política. O aumento das desigualdades sociais, o crescimento demográfico acelerado e a acentuada concentração de renda fez com que o Estado assumisse um papel ativo na redefinição social, objetivando a integração nacional e buscando a justiça social.

90

---

<sup>88</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 56.

<sup>89</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 15.

<sup>90</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2014. Editora Saraiva. São Paulo - p. 56.

O ordenamento jurídico, segundo Norberto Bobbio, é complexo pelo fato de suas leis não serem originadas de uma única fonte. Se tivéssemos normas provenientes apenas do poder originário, poderíamos ter um ordenamento jurídico simples. Porém, não é isso que acontece, pois a sociedade necessita de normas de vários gêneros sociais, religiosas, morais, usuais, consuetudinárias, regras convencionadas e assim por diante.<sup>91</sup>

As fontes do direito são os atos ou os fatos que dependem do ordenamento jurídico para a produção de normas. Portanto, o ordenamento além de regular o comportamento das pessoas – normas de conduta; regula o modo como às regras devem ser produzidas – normas de estrutura.<sup>92</sup>

Apesar de o ordenamento jurídico ser algo complexo, ele deve ser considerado algo unitário, uma unidade. Assim sendo, as normas que compõe um ordenamento jurídico não estão em um mesmo plano. Há normas inferiores e normas superiores – aquelas dependem destas.<sup>93</sup> Bobbio afirma que em um ordenamento jurídico, por existirem normas superiores e inferiores, as normas são dispostas em ordem hierárquica.<sup>94</sup>

Acima das normas inferiores e superiores, encontram-se as normas supremas, nas quais não se encontra nenhuma norma superior e naquela repousa a unidade do ordenamento jurídico. Esta norma suprema é também chamada de norma fundamental. Portanto, esta norma suprema unificará todas as outras normas que compõe o ordenamento. Ou seja, as várias fontes que espalham todas as normas serão unificadas pela norma fundamental.<sup>95</sup>

A norma fundamental exerce um papel primordial no ordenamento jurídico, pois sem esta norma, não teríamos um ordenamento e sim um amontoado de normas sem conexão. Logo, as normas por mais diversas que sejam suas fontes devem ser ligada a uma norma fundamental.<sup>96</sup>

---

<sup>91</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: UnB, 1995. p. 41.

<sup>92</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: UnB, 1995. p. 45.

<sup>93</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: UnB, 1995. p. 49.

<sup>94</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: UnB, 1995. p. 50.

<sup>95</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: UnB, 1995. p. 49.

<sup>96</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: UnB, 1995. p. 49.

A norma, componente do ordenamento, pressupõe um poder normativo, norma significa imposição de obrigações, e onde há obrigações há poder. Havendo conflitos entre normas é importante salientar que o critério hierárquico (normas superiores e inferiores) prevalecerá sobre o critério cronológico (norma mais recente).<sup>97</sup>

A partir da consideração feita por Bobbio, pode-se afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana é uma norma suprema. Pois todas as normas que forem criadas deverão respeitar este preceito. A dignidade da pessoa humana é o mais amplo princípio constitucional, nascendo no ordenamento jurídico como elemento unificador das normas e categorias jurídicas.<sup>98</sup>

A doutrina contemporânea entende que as normas jurídicas são gênero e as regras e princípios são espécies. Princípios, diferentemente das regras, são abstratos e precisam de uma aplicação discursivo-interpretativa ao caso concreto. O estudo sobre o testamento vital se aterá aos princípios da autonomia privada, do direito à vida digna e da dignidade da pessoa humana. Entende-se ser o melhor que se associa com a perspectiva democrática e com a pluralidade dos projetos de vida.<sup>99</sup>

O preceito da dignidade da pessoa humana está intrinsecamente amarrado à subjetividade da moralidade da pessoa, de forma que a determinação da dignidade está sujeita à discricionariedade do paciente.

A dignidade da pessoa humana está prevista na Constituição Federal do Brasil, constituindo-se em fundamento da República Federativa do Brasil. Está regulamentada no artigo 1º, inciso III.<sup>100</sup> Logo, não é apenas um direito subjetivo e

---

<sup>97</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: UnB, 1995. p. 107.

<sup>98</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos da personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 7.

<sup>99</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 18-20.

<sup>100</sup> “Art.1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana.”

sim, uma cláusula geral constitucional.<sup>101</sup> Consagra que o Estado deve ter uma organização centrada no ser humano, e não em qualquer outro referencial.<sup>102</sup>

O princípio da dignidade da pessoa humana ao falar “pessoa humana” não constitui um pleonasma, pois essa expressão se opõe a pessoa jurídica, portanto a dignidade não abrange a pessoa jurídica. O ordenamento jurídico brasileiro reconheceu a qualidade de digno apenas para a pessoa humana. Basta ter a qualidade de humano, mesmo que ainda não nascido, para esse princípio ser inerente.<sup>103</sup>

O artigo 5º da Constituição de 1988 enuncia a maior parte dos direitos fundamentais de primeira geração, estendidos aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País.<sup>104</sup> O inciso III do supracitado artigo,<sup>105</sup> reservou a vedação a tortura e ao tratamento desumano ou degradante. Este dispositivo constitucional, assim como os outros, deve ser visto com elasticidade e dimensão múltipla para atender a vida cotidiana e orientar o comportamento humano.

Tratamento desumano, ou cruel, é aquele comportamento repudiado e condenado, ação regada de perversidade que afronta a dignidade da pessoa humana. Entende desumano – tratamento indevido ao ser humano - aquele que provoca imenso sofrimento mental e físico e atinge direta ou indiretamente a dignidade da pessoa, seus direitos fundamentais, bem como seus direitos de personalidade – integridade física, moral, psicológica, social, entre outros.<sup>106</sup>

O tratamento degradante, similar ao desumano, humilha, diminui e desqualifica a condição de ser humano. A pessoa age contra sua vontade ou

---

<sup>101</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos da personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 14.

<sup>102</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. Rio de Janeiro: Método, 2010. p. 90.

<sup>103</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos da personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 15.

<sup>104</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. Rio de Janeiro: Método, 2010. p. 165.

<sup>105</sup> “Art.5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.”

<sup>106</sup> GONÇALVES, Wilson José. *Dimensão do tratamento desumano ou degradante*. Disponível em: <file:///C:/Users/usuario/Downloads/Gon%C3%A7alves\_2010\_Dimensao-do-tratamento-desuman\_2537.pdf>. Acesso em: 22 de outubro de 2014.

consciência. Ambas as situações posicionam o outro em condição inadequada e discriminatória, contrariando os valores constitucionais de uma sociedade fraterna, plural, sem preconceitos e com fundamento na dignidade da pessoa humana.<sup>107</sup>

A dignidade da pessoa humana é a célula mãe de todos os demais princípios e normas. O direito à vida digna deve ser estendido ao direito a uma morte digna. Pois a dignidade deve ser observada em todo e qualquer direito fundamental. Vale lembrar que é assegurado o direito à vida e não o dever a vida a qualquer custo e condição, pois como já discutido anteriormente, é vedado o tratamento desumano ou degradante.<sup>108</sup>

Por conseguinte, há inúmeros casos de enfermidade incurável e dolorosa, em que a pessoa é submetida a um tratamento fútil e desnecessário, sob o empenho exaustivo do direito à vida, tornando vulnerável a dignidade, além de impossibilitar o exercício da sua liberdade individual legalmente garantida.<sup>109</sup>

Pode ocorrer um conflito entre o direito à vida e a garantia da dignidade da pessoa humana. Deve-se observar se o direito à vida é amplamente considerado, porém o princípio da dignidade humana se sobrepõe a mera garantia do direito à vida, pois este direito deve estar diretamente condicionado ao fundamento da República.<sup>110</sup> Ademais, a proteção é ao direito à vida e não ao dever à vida.

Na situação de conflito entre princípios jurídicos e regras jurídicas que se encontrem no mesmo plano normativo, exemplo a Constituição Federal de 1988, deve haver a ponderação. Gilmar Mendes entende que é possível que a própria norma constitucional forneça indícios sobre o critério de avaliação ou até mesmo as regras de ponderação a serem adotadas.<sup>111</sup>

---

<sup>107</sup> GONÇALVES, Wilson José. *Dimensão do tratamento desumano ou degradante*. Disponível em: <file:///C:/Users/usuario/Downloads/Gon%C3%A7alves\_2010\_Dimensao-do-tratamento-desuman\_2537.pdf>. Acesso em: 22 de outubro de 2014.

<sup>108</sup> ADONI, Andre Luís. *Bioética e biodireito: aspectos gerais sobre a eutanásia e o direito à morte digna*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 411.

<sup>109</sup> ADONI, Andre Luís. *Bioética e biodireito: aspectos gerais sobre a eutanásia e o direito à morte digna*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 411.

<sup>110</sup> LIPPMANN, Ernesto. *Testamento Vital – o direito a dignidade*. São Paulo: Matrix, 2013. p. 23.

<sup>111</sup> MENDES, Gilmar. *O princípio da proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal: novas leituras*. Disponível em: < [http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_5/dialogo-juridico-05-agosto-2001-gilmar-mendes.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/dialogo-juridico-05-agosto-2001-gilmar-mendes.pdf)>. Acesso em: 22 de outubro de 2014.

O juízo de ponderação deve ser rigorosamente aplicado e tem como objetivo buscar o equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador. Portanto, utiliza-se do princípio da proporcionalidade e razoabilidade como regra da ponderação entre os direitos em conflito.<sup>112</sup>

Importante salientar que os direitos fundamentais elucidados na Constituição Federal de 1988 podem sofrer limitações, ou seja, não são direitos absolutos. Por isso, é importantíssimo o juízo de ponderação no caso de colisão entre normas constitucionais.

A elaboração do testamento vital encontra validade na Constituição Federal de 1988, pois retrata o exercício da dignidade da pessoa humano aliada à sua liberdade de escolha e autodeterminação.

## **2.2 - Testamento vital e dignidade da pessoa humana no Código Civil Brasileiro**

O testamento vital é negócio jurídico unilateral e de natureza personalíssima. A pessoa declara como deseja ser tratada do ponto de vista médico se estiver em uma situação de doença incurável e inconsciente. Por conseguinte, o testamento vital é uma declaração escrita de vontade de um paciente quanto aos tratamentos que deseja ou não ser submetido caso esteja impossibilitado de manifestar sua vontade.<sup>113</sup>

A expressão *living will* surgiu nos Estados Unidos em 1967 e foi adotada, em diversas legislações, ora como testamento vital, ora como testamento biológico. O dicionário Oxford apresenta como traduções de *will* três substantivos – “vontade”, “desejo” e “testamento”. De outro modo, a tradução de *living* pode ser o substantivo “sustento”, o verbo “vivendo” e o adjetivo “vivo”.<sup>114</sup>

---

<sup>112</sup> MENDES, Gilmar. *O princípio da proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal: novas leituras*. Disponível em: < [http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_5/dialogo-juridico-05-agosto-2001-gilmar-mendes.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/dialogo-juridico-05-agosto-2001-gilmar-mendes.pdf)>. Acesso em: 22 de outubro de 2014.

<sup>113</sup> LIPPMANN, Ernesto. *Testamento vital – direito à dignidade*. São Paulo: Editora Matrix, 2013. p.17.

<sup>114</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 2.

Portanto, é questionável se este instituto, primeiramente, foi equiparado a um testamento ou se houve uma confusão na tradução para outro idioma.

A pessoa em uma unidade de terapia intensiva (UTI) tem, muitas vezes, dificuldade ou incapacidade de expressar sua vontade. Neste contexto, o paciente pode estar impossibilitado de dizer se gostaria que fossem feitos esforços para reanimá-lo, qual tratamento aceitaria ou rejeitaria. No caso de doença sem chances de cura, se gostaria de sofrer intervenções cirúrgicas ou invasivas. As escolhas do paciente dependem dos seus valores morais, espirituais e do momento anterior a sua doença.<sup>115</sup>

O novo Código Civil de 2002 foi norteado por um conjunto de diretrizes fundamentais. São quatro diretrizes: a sistematicidade, a operabilidade, a eticidade e a sociabilidade. A eticidade e a sociabilidade são bastante conexas, pois regras dotadas de alto conteúdo social são fundamentalmente éticas; e normas éticas têm afinidade com a sociabilidade.<sup>116</sup>

As regras jurídicas são realizadas na construção histórica, consubstanciando as dimensões da cultura. No Direito Civil esta adequação é particularmente observada, pois traz regras aplicáveis às pessoas enquanto pessoas, aos homens enquanto homens, os quais se relacionam necessariamente em comunidade.<sup>117</sup>

O Direito Privado, portanto, representa-se como direito dos particulares como portadores da sua própria singularidade, mas também da necessidade de comunicá-la aos outros; da necessidade de defender a própria personalidade, mas também de desenvolvê-la na sociedade que a enriquece e não a comprime.<sup>118</sup>

O conteúdo do direito privado está muito próximo ao valor que historicamente é dado à pessoa e às suas relações com os demais bens da vida, patrimoniais ou existenciais, como a esfera do ser, do ter e do agir. Portanto, se em primeiro plano a pessoa humana está valorada por si só, pelo exclusivo fato de ser pessoa – em sua

---

<sup>115</sup> LIPPMANN, Ernesto. *Testamento vital – direito à dignidade*. São Paulo: Editora Matrix, 2013. p.17.

<sup>116</sup> BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Matrix, 2002. p. 130.

<sup>117</sup> BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Matrix, 2002. p. 131.

<sup>118</sup> BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Matrix, 2002. p. 131.

irredutível subjetividade e dignidade, dotada de personalidade singular – o Direito passa a construir princípios e regras que visam à tutela e ressaltam a dimensão ética das normas jurídicas.<sup>119</sup>

A sociabilidade também está presente no fundamento das regras civis. A relação entre a dimensão individual e a comunitária do ser humano constitui um tema presente há séculos. Aristóteles identificou como um problema de filosofia política, e ainda hoje, a sociabilidade é apanhada pelo Direito conforme os valores da atual experiência jurídica.<sup>120</sup>

O Direito Civil atual representa uma reação ao excesso de individualismo, trazendo o princípio da função social que incube transformá-lo em instrumento concreto de ação. Portanto, a função social e a boa-fé – uma face marcadamente ética e outra solidarista – instrumentalizam o Código Civil de 2002.<sup>121</sup>

O fundamento legal do testamento vital é o respeito à autonomia do paciente e seu direito de decidir sobre os procedimentos médico que afetem sua integridade corporal e sua saúde.<sup>122</sup> Esse direito está previsto no artigo 15 do Código Civil, de que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica”.

Este dispositivo alude ao princípio do consentimento informado. É uma inovação do Código Civil de 2002, pois não há correspondente no Código de 1916. Este dispositivo é indissolvelmente relacionado com o direito à vida em sua dimensão humana. Seu valor jurídico fundamental está na dignidade da pessoa humana – núcleo dos demais direitos que lhe são inerentes.<sup>123</sup>

A redação desse artigo traz um flagrante equívoco. Conforme entendimento de Anderson Schreiber, o artigo sugere que não havendo risco de vida, qualquer pessoa pode ser constrangida a submeter-se a tratamento médico ou intervenção

---

<sup>119</sup> BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Matrix, 2002. p. 132.

<sup>120</sup> BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Matrix, 2002. p. 144.

<sup>121</sup> BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Matrix, 2002. p. 144.

<sup>122</sup> LIPPMANN, Ernesto. *Testamento vital – direito à dignidade*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 130.

<sup>123</sup> OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de. *Novo Código Civil anotado (arts. 1º a 232)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 67.

cirúrgica. Claramente, isso está bem distante da realidade, pois toda a produção científica recente enfatiza a necessidade da concordância do paciente para qualquer espécie de tratamento.<sup>124</sup>

O entendimento é que qualquer etapa de um tratamento médico necessário ou dirigido à cura deve ser informada ao paciente e a participação do enfermo no consentimento é obrigatória. Portanto, o médico não está autorizado a ir além do que o paciente expressamente consentir. Daí a importância do testamento vital, pois ele garante a vontade do paciente e determina as diretrizes as quais os profissionais de saúde deverão seguir. Contribui para a interação e confiança na relação médico - paciente.<sup>125</sup>

No ordenamento jurídico é defeso compelir a pessoa consciente a se submeter a tratamento médico ou intervenção cirúrgica, mesmo que sem risco de vida. Portanto, faculta ao paciente decidir se quer ou não submeter-se a tratamento ou cirurgia, devendo ser informado pelo médico que o atende a implicação de sua escolha.<sup>126</sup>

Entretanto, tal consentimento informado pode restar prejudicado, se o paciente estiver impossibilitado de compreender e manifestar a recusa ou aceitação do tratamento. Assim sendo, o testamento vital é instrumento válido para evitar a vulnerabilidade do paciente ao ser submetido a tratamentos fúteis e extraordinários que.<sup>127</sup>

A convenção para proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano relativa às aplicações da Biologia e da Medicina de 1997, estabelece em seu artigo 5º que “qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efetuada depois de a pessoa ter dado o seu consentimento livre e esclarecido”.<sup>128</sup>

O princípio do consentimento informado surgiu após a Segunda Guerra Mundial. As experimentações humanas foram normatizadas com o Código de

---

<sup>124</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 53.

<sup>125</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 53.

<sup>126</sup> OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de. *Novo Código Civil anotado (arts. 1º a 232)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 68.

<sup>127</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 180.

<sup>128</sup> OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de. *Novo Código Civil anotado (arts. 1º a 232)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 68.

Nuremberg de 1947. Uma resposta ético-jurídica às intervenções médicas não autorizadas pelo interessado.<sup>129</sup>

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XVI, garante o direito à informação a qualquer cidadão brasileiro. Esse direito fundamental tem caráter geral. Neste trabalho, interessa a informação médica.

O atual Código de Ética Médica, em seu artigo 59, prevê que os médicos devem informar ao paciente o prognóstico, o diagnóstico, os riscos e os objetivos do tratamento. Portanto, não havendo dano ao paciente, é dever dos médicos prestarem todo e qualquer esclarecimento ao paciente.<sup>130</sup>

O consentimento do paciente, portanto, deve atender a três requisitos: ter capacidade para consentir; o consentimento deve ser voluntário; e que tenha sido informado sobre o risco de vida que implica tal tratamento ou cirurgia.<sup>131</sup>

O consentimento informado e o respeito à autonomia legitimam o testamento vital, pois não pode o paciente ser prejudicado em sua vontade por se encontrar limitado. Por isso, essa diretiva antecipada de vontade é muito importante para a garantia da dignidade da pessoa humana ao concretizar a sua vontade em tratamentos médicos.

Outro artigo do Código Civil que regula a disposição do próprio corpo é o artigo 13. Ele versa que “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”.

Este dispositivo é uma inovação do Código Civil de 2002 e trata da utilização do próprio corpo pela pessoa. Portanto, discute se o indivíduo pode dispor de parte do seu corpo e em que medida isso é possível.<sup>132</sup>

Porém, a doutrina tem feito críticas a esse dispositivo. Primeiro, ao autorizar qualquer disposição do próprio corpo por exigência médica, elevando a

---

<sup>129</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 60.

<sup>130</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 63.

<sup>131</sup> OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de. *Novo Código Civil anotado (arts. 1º a 232)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 69.

<sup>132</sup> OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de. *Novo Código Civil anotado (arts. 1º a 232)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 62.

recomendação de um médico a um patamar superior a qualquer avaliação moral, ética ou jurídica. Segundo, o artigo 13 veda a disposição do próprio corpo que importe na diminuição permanente da integridade física, sugerindo, a contrário sensu, que estariam autorizadas reduções não permanentes. Por último, o final do artigo alude a noções de “bons costumes”, o que é totalmente vago e impreciso diante de tantas inovações tecnológicas e científicas.<sup>133</sup>

A expressão “bons costumes”, historicamente foi utilizada para dar suporte jurídico ao conservadorismo das classes dominantes e à rígida manutenção dos *status quo*. Hoje, essa expressão tem sido abandonada pela produção tanto legislativa quanto acadêmica. Em se tratando de “bons costumes” em relação ao ato de disposição do corpo é bem preocupante, e o artigo 13 tem um escopo proibitivo.

<sup>134</sup>

Em relação à diminuição temporária - permitida pelo artigo 13 - da integridade física, ela por si só não pode ser considerada legítima, pois além de observar a duração, deve, principalmente, observar a finalidade dessa diminuição.<sup>135</sup> Por isso, o artigo 13 do Código Civil recebe tantas críticas, pois todos os atos de diminuição temporária estariam autorizados, e aqueles de diminuição permanente seriam proibidos.<sup>136</sup>

Feitas as considerações pertinentes, percebe-se a importância do testamento vital para a garantia da dignidade da pessoa humana, o respeito à autonomia e o não constrangimento de pacientes terminais a tratamentos fúteis e extraordinários.<sup>137</sup> O desejo e consentimento do paciente ficam claramente anotados por meio desta diretiva antecipada de vontade e assim há a garantia de uma vida digna, e principalmente, de uma morte digna.

---

<sup>133</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 34.

<sup>134</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 35.

<sup>135</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 39.

<sup>136</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 43.

<sup>137</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 179-180.

### 2.3 - O testamento vital e a dignidade da pessoa humana nas Resoluções do Conselho Federal de Medicina

O Conselho Federal de Medicina (CFM) editou duas importantes resoluções para legitimar o testamento vital e assegurar a autonomia dos pacientes em fim de vida – a Resolução nº 1.995/2012 e a Resolução nº 1.805/2006.

A Resolução nº 1.805/2006 contém apenas três artigos. O preâmbulo autoriza que o médico limite ou suspenda, na fase terminal de doenças graves, tratamentos que prolonguem a vida do doente. Porém, devem ser mantidos os cuidados paliativos que são “os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal”.<sup>138</sup>

Trata-se da ortotanásia. É permitido ao médico descontinuar ou não iniciar tratamentos de prolongamento artificial da vida em situações de doenças incuráveis ou no caso de término da vida. A resolução afirma no artigo 1º, § 1º, que “o médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação”. Esse dispositivo revela o princípio do consentimento informado – absolutamente essencial ao ser humano para exercer o seu livre direito de escolha.<sup>139</sup>

O artigo 2º versa sobre a necessidade de continuar os cuidados paliativos. Entende-se por ser todo cuidado que garante aos pacientes terminais qualidade de vida até o momento da morte. Dessa forma há garantia da dignidade do ser humano evitando qualquer tipo de sofrimento, seja ele físico ou psíquico. Portanto, a suspensão ou limitação de tratamentos serão somente daqueles considerados fúteis ou extraordinários. Tratamento fútil é aquele que não gera qualquer benefício para o paciente seja no aspecto de melhora da doença ou na qualidade de vida do enfermo.<sup>140</sup>

A aprovação da Resolução nº 1.805/2006 foi parar na 14ª Vara Federal do Distrito Federal, por conta da repercussão social que causou. O Ministério Público

---

<sup>138</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 155-156.

<sup>139</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 60.

<sup>140</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 39-40.

Federal (MPF) ajuizou uma ação civil pública contra o CFM questionando a citada resolução. O MPF pleiteou a nulidade da resolução por entender que esse conselho profissional não tinha o poder regulamentador, pois a conduta classificada como ética era tipificada como crime.<sup>141</sup>

O CFM contestou assegurando que a Resolução era plenamente válida, pois não se trata de eutanásia ou de distanásia, mas sim de ortotanásia. A ortotanásia não é crime e tem como objetivo garantir o direito a uma morte correta, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana. Ademais, a Medicina Paliativa surge para proporcionar conforto ao paciente diante de uma morte menos dolorosa e mais digna.<sup>142</sup>

Depreende-se que dessa ação civil pública houve uma manifesta confusão entre os conceitos da eutanásia, ortotanásia e suicídio assistido. O MPF considerou que a Resolução do CFM era caso de eutanásia, enquanto ela trata sobre a ortotanásia. Na eutanásia ocorre o ato de terceiro, movido pelo sentimento de piedade, que provoca a morte de paciente terminal ou com doença incurável. Já na ortotanásia é a conduta omissiva do médico para atender a vontade do paciente em morrer “no tempo certo”.<sup>143</sup>

O magistrado entendeu que:

(...) a ortotanásia não antecipa o momento da morte, mas permite tão-somente a morte em seu tempo natural e sem utilização de recursos extraordinários postos à disposição pelo atual estado da tecnologia, os quais apenas adiam a morte com sofrimento e angústia para o doente e sua família.<sup>144</sup>

A ortotanásia é válida no Brasil, pois coaduna com os princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia privada. É prática terapêutica e nada tem a ver com conduta criminosa, pois a manutenção da vida a qualquer preço deve ser entendida como prática de tortura, pois prolonga o sofrimento do paciente e de seus

---

<sup>141</sup> BRASIL, Ação Civil Pública. Sentença Processo n. 2007.34.00.014809-3. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

<sup>142</sup> BRASIL, Ação Civil Pública. Sentença Processo n. 2007.34.00.014809-3. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

<sup>143</sup> BRASIL, Ação Civil Pública. Sentença Processo n. 2007.34.00.014809-3. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

<sup>144</sup> BRASIL, Ação Civil Pública. Sentença Processo n. 2007.34.00.014809-3. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

familiares. Após o ajuizamento da citada ação civil pública, em 2009, o CFM aprovou o novo Código de Ética Médica que em seus princípios confirma a atuação médica a fim de garantir a ortotanásia, propiciando sempre os cuidados paliativos.<sup>145</sup>

Depois da aprovação deste código, o MPF apresentou alegações finais concordando com o CFM. O juiz, na sentença, afirmou a competência do CFM na edição da Resolução nº 1805/2006. Ademais, afirmou que a ortotanásia não constitui crime e que essa conduta apresenta a transição da era paternalista para uma medicina preocupada com o bem-estar do ser humano. Portanto, a atenção deve ser canalizada para o ser humano e não mais para a doença.<sup>146</sup>

No dia 31 de agosto de 2012, o Conselho Federal de Medicina publicou no Diário Oficial da União a Resolução nº 1995 que dispõe sobre o testamento vital. Diretiva antecipada de vontade que sugere as pessoas a deixar registrado a sua vontade em relação ao fim de sua vida, exercendo sua autonomia privada. Primeira regulamentação sobre o tema no Brasil.

Não houve a legalização das diretivas antecipadas de vontade, uma vez que as resoluções editadas pelo Conselho Federal de Medicina têm natureza administrativa e vinculam apenas a comunidade médica.

A Resolução nº 1995/2012 é genérica e não trás especificação e orientação à forma de elaborar o testamento vital. Dispõe que os médicos devem anotar no prontuário do paciente (artigo 2º, § 2º) todas as vontades comunicadas e a ele é facultado registrar em cartório. Vale lembrar que as normas da resolução tem força de lei, apenas, para os médicos. Enquanto no Brasil não tiver uma lei orientadora é recomendado que se faça o registro em Cartório.

Porém, não é a mera transcrição no prontuário. O médico tem o dever de informar e esclarecer o paciente sobre todo e qualquer tipo de tratamento possível. Assim sendo, a figura do médico é imprescindível para orientar o paciente e seus

---

<sup>145</sup> DADALTO, Luciana. Testamento vital. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 158-161.

<sup>146</sup> DADALTO, Luciana. Testamento vital. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 162-163.

familiares sobre as diretivas antecipadas, garantindo que o paciente manifeste exatamente a sua vontade.<sup>147</sup>

A informação, constante na resolução, de que o paciente pode recusar os tratamentos extraordinários é vaga podendo comprometer a efetividade do testamento vital. Isto porque há divergência quanto à classificação de tratamentos extraordinários ou cuidados paliativos, como por exemplo, a hidratação e nutrição.

148

O CFM, em nota esclarecedora, afirma que esta resolução respeita a vontade do paciente conforme o conceito de ortotanásia. O testamento vital deverá ser elaborado conforme as disposições do ordenamento jurídico do Brasil. Portanto, se a eutanásia é proibida, não haverá a possibilidade de elaboração de uma diretiva antecipada de vontade nesses moldes.

Deve-se notar a recomendação para a criação de um Registro Nacional de Testamento Vital ou de Diretivas Antecipadas para possibilitar aos médicos o acesso aos registros feitos pelos pacientes antes do diagnóstico. Isso possibilita a efetividade no cumprimento da vontade do paciente, não tornando tal declaração inócua.

O testamento vital surge como um instrumento para garantir a morte digna, na tentativa de evitar uma morte sofrida. Cotidianamente, a comunidade médica vivencia situações de fim da vida e o objetivo maior é proporcionar a tranquilidade do paciente atendendo seus desejos e evitando um sofrimento maior.

O objetivo maior na terapia intensiva, com doenças graves ou sem chances de cura, é aliviar o sofrimento do outro. Nas questões existenciais nem sempre a medicina dá conta, mas dores físicas, desconfortos, transtornos psíquicos, sintomas alucinatórios são minimizados através de medicamentos e uma equipe médica interdisciplinar focada no bem-estar do paciente.

A relação interpessoal médico-paciente é fundamental para o tratamento digno, porém quando há conflito de interesses entre familiares o documento

---

<sup>147</sup> DADALTO, Luciana. Testamento vital. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 165-166.

<sup>148</sup> DADALTO, Luciana. Testamento vital. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 164.

testamento vital é de fundamental importância para a garantia da vontade do paciente. Ademais, assegura o cumprimento de seus desejos em caso de impossibilidade de comunicação ou dessa relação interpessoal.

Deste modo, no choque de vontades, a equipe médica deve priorizar a do paciente, conforme ensinado por Kant, o indivíduo não pode “servir de instrumento à satisfação dos interesses de outros indivíduos”. A autodeterminação da pessoa deve ser sempre respeitada sob pena de colocar em cheque o princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>149</sup>

A Resolução nº 1.995/2012, portanto, garante ao paciente o direito de expressar sua vontade acerca de tratamentos médicos e que esta declaração seja prontamente respeitada pelo clínico. Possibilita ao cidadão a certeza de que tendo manifestado sua vontade, por meio do testamento vital, esta será cumprida.

---

<sup>149</sup> DADALTO, Luciana. Testamento vital. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 169.

### 3. O TESTAMENTO VITAL NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E NO DIREITO-ESTRANGEIRO

O presente capítulo apresenta a aplicação do testamento vital na jurisprudência brasileira e no direito estrangeiro. Será feita a análise de julgados e das experiências estrangeiras que demonstram os critérios doutrinários estabelecidos para a aceitação da diretiva antecipada de vontade do paciente para a preservação da dignidade da pessoa humana. Serão abordados de forma a verificar o uso habitual do instituto nos Tribunais brasileiros e nos Estados estrangeiros, proporcionando uma melhor compreensão do que foi abordado nos capítulos anteriores.

#### 3.1 Jurisprudência favorável ao testamento vital com aplicação inadequada

3.1.1 *Dados do julgado: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação nº 7.005.498.826-6, 1ª Câmara Cível, Rel. Desembargador IRINEU MARIANI, j. em 20/11/2013.*

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, Rel. Desembargador IRINEU MARIANI, Julgado em 20/11/2013, Dje 27/11/2013) (grifo nosso).

Trata-se de ação de Alvará Judicial para Suprimento de Vontade do Idoso, proposta pelo Ministério Público, na cidade de Viamão - Estado do Rio Grande do Sul. Há a discussão do direito do idoso a recusar a amputação de um membro necrosado. A decisão dos desembargadores do TJ/RS foi pelo reconhecimento do direito constitucional do idoso em recusar a amputação, dado o manifesto desejo do paciente através de um testamento vital em conformidade com a Resolução nº 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina.

Esse foi o primeiro acórdão que analisou o testamento vital diante de um caso concreto. Porém, ao ler a totalidade da decisão, infelizmente, o que se percebe é a manifestação do paciente de recusa de tratamento e não a elaboração de um testamento vital, uma vez que o idoso não estava em situação de terminalidade da vida.

O idoso João Carlos Ferreira, com 79 anos, estava em processo de necrose do pé esquerdo, necessitando realizar o procedimento da amputação de membro, recusado de forma veemente. O paciente estava em um hospital e sem a presença de parentes, portanto, o Ministério Público solicitou ao Poder Judiciário que determinasse a amputação, pois a não realização deste procedimento levaria o paciente a óbito. Este pedido foi formulado com o fundamento da incapacidade do idoso (estaria com quadro depressivo) e a indisponibilidade do direito à vida.

O juiz de direito indeferiu o pedido por falta de provas nos autos que confirmassem o risco de vida que o idoso sofria. Ademais, afirmou que apesar do quadro depressivo, a sua capacidade estava plena para recusar o tratamento. O Ministério Público apelou da decisão e o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu, em conformidade com o juiz de primeira instância, pelo respeito à vontade do idoso em não amputar seu pé esquerdo.

A decisão dos desembargadores baseou-se na manifestação de vontade do paciente, entendida por eles como testamento vital, segundo o qual “figura na Resolução n. 1995/2012 do CFM” que “prevê a possibilidade de a pessoa se manifestar a respeito, mediante três requisitos: (1) a decisão do paciente deve ser

feita antecipadamente, isto é, antes da fase crítica; (2) o paciente deve estar plenamente consciente; (3) deve constar que a sua manifestação de vontade deve prevalecer sobre a vontade dos parentes e dos médicos que o assistem”.<sup>150</sup>

A importância dessa decisão foi o reconhecimento, de forma corajosa, da primazia da vontade do paciente sobre a indisponibilidade do direito à vida. Porém, a equiparação da vontade do idoso com o testamento vital deve ser cuidadosa, pois os autos do processo não deixaram claro sobre a real condição de saúde do paciente. Não há informações e nem provas se este paciente estava correndo risco de vida, com alguma doença ameaçadora da vida, fora de possibilidades terapêuticas.<sup>151</sup>

Parece, portanto, tratar-se de um caso com mera recusa de tratamento, sem qualquer ligação com o fim da vida. Ainda, contata-se na decisão uma contradição, pois os três requisitos, citados no acórdão para afirmar estar diante de um testamento vital, estão ausentes.

Primeiramente, o paciente manifestou sua vontade na fase crítica, pois a recusa de amputar a perna surge no momento que recebe o diagnóstico da necessidade de realização de tal procedimento. Para atender ao primeiro requisito – manifestação antecipada – o paciente deveria ter esclarecido sua vontade antes de estar com o quadro infeccioso, declarando a sua vontade em não amputar membro diante de uma infecção, ainda que essa decisão lhe causasse a morte.<sup>152</sup>

Em segundo lugar, o paciente estava diagnosticado como depressivo – doença que pode retirar a capacidade de discernimento, ou seja, a capacidade de consentir do indivíduo. Esta capacidade é requisito essencial para manifestação de vontade. Assim sendo, percebe-se a falha dos magistrados de primeira e segunda instância, em não dar atenção necessária ao quadro depressivo do paciente. Deveria ter sido feito um laudo psiquiátrico para demonstrar se o paciente apresentava ou não discernimento para tomar a decisão, e ainda, se a depressão

---

<sup>150</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação cível*. Decisão disponível no site: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70054988266&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as\\_q=>](http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70054988266&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>)>. Acesso em: 15 mar. de 2015.

<sup>151</sup> DADALTO, Luciana. Testamento vital. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 174.

<sup>152</sup> DADALTO, Luciana. Testamento vital. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 175.

não foi o fator de desestímulo de continuar a viver, que levou a desistir da recuperação de sua perna.

Apesar do importante reconhecimento da primazia da vontade do paciente, a decisão apresentou um retrocesso quanto à implementação das Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV) no Brasil. Houve a utilização inadequada desse instituto e pode abrir precedentes para outras decisões judiciais que se valham do testamento vital, interpretando-o de maneira incorreta. Pois, este documento é manifestação de vontade com relação a tratamento e cuidados que a pessoa deseja se submeter quando estiver impossibilitada de manifestar sua vontade e fora de possibilidades terapêuticas.

## 3.2 Direito estrangeiro

### 3.2.1 Experiência norte-americana

O testamento vital foi proposto, primeiramente, pela Sociedade Americana para a Eutanásia em 1967. Entendido como um documento de cuidados antecipados que o indivíduo manifesta seu desejo de interrupção de tratamento médicos de manutenção da vida a qualquer preço.<sup>153</sup>

Luiz Kutner foi responsável por cunhar o primeiro modelo de *living will* em 1969. Neste documento de consentimento livre e esclarecido, além das decisões sobre tratamentos médicos, os pacientes poderiam acrescentar uma cláusula ao Termo de Consentimento Livre Esclarecido (TCLE) manifestando sua recusa a tratamentos que seu corpo fique em estado vegetativo ou cuja condição se torne incurável.<sup>154</sup>

Nesta época, a eutanásia e o suicídio assistido eram vedados pela legislação norte-americana. Portanto, a recusa a tratamentos de pacientes em quadro incurável e irreversível não caracterizava o conceito clássico de eutanásia, uma vez que não abrange meios ordinários para a preservação da vida. Assim sendo, Kutner elaborou um documento chamando de *living will*. O paciente deixaria por escrito a sua recusa

---

<sup>153</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 106.

<sup>154</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 106.

a se submeter a determinados tratamentos caso estivesse em estado vegetativo ou a terminalidade fosse comprovada. Ademais, orientou aos fiéis da religião Testemunhas de Jeová a elaborarem este documento para manifestar a recusa à transfusão sanguínea.<sup>155</sup>

Desde a contribuição de Luiz Kutner, os Estados Unidos evoluíram muito nos documentos de manifestação de vontade para tratamento médicos. Em 1976, no estado de New Jersey, uma americana de 22 anos entrou em coma profundo e com diagnóstico de irreversibilidade. Acionaram o Poder Judiciário, após a recusa do médico, para suspender os esforços terapêuticos, pois Karen Ann Quinlan sempre rejeitou a ideia de ser mantida viva por aparelhos. Porém, a autorização foi negada na primeira instância, por considerarem a declaração ilegal. Na segunda instância, a Suprema Corte de New Jersey autorizou a família solicitar o desligamento dos aparelhos. Após o desligamento, Karen viveu por mais nove anos e faleceu em decorrência de uma pneumonia.<sup>156</sup>

Neste mesmo ano, após a grande repercussão do caso Karen Ann, o Estado da Califórnia aprovou a lei, Natural Death Act, que permitia as pessoas manifestarem a recusa ou suspensão a determinados tratamentos. Além de resguardar os direitos do paciente, a lei permitia a proteção dos profissionais de saúde de eventual demanda judicial pelo respeito à autonomia do paciente e sua respectiva vontade.<sup>157</sup>

A Califórnia, em 1983, foi o primeiro Estado norte-americano a decretar sobre o mandato duradouro – *California's Durable Power of Attorney for Health Care Act*. Neste mandato, reconhecia o direito da pessoa em nomear um procurador para decidir sobre tratamentos médicos em nome dele, caso se encontrasse impossibilitado. Portanto, a partir dessas leis californianas, vários Estados norte-americanos aprovaram leis regulamentando o *living will*. Porém, uma lei federal só foi surgir após o caso Nancy Cruzan ter chegado a Suprema Corte Americana em 1990.<sup>158</sup>

---

<sup>155</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 107.

<sup>156</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 108-109.

<sup>157</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 109.

<sup>158</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 110-111.

Nancy Beth Cruzan, americana de 25 anos, sofreu, no Estado de Missouri, um acidente de carro que a deixou em coma permanente e irreversível. Posteriormente, foi diagnosticada em Estado Vegetativo Persistente (EVP). Após receberem esse diagnóstico e saberem do comentário feito pela filha a uma amiga de que não gostaria de ser mantida viva caso estivesse com menos da metade de suas capacidades, os pais de Nancy resolveram pleitear para que desligassem os aparelhos. Todavia, os médicos não quiseram atender tal pedido por falta de autorização judicial.<sup>159</sup>

Em primeira instância, os pais de Nancy ganharam, porém após recurso do Estado, a Suprema Corte de Missouri alterou a decisão afirmando que estes não tinham capacidade para decidir em nome da filha e que não havia prova suficiente para comprovar o desejo da paciente. Porém, em 1990, ao chegar à Suprema Corte americana, o pedido inicial foi deferido e houve ordem para o hospital cumprir o desejo da família da paciente.<sup>160</sup>

O caso de Nancy Cruzan é o mais representativo na luta pelo direito de morrer. As pessoas sentiram certo temor em pensar que caso ficassem no mesmo estado de Nancy, houvesse a necessidade de prova comprobatória do desejo de interromper tratamento. Nesse contexto, em 1991, surgiu a primeira lei federal que reconhecia o direito de autodeterminação do paciente – *Patient Self-Determination Act*.<sup>161</sup>

A referida lei classificou as diretivas antecipadas de vontade como gênero de documentos de manifestação de vontade para tratamentos médicos. Já o *living will* (testamento vital) e o *durable power of attorney for health care* (mandato duradouro para tomar decisões médicas) são espécies.<sup>162</sup>

Apesar da existência dessa lei federal, trinta e cinco Estados norte-americanos possuem legislação própria sobre o living will. Conclui-se, portanto, que a lei federal Patient Self-Determination Act (PSDA) é apenas orientadora e questões

---

<sup>159</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 111.

<sup>160</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 111.

<sup>161</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 112.

<sup>162</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 112.

específicas são regulamentadas de forma diferente em cada Estado estadunidense.

<sup>163</sup>

Cerca de 75% da população norte-americana afirma que gostaria de realizar o testamento vital. Alguns críticos indicam o fracasso do testamento vital. Apontam como fatores a falta de interação médico-paciente; a complexidade em saber realmente o seu desejo diante de um diagnóstico fatal; a dificuldade em transferir suas vontades para um documento escrito; o custo da realização do documento, entre outros indicadores. <sup>164</sup>

A experiência norte-americana é de grande valia, pois os Estados Unidos da América foi o primeiro país a legitimar e ratificar o testamento vital. Possibilitando que outros países verifiquem os aspectos positivos e negativos deste instituto.

### 3.2.2 *Experiência sul-australiana*

A Austrália do Sul, no ano de 1995, aprovou uma lei chamada de Ato para Consentimento para Tratamento Médico e Cuidados Paliativos. Regulamenta o direito dos pacientes. A segunda parte desta lei australiana é dividida em seis sessões. A primeira sessão versa sobre quem tem competência para tomar decisões sobre o próprio tratamento, utilizando um critério de idade – pessoas com mais de 16 anos. <sup>165</sup>

A segunda sessão regulamenta o testamento vital. Somente pessoas de 18 anos poderão elaborá-lo com o objetivo de manifestar sobre suspensão de tratamento em caso de terminalidade e estado vegetativo permanente. Ou seja, pessoas maiores de 16 e menores de 18 anos não podem elaborar testamento vital, podem, somente, tomar decisões sobre tratamento próprio. <sup>166</sup>

A terceira parte esclarece sobre o mandato duradouro. Este também só poderá ser feito por maior de 18 anos e o procurador encontrará algumas limitações, como, por exemplo, não poder decidir sobre suspensão de remédios para aliviar a

---

<sup>163</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 113.

<sup>164</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 114.

<sup>165</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 115.

<sup>166</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 115.

dor. Ademais, o Poder Judiciário poderá analisar as decisões do procurador a pedido de familiares, médico, ou qualquer pessoa com interesse legítimo. Se o procurador agir contrariamente aos interesses do paciente, receberá penalidades dispostas nesta lei.<sup>167</sup>

A quarta sessão explica o procedimento a ser adotado pelos médicos quando os tratamentos envolverem crianças. Suas vontades poderão ser consideradas. A quinta parte aponta os tratamentos médicos de emergência. Os médicos, nesta situação, devem dispensar todos os tratamentos possíveis para salvar a vida do paciente inconsciente ou incapaz, se este não estiver expressado sua vontade ou deixado procurador de saúde.<sup>168</sup>

Por fim, a sexta e última parte regulamenta as formalidades das diretivas antecipadas de vontade. Há a criação do Registro Nacional de acesso do outorgante, do médico e do procurador. Conclui-se pela importância dessa lei pela riqueza de detalhes, podendo contribuir bastante para o estudo do testamento vital.<sup>169</sup>

### 3.2.3 Experiência ítalo-ibérica

No dia 4 de abril de 1997, na cidade de Oviedo (Espanha), foi redigida a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano diante dos desdobramentos da Medicina e Biologia. Os signatários da Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina, assim também conhecida, são os Estados-Membros do Conselho da Europa.<sup>170</sup>

Este Conselho possui 47 Estados-Membros, porém apenas 35 assinaram a Convenção, e destes, somente 23 ratificaram. Entre eles, Espanha, Portugal e Suíça. O artigo 9º da Convenção de Oviedo dispõe sobre a necessidade de levar em consideração a vontade do paciente sobre alguma intervenção médica, quando estiver impossibilitado de expressar sua vontade.<sup>171</sup>

---

<sup>167</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 116.

<sup>168</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 116.

<sup>169</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 117.

<sup>170</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 118.

<sup>171</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 118.

O relatório explicativo sobre a Convenção aponta que a vontade do paciente anteriormente expressada, nem sempre será seguida. Há o avanço da Medicina e, assim, visa proteger a pessoa diante de um lapso de tempo entre a manifestação de vontade e o momento em que deve ser utilizada.<sup>172</sup>

A Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina foi de grande valia para a consolidação, na Europa, das Diretivas Antecipadas de Vontade. Ademais, é um documento internacional com caráter jurídico vinculante para os países que subscreveram.<sup>173</sup>

A Espanha, além de ratificar esta Convenção, criou uma lei estatal e, atualmente, possui uma sólida doutrina sobre o tema. O testamento vital na legislação da Espanha vem denominado de *instrucciones previas* – instruções prévias. As discussões sobre o tema no país começaram no ano de 1986 com a *Asociación Pro Derecho a Morir Dignamente* – Associação Pró Direito de Morrer com Dignidade.<sup>174</sup>

A Lei de Catalã foi primeira norma a tratar sobre as instruções prévias (testamento vital). Após sua outorga, comunidades independentes da Espanha regularam o tema. Há algumas peculiaridades, porém em todas as legislações têm a presença do procurador (representante), com a diferença que em algumas comunidades exige-se a nomeação de vários procuradores e não um só. Ademais, todos orientam a forma escrita para as instruções prévias e sua incorporação ao histórico clínico do paciente.<sup>175</sup>

A Lei estadual 41 de 2002 foi pioneira em tratar sobre as instruções prévias (testamento vital). No seu artigo 11 dispõe que o documento deve ser feito por uma pessoa capaz, maior de idade, que livremente manifesta seus desejos com o objetivo de serem cumpridos caso esteja em uma situação de incapacidade para conseguir expressá-los. Pelo documento de instruções prévias, a pessoa manifesta

---

<sup>172</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 120.

<sup>173</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 121.

<sup>174</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 122.

<sup>175</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 124.

sua vontade em relação a tratamentos médicos e, em caso de falecimento, sobre a destinação de seu corpo e órgãos.<sup>176</sup>

As instruções prévias na Espanha devem ser feitas de forma escrita, podendo ser realizadas em cartório e sem contrariar o ordenamento jurídico. Elas devem instruir à equipe médica sobre a vontade de não prolongar artificialmente a vida, utilização de tratamentos extraordinários, esforços terapêuticos e sobre a utilização de medicamentos para diminuir a dor.<sup>177</sup>

A lei espanhola confundiu o instituto do testamento vital com o mandato duradouro, considerando apenas um.<sup>178</sup> A Lei nº 41/2002 trouxe a possibilidade do outorgante do testamento vital escolher um representante para acompanhar e fazer cumprir suas vontades – caracterizando o mandato duradoura, uma outra espécie de diretiva antecipada de vontade.

Em 2007, na Espanha, criou-se o Registro Nacional de Instruções Prévias (RNIP) possibilitando o arquivo automatizado de dados pessoais. O acesso é limitado aos que fizeram o documento, aos seus representantes legais ou a um terceiro que o outorgante tenha atribuído esta instrução prévia. Portanto, nota-se o grande avanço da Espanha quanto ao estudo e a concretização do testamento vital, lá chamado de instruções prévias.<sup>179</sup>

Em Portugal, as diretivas antecipadas de vontade começaram a entrar em pauta com a Associação Portuguesa de Bioética (ABP), fundada em 2002. Esta Associação é vinculada ao Serviço de Bioética e Ética Médica da Faculdade de Medicina de Porto e, ao longo dos anos, produziu muitos trabalhos bioéticos. Através desses estudos, em 2012, foi promulgada a Lei nº 25/2012 que regulamenta as diretivas antecipadas de vontade e cria o Registro Nacional de Testamento Vital (RENTEV).<sup>180</sup>

A Associação Portuguesa, dentre os documentos produzidos, editou dois importantes pareceres – P/05/APB/2006 e P/06/APB/2006. O primeiro parecer é

---

<sup>176</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 125.

<sup>177</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 127.

<sup>178</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 128.

<sup>179</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 130.

<sup>180</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 131.

explicativo quanto ao histórico das diretivas antecipadas de vontade e as diversas modalidades existentes. Ademais, analisaram a oposição pelas Testemunhas de Jeová em receber transfusão de sangue e a orientação para esses fiéis manifestarem tal recusa através da diretiva antecipada. O segundo parecer regula o direito em realizar as diretivas antecipadas de vontade e a criação do Registro Nacional de Testamento Vital. Por fim, o parecer P/06/APB/2006 contribuiu para a edição da Lei nº 25/2012.<sup>181</sup>

A Constituição da República Portuguesa, assim como a brasileira, reconhece a dignidade da pessoa humana como fundamento da República em seu artigo 1º. Neste diploma legal há a garantia da autonomia do paciente, permitindo que decida sobre tratamentos médicos. Já o Código Penal português pune o médico que realiza intervenções sem autorização do paciente.<sup>182</sup>

A Lei promulgada em 2012 considerou as diretivas antecipadas de vontade sinônimas do testamento vital, confundindo as terminologias. Como visto anteriormente, a diretiva antecipada de vontade é gênero, do qual mandato duradouro e testamento vital são espécies. Porém, inovou ao criar o Registro Nacional de Testamento Vital, permitindo o acesso do médico responsável pela pessoa. O RENTEVEV entrou em funcionamento apenas no dia 1º de julho de 2014 e é de responsabilidade do Ministério de Saúde português que disponibiliza um modelo na internet para realizar um modelo de diretiva antecipada.<sup>183</sup>

Portanto, a experiência portuguesa é de suma importância para o estudo do tema no Brasil pela proximidade histórica entre esses dois países. Ademais, a Associação Portuguesa de Bioética assessorou o Conselho Federal de Medicina em editar resoluções sobre diretivas antecipadas de vontade.<sup>184</sup>

A Itália é signatária do Convênio de Oviedo, porém não ratificou e nem promulgou lei sobre diretivas antecipadas de vontade. Em 1998, aprovaram o Código de Deontologia Médica que em seu artigo 34 regulou a autonomia do paciente com a proteção de sua liberdade, dignidade e manifestação expressa do

---

<sup>181</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 132.

<sup>182</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 133.

<sup>183</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 134.

<sup>184</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 135.

paciente. Orienta os médicos a não utilizarem tratamentos extraordinários para evitar o sofrimento. Todavia, é apenas uma norma orientadora a conduta médica, não possui eficácia para todos.<sup>185</sup>

O Comitê Nacional de Bioética, no ano de 2003, editou a *Dichiarazioni Anticipate di Tratamento* (Declaração Antecipada de Tratamento). Este documento, de alcance nacional, trata das diretivas antecipadas na Itália, e não apenas do testamento vital. Para ser válido, o documento deve ser público, escrito, datado, feito por pessoa maior, capaz, em que a manifestação de vontade é livre, sem qualquer ingerência familiar ou de terceiro. Ademais, deve haver orientação médica, pois o profissional não poderá ser obrigado a praticar algo que seja contrário a sua consciência. Por fim, a manifestação expressa no documento não pode ser contrária a lei e nem exigir a prática da eutanásia.<sup>186</sup>

As diretivas antecipadas, segundo o Comitê Nacional de Bioética da Itália, são pautadas pelo direito a liberdade de qualquer pessoa em manifestar antecipadamente sobre possíveis intervenções cirúrgicas e tratamentos que um dia possa ser submetida. Ou seja, disposições sobre a humanização da morte, doação de órgãos, suspensão de alimentação, hidratação artificial e de esforços terapêuticos, entre outros.<sup>187</sup>

O debate na Itália se intensificou, novamente, em 2012, após a edição da Resolução nº 1859/2012 pelo Conselho da Europa. A Itália assinou este documento que reconhece o direito ao testamento vital. Porém, este país não tem regulamentadora do tema. Atualmente, há cinco projetos de lei sendo discutidos, sendo que uma é de iniciativa popular. Porém, em Roma, Milão, Veneza, Turim, Florença e mais 119 municípios da Itália, já existem critérios para a elaboração de um testamento vital. Apesar de não haver positividade, percebe-se a importância deste tema, partindo-se tanto de iniciativas privadas como dos municípios.<sup>188</sup>

### 3.2.3 Experiência na Argentina

---

<sup>185</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 136.

<sup>186</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 137.

<sup>187</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 138.

<sup>188</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 140-142.

A primeira lei argentina a tratar das diretivas antecipadas foi uma norma provincial de 2007. A província de Rio Negro regulamentou a Lei nº 4.263 que ressalta a capacidade que toda pessoa tem de manifestar sobre a aceitação ou recusa de tratamentos médicos que possa vir a receber no futuro. O artigo 2º desta lei orienta que essa manifestação deve acontecer por meio da declaração antecipada de vontade. Trata, também, da criação de um registro, de abrangência nacional, para armazenar todos os documentos, pois caso o outorgante encontre-se internado em unidade hospitalar, a declaração deverá ser anexada na primeira folha do acompanhamento clínico do paciente.<sup>189</sup>

A lei provincial de 2007, muito se assemelha as experiências legislativas da Espanha e dos Estados Unidos da América. Porém, inova na riqueza de detalhes das disposições médicas que puderam constar nas declarações de vontade antecipada, visando à proteção da dignidade da pessoa humana.<sup>190</sup>

Em 2004, a Província de Buenos Aires aprovou a criação do primeiro Registro de Atos de Autoproteção de Prevenção de uma Eventual Incapacidade. A expressão unilateral gera uma fonte de direitos, podendo o seu titular decidir tanto no âmbito pessoal quanto patrimonial. Esse registro foi utilizado, em 2005, por uma paciente terminal que deixava claro o desejo de não ser submetida à traqueostomia e gastrostomia. Esse ato de autoproteção foi aceito pelo juízo *Criminal y Correccional*, reconhecendo, pela primeira vez, a validade do testamento vital na Argentina.<sup>191</sup>

A sentença autorizativa reconheceu não se tratava de eutanásia, pois a paciente aceitou realizar todos os tratamentos ordinários e receber os medicamentos necessários, porém, não queria receber tratamentos invasivos. Portanto, há limites para as diretivas antecipadas, pois os médicos não podem deixar de realizar cuidados paliativos para evitar sofrimento e dor, além de acompanhando a paciente no processo de morte digna.<sup>192</sup>

Neste cenário, em outubro de 2009, foi promulgada a Lei nº 26.529, regulamentando os direitos dos pacientes e a sua relação com profissionais e

---

<sup>189</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 140-142.

<sup>190</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 147.

<sup>191</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 148-149.

<sup>192</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 151-152.

instituições de saúde. Apenas, no artigo 11, que há a menção as diretivas antecipadas de vontade. Esta lei federal reconheceu de forma genérica as diretivas antecipadas de vontade. Citou a capacidade, maioridade, como requisitos para o consentimento ou recusa de tratamentos médicos, desde que não implique na prática da eutanásia. Porém, a lei foi de encontro à essência das diretivas, afirmando a possibilidade da recusa a tratamentos paliativos.<sup>193</sup>

Observa-se, portanto, que antes da aprovação da lei federal em 2009, a Argentina já detinha uma enorme produção jurisprudencial, legislativa e doutrinária sobre as diretivas antecipadas de vontade.<sup>194</sup>

---

<sup>193</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 153-154.

<sup>194</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 144.

## CONCLUSÃO

Esta pesquisa abordou o testamento vital como instrumento de proteção da dignidade da pessoa humana e do direito a uma vida digna no seu sentido amplo. Entende-se por testamento vital o documento, escrito por uma pessoa capaz, o qual visa orientar a equipe médica, caso se torne um paciente, sobre quais tratamentos deseja ou não receber em fase terminal.

A problemática envolveu a validade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro. A hipótese respondeu afirmativamente ao problema proposto, conforme verificado nos argumentos apresentados ao longo deste trabalho. A análise da doutrina dos direitos da personalidade, dos princípios e das normas contidas na Constituição Federal, no Código Civil e nas resoluções do Conselho Federal de Medicina. Por fim, a aplicação do testamento vital na jurisprudência pátria e no direito estrangeiro. O trabalho foi organizado em três capítulos, abrangendo doutrina, legislação contemporânea, e o direito brasileiro comparado com o estrangeiro. A metodologia utilizada foi a pesquisa documental e bibliográfica.

O primeiro capítulo analisou de forma introdutória aspectos da doutrina dos direitos da personalidade. A relação do direito ao próprio corpo e do respeito à autonomia privada para perseguição de seus interesses individuais. A autodeterminação do paciente concretiza o princípio da dignidade da pessoa humana. Portanto, o processo de morte deve estar pautado na vontade do indivíduo, tornando-o o mais humanizado possível.

O paciente em situação de terminalidade da vida é sujeito de direitos, assim sendo, deve ter sua vontade respeitada e qualquer intervenção só será realizada com o seu consentimento. Assim sendo, é necessário o questionamento, antes do diagnóstico, qual forma de morrer lhe parece mais digna conforme suas crenças e convicções.

A análise do ordenamento jurídico brasileiro, no segundo capítulo, permitiu verificar a possibilidade da produção do testamento vital no Brasil. A dignidade da pessoa humana, o respeito à autonomia privada do paciente e a ética médica aponta-o como instrumento válido. Verificou-se que o testamento vital não é documento para a prática da eutanásia e sim, garantidor da ortotanásia. O seu uso

decorre quando a doença for incurável e a morte é inevitável, assim, garante o não prolongamento da vida de maneira indigna.

O avanço tecnológico e a cultura de não aceitação da morte dificultam a discussão sobre o testamento vital. Portanto, é de extrema importância o trabalho educativo no sentido de apresentar o testamento vital às pessoas, informando-as do momento de sua realização – antes do diagnóstico, ou seja, antes de se tornar um paciente.

Essa diretiva antecipada de vontade garante a humanização em tratamentos hospitalares, pois permite que o médico saiba da vontade do paciente em não ser submetido a determinadas situações de manutenção artificial da vida. O testamento vital traduz a vontade daquele indivíduo impossibilitado de se comunicar e sem chance de reverter o quadro da doença. Porém, sempre serão dispensados os cuidados paliativos, controle dos sintomas que trazem dor e sofrimento. O grande foco, portanto, será a intervenção terapêutica e não mais a doença sem chances de cura.

Conforme verificado no terceiro capítulo, o testamento vital é realidade normativa em diversos países. A análise dessas legislações permite apontar a validade no ordenamento jurídico brasileiro. Os modelos estrangeiros não completam a realidade brasileira, por isso a necessidade de uma legislação específica no Brasil.

O testamento vital tem especificidades formais e materiais. Portanto, o ideal é uma lei específica que regulamente a elaboração do testamento com o registro sobre: o discernimento do outorgante; exemplificação de quais tratamentos possa ou não ser recusados; critérios para a aceitação ou não de tais tratamentos; a criação do registro nacional do testamento vital, possibilitando aos médicos o acesso aos documentos registrados no país, tornando tal instituto eficaz.

As resoluções do Conselho Federal de Medicina não esgotam o tema, assim sendo, a manifestação do Poder Legislativo sobre o testamento vital é de fundamental importância. Deve ser feita de uma forma rápida e consciente, permitindo a discussão do tema com a sociedade, em seus vários níveis -

população, religiosos, profissionais da saúde e do direito - visando um debate sadio com a criação de uma lei eficiente.

Apesar da inexistência de legislação específica, tal instituto é válido no Brasil através do estudo principiológico do ordenamento pátrio. O paciente em fim da vida deve ser tratado de forma digna, exercendo a sua autonomia e a garantia da coexistência de todos os seus projetos de vida.

Conclui-se, portanto, pela validade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro como instrumento de proteção da dignidade da pessoa humana. Conceder ao indivíduo o direito de elaborar um testamento vital é reconhecer a sua autonomia e garantir o direito de conduzir sua própria vida de forma mais digna.<sup>195</sup>

---

<sup>195</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 201.

## REFERÊNCIAS

- ABOUD, Alexandre. *Ortotanásia: aspectos da morte no tempo certo*. p. 155. Disponível em: < [http://www.pge.sp.gov.br/EscolaSuperior/RESPGE\\_VOLUME\\_1.pdf](http://www.pge.sp.gov.br/EscolaSuperior/RESPGE_VOLUME_1.pdf)>. Acesso em: 15 abr. 2014.
- ADONI, Andre Luís. *Bioética e biodireito: aspectos gerais sobre a eutanásia e o direito à morte digna*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito Civil Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: UnB, 1995.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e Autonomia Privada*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Matrix, 2002.
- BRASIL. *Constituição* (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao)>. Acesso em: 13 ago. 2014.
- BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406)>. Acesso em 13 ago. 2014.
- BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70054988266*, Primeira Câmara Cível, Rel. Desembargador Irineu Mariani, Julgado em 20 nov. 2013. Publicado no DJE: 20 nov. 2013. Disponível em: < <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113430626/apelacao-civel-ac-70054988266-rs/inteiro-teor-113430636>>. Acesso em 20 fev. 2015.
- CARMO, Jairo Vasconcelos Rodrigues. *Testamento vital*. Em ago. 2012. Disponível em: <<http://www.rtdpjrj.com.br/arq/TESTAMENTO%20VITAL.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2014.
- CARVALHO NETO, Inácio de; FUGIE, Érika Harumi. *Novo Código Civil Comparado e Comentado*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 38.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 1805/2006*. Disponível em: < [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805\\_2006.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm)>. Acesso em: 20 fev. 2015.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 1995/2012*. Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995\\_2012.pdf](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf)>. Acesso em: 25 fev. 2015.

DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do Biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

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

FARIA, Roberta Elzy Simiqueli de. *Autonomia da Vontade e Autonomia Privada: uma distinção necessária*. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire. *Direito Civil: atualidade II*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 88.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GANGLIANO, Pablo Stolze; PANPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Wilson José. *Dimensão do tratamento desumano ou degradante*. Disponível: <[file:///C:/Users/usuario/Downloads/Gon%C3%A7alves\\_2010\\_Dimensao-do-tratamento-desuman\\_2537.pdf](file:///C:/Users/usuario/Downloads/Gon%C3%A7alves_2010_Dimensao-do-tratamento-desuman_2537.pdf)>. Acesso em: 22 de outubro de 2014.

HENZEZEL, Marie de. *A morte íntima: aqueles que vão morrer nos ensinam a viver*. São Paulo: Idéias e Letras, 2004.

KUBLER-ROSS, Elisabeth. *Sobre a morte e o morrer*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LIPPMAN, Ernesto. *Testamento vital – o direito à dignidade*. São Paulo: Matrix, 2013.

MARTIN, Leonard M. *Eutanásia e Distanásia*. p. 172 Disponível em: <[http://www.cremesp.org.br/library/modulos/legislacao/integras\\_pdf/inicio%20%20bioetica.pdf](http://www.cremesp.org.br/library/modulos/legislacao/integras_pdf/inicio%20%20bioetica.pdf)>. Acesso em: 24 mar. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar. *O princípio da proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal: novas leituras*. Disponível em: < [http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_5/dialogo-juridico-05-agosto-2001-gilmar-mendes.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/dialogo-juridico-05-agosto-2001-gilmar-mendes.pdf)>. Acesso em: 22 de outubro de 2014.

OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de. *Novo Código Civil anotado (arts. 1º a 232)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. Rio de Janeiro: Método, 2010. p. 115.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

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

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.

TARTUCE, Flávio. *Teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. São Paulo: Método, 2013.

TRINDADE, João. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. Em abr. 2009. Disponível em:<[http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao\\_trindade\\_\\_teoria\\_geral\\_dos\\_direitos\\_fundamentais.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf)>. Acesso em: 28 abr. 2014.