

## TESTAMENTO VITAL EM FACE DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

### VITAL TESTAMENT IN THE FACE OF BRAZILIAN LEGAL ORDINANCE

Gabriela de Oliveira<sup>1</sup>

João Batista de Araújo Junior<sup>2</sup>

#### RESUMO

O testamento vital, objeto do presente artigo científico – cujo intento é abordar o referido tema que é pouco tratado no Brasil –, não possui previsão legal expressa no ordenamento jurídico brasileiro, porém, seu amparo encontra-se na análise de normas constitucionais previstas no mesmo, bem como na interpretação de princípios que garantem direitos e garantias individuais. Legitimou-se, por sua vez, pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), cuja regulamentação do tema possibilitou que o paciente registre seu testamento vital no prontuário médico, de forma a mudar a conduta do profissional da área quanto aos pacientes em quadro de estado terminal. Portanto, não restam dúvidas quanto a validade do testamento vital no Brasil, não obstante a ausência de previsão legal no país, pois examina-se à luz do direito comparado, já que encontra guarida em diversos outros países, a exemplo da Argentina, Alemanha, França, Espanha, Holanda, Estados Unidos, dentre outros. No mais, o referido instituto, por meio do princípio da dignidade da pessoa humana – que norteia o Estado Democrático de Direito o qual a sociedade está inserida –, justifica, por si só, a aplicação do testamento vital em determinados casos tratados no Brasil. No entanto, é inegável a necessidade de tal instituto ser reconhecido por lei no ordenamento jurídico brasileiro, pois, carecendo de previsão legal expressa, dificilmente conseguirá atingir a validade e eficácia que faz jus.

**Palavras-chave:** Testamento Vital; Dignidade da pessoa humana; Constituição Federal, Princípio da autonomia privada.

#### ABSTRACT

The living will, the object of the present scientific article, whose intention is to approach the subject that is not very treated in Brazil. There is no legal prediction contained in the Brazilian

---

<sup>1</sup>Bacharelada da 8ª etapa do curso de Direito da Faculdade de Direito Lauro de Camargo, da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP, Email: [gabrielaholiver@hotmail.com](mailto:gabrielaholiver@hotmail.com)

<sup>2</sup>Professor de direito civil desde 1988, exerce advocacia desde 1987, bacharel da Faculdade de Direito Lauro de Camargo (1986) e mestre em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto (2007), Email: [araujob@hotmail.com](mailto:araujob@hotmail.com)

legal system, however, its support is in the analysis of constitutional norms foreseen in the same, as well as in the interpretation of principles that strengthen individual rights and guarantees. Legitimized by the Conselho Federal de Medicina (CFM), whose regulation of the subject makes it possible for the patient to register his / her living will in the medical record, in order to change the conduct of the specialized professional, for the patients in a terminal condition. Therefore, there is no doubt as to the validity of the living will in Brazil, it is not the absence of legal prediction in the country, since it examines the light of comparative right, since it finds shelter in several other countries, such as Argentina, Germany, France, Spain, the Netherlands, the United States, among others. No longer exist, the mentioned institute, by means of the principle of the dignity of the human person - which guides the Democratic State of Law by means of the principle of the dignity of the human person - which guides the Democratic State of Law in which a society belongs, justifies, by itself, the application of the living will in certain cases treated in Brazil. However, it is undeniable the need for such an institute to be recognized by law in the Brazilian legal system, suspended, express legal prediction research, difficult to achieve, evaluate validity and effectiveness that is justified.

**Keywords:** The living will, Dignity of human person, Federal Constitution, Principle of private autonomy.

## INTRODUÇÃO

O surgimento do testamento vital se deu pela necessidade de regulamentação de um instituto que fizesse prevalecer a vontade de pacientes em estado terminal – porém incapazes de manifestarem esta – de como querem ser tratados caso um dia encontrem-se nesta situação, ou seja, sobre quais procedimentos médicos querem ser submetidos e quais não querem.

Fazer prevalecer a vontade desses pacientes perante os tratamentos médico-hospitalares é simplesmente assegurar a dignidade da pessoa humana, a autonomia privada e a proibição constitucional de tratamento desumano, princípios norteadores da Carta Magna, inseridos em cláusula pétrea, mais especificamente no art. 5º da Constituição Federal, dispostos em seus incisos.

Justifica-se, o referido testamento, no sentido de que um paciente em estado terminal já está sofrendo o bastante para se submeter a procedimentos médicos que causarão sofrimentos ainda maiores e desnecessários, visto que já se encontra no fim da vida e sem possibilidade de cura, não havendo por que prolongar ainda mais seu padecimento.

No entanto, não há positivação do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro, e a ausência de previsão legal expressa faz com que o mesmo não possua a eficácia, na prática, que deveria ter, causando insegurança em quem escolhe fazê-lo, já que o paciente não sabe se terá a sua vontade efetivada.

Ainda que o Conselho Federal de Medicina, por meio da resolução nº 1.995/12, tenha regulamentado esse instituto – o que caracteriza grande avanço no país – insta salientar a necessidade de regulamentação do tema por meio da edição de uma lei específica, pois só assim evitaria questionamentos sobre a validade do testamento como forma de justificativa para o seu descumprimento, e, ainda, regulamentaria questões sobre a elaboração do mesmo.

## 1. TESTAMENTO VITAL

### 1.1. TESTAMENTO: NOÇÕES GERAIS, CARACTERÍSTICAS E ESPÉCIES

O Código Civil de 2002, no *caput* de seu artigo 1.857, dispôs sobre o testamento, cujo texto diz que “toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte”, mas não trouxe sua definição, cabendo à doutrina conceituar o testamento. Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves dispõe que “o testamento constitui ato de última vontade, pelo qual o autor da herança dispõe de seus bens para depois da morte e faz outras disposições”.<sup>3</sup>

Assim sendo, pode-se concluir, por meio das características do testamento, que este é um negócio jurídico unilateral, indelegável, personalíssimo, gratuito, *causa mortis*, revogável, formal e solene.

Quando se fala em negócio jurídico unilateral, significa que para ter efeitos jurídicos, se faz necessária apenas uma única vontade, não precisando da autorização de quem quer que seja para testar, valendo-se tão somente a vontade do testador; indelegável porque a lei proíbe que seja arbitrado por terceiros, ou seja, sua responsabilidade não pode ser transferida para outra pessoa, mesmo que por procuradores ou representantes legais; personalíssimo porque limita-se única, exclusiva e diretamente à vontade do testador; gratuito porque não existe qualquer contraprestação por parte dos beneficiários; *causa mortis* pois regulamenta o patrimônio de uma pessoa após sua morte, produzindo efeitos somente após a abertura da sucessão; revogável porque o testador pode modificar o que foi manifestado; formal e solene pois sua validade condiciona-se ao preenchimento dos requisitos previstos na lei, e no caso de não cumprimento das formalidades e solenidades, poderá acarretar na nulidade do testamento. Assim sendo, é formal porque exige forma prescrita em lei, e refere-

---

<sup>3</sup>GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 7: direito das sucessões*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

se a ter que ser escrito. É solene, por sua vez, porque pode ser público ou particular, referindo-se à instrumentalização do testamento.

E, ainda, de acordo com o Código Civil de 2002, a sucessão testamentária possui dois grupos de testamentos: os ordinários e os especiais. Os testamentos ordinários são compostos pelos testamentos: público, cerrado e particular. Já o segundo grupo, determinado de testamentos especiais, são compostos pelos testamentos: marítimo, aeronáutico e militar.

Cumprido ressaltar, ainda, que a pessoa capaz que decide testar, deve se limitar aos tipos de testamentos previstos em lei, não podendo criar um novo testamento, pois os artigos 1.862 e 1.888 do Código Civil dispõem sobre rol taxativo dos testamentos ordinários e especiais, não podendo ser criado qualquer outro testamento que não esteja previsto nesse rol.

## 1.2. TESTAMENTO VITAL

Ressaltou-se, no tópico anterior, que a enumeração dos tipos de testamento é taxativa, não sendo possível a elaboração de qualquer testamento que não esteja previsto nesse rol. Assim sendo, cumpre aduzir que a nomenclatura “testamento vital” é equivocada, pois não se trata de um testamento cuja produção de efeitos é *post mortem*, já que o instituto ora analisado possui eficácia em vida, e, devido a isso, é sugerido pela doutrina que tal documento deveria ser chamado de “diretivas antecipadas da vontade” ou “declaração vital”. Portanto, apesar da semelhança com o testamento sucessório, por também se tratar de ato personalíssimo, unilateral e revogável, com este não deve ser confundido. No entanto, o testamento vital pode ser ligado ao Direito Sucessório, como será estudado posteriormente.

Define-se o instituto ora analisado como uma declaração de vontade emitida por pessoa capaz, em pleno gozo de suas capacidades mentais, cujo conteúdo trata-se de autorizar ou restringir sua submissão perante determinados cuidados, tratamentos e procedimentos médicos, quando encontrar-se impedido de manifestar sua vontade – ou seja, incapaz –, devido a uma doença grave que acometeu ferozmente seu estado de saúde, deixando-o no fim de sua vida, sem perspectiva de melhora ou cura. Resumidamente, aqui, o paciente não quer ser submetido a determinados procedimentos médicos que vão prolongar sua vida, pois foi tão acometido por uma doença que não sobreviverá, independentemente do que a medicina possa fazer, e, assim sendo, prolongar sua vida lhe causaria ainda mais sofrimento, enquanto este, no fim de sua vida, não quer passar por martírios ainda maiores, sendo desnecessário ser

submetido a medidas completamente inúteis para lhe dar uma cura, já que no seu caso isto seria humanamente impossível.

Como já aduzido anteriormente, o testamento vital não tem previsão legal expressa no ordenamento jurídico brasileiro – o que caracteriza um retrocesso para o país –, devendo sua análise e validade se dar através da Resolução nº 1.995/12 do Conselho Federal de Medicina e da análise de princípios jurídicos constitucionais.

Cumprido ressaltar que a referida Resolução expedida pelo Conselho Federal de Medicina, em janeiro de 2013, sofreu uma Ação Civil Pública (0001039-86.2013.4.01.3500), cuja pretensão do Ministério Público Federal do Estado de Goiás era de ver suspensa a aplicação da aludida Resolução, e que posteriormente fosse declarada inconstitucional. No entanto, em janeiro de 2014, a ação foi julgada improcedente, pois entendeu o Nobre Magistrado Eduardo Pereira da Silva, que o Conselho Federal de Medicina, em sua Resolução nº 1.995/12, respeitou a autonomia da vontade (princípio implícito no *caput* do artigo 5º da CF), o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CF) e a proibição de submissão de quem quer que seja a tratamento desumano e degradante (artigo 5º, III, da CF).

Foi tutelado, o testamento vital, por diversas legislações estrangeiras, sendo elas: Alemanha, Argentina, Áustria, Bélgica, Espanha, Estados Unidos, França, Holanda, Hungria, Inglaterra, México, Porto Rico, Portugal, União Europeia e Uruguai. Em Portugal a Lei nº 25, de 16 de julho de 2012 entrou em vigor, regulamentando de forma a autorizar a utilização de “Diretivas Antecipadas da Vontade”. Já na Espanha o referido documento denomina-se de “Vontades Antecipadas”. A Alemanha possui em seu ordenamento um instituto chamado *Patientenverfügungen*, previsto em seu Código Civil, que se equivale às diretivas antecipadas de vontade.

Historicamente falando, o testamento vital originou-se dos Estados Unidos, no ano de 1967, através de um advogado de Chicago, Luis Kutner, que elaborou um documento para um cliente que recusava receber determinados tratamentos se um dia sobreviesse enfermidade terminal, surgindo, desta forma, o famoso termo *living will*, sendo o testamento vital propriamente dito.

Salienta-se que o testamento vital não possui forma prescrita pelo Conselho Federal de Medicina, não havendo um padrão a ser respeitado, e, sendo assim, seus requisitos e formalidades são avaliados com base na legislação estrangeira, e também pelo Código Civil nas exigências do testamento particular, mas não “ao pé da letra”. Pontua-se, portanto, a maior necessidade para validade do testamento, sendo a capacidade – conforme critérios da

lei civil –, ou seja, que o paciente tenha atingido 18 anos e que não se enquadre em nenhuma situação de incapacidade prevista no Código Civil.

Quanto ao seu registro, por falta de previsão, não se trata de requisito indispensável, mas acarreta em maior credibilidade ao documento. Entende-se que a lavratura da escritura pública por meio de tabelião de notas é de extrema importância, visto que garante maior efetividade do testamento, por estarem os tabeliães revestidos de fé pública, e feito perante estes, a vontade do declarador será tida como verdadeira e o documento permanecerá arquivado no cartório, diminuindo o risco de ser extraviado. E, ainda quanto ao registro, é necessário que o testamento vital seja anexado ao prontuário médico do paciente.

Quanto ao prazo de validade, o testamento vital vale até que o paciente o revogue, assemelhando-se, nesse caso, com o testamento sucessório, podendo ser feita analogia ao artigo 1.858 do Código Civil, que estabelece que “o testamento é ato personalíssimo, podendo ser mudado a qualquer tempo”, e, portanto, não se faz necessário estabelecer um prazo de validade para o testamento vital. Observa-se, porém, que assim como no testamento sucessório, tanto para testar como para revogar o testamento vital, é imprescindível que o paciente esteja no pleno gozo de suas faculdades mentais, de modo que saiba exatamente o que está fazendo.

Recomenda-se, também, a consulta de um médico de confiança, para que lhe explique quais são os procedimentos ordinários e os procedimentos extraordinários (ou seja, aqueles que objetivam apenas prolongar a vida do paciente, tendo como exemplo a utilização de desfibrilador). No entanto, ressalta-se que existem cuidados paliativos, e estes não podem ser recusados – nem pelo paciente e nem pelo médico –, já que visam melhorar a qualidade de vida do paciente até a hora de sua morte.

E, ainda, recomenda-se a consulta com um advogado especialista no assunto, pois além de tratar de questões médicas, o testamento vital trata também de questões jurídicas, fazendo exigir o respaldo de um advogado no momento em que irá elaborá-lo.

Sobre o seu conteúdo, conterà disposições de recusa e/ou aceitação de tratamentos que prolonguem, de forma artificial, a vida do paciente, bem como disposição sobre doação de órgãos e, ainda, a nomeação de um representante. Quanto às disposições de recusa e/ou aceitação de determinados procedimentos, ressalta-se mais uma vez que o paciente não pode dispor acerca de cuidados paliativos, pois estes garantem o princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Posto isto, somente serão válidas disposições de recusa de tratamentos inúteis e desnecessários frente à situação do paciente. Já sobre doação de órgãos, entende-se inválida,

pois o testamento vital possui efeitos *inter vivos*, e para a doação de órgãos, basta seguir os ditames previstos na Lei 9.434/97 (alterada pela Lei 10.211/01).

Salienta-se que o testamento vital, em nenhuma hipótese, poderá conter disposições contrárias ao nosso ordenamento jurídico, devendo respeitar as leis e suas disposições para que tenha validade e eficácia. Se um testamento tratasse sobre a eutanásia, como por exemplo, o desligamento de aparelhos ou a suspensão de tratamentos ordinários, este seria inválido e ineficaz, pois a eutanásia é proibida no Brasil.

Por fim, importante dizer que o paciente deve ser devida e inequivocamente sempre informado acerca de sua real situação, cabendo ao médico o papel de mantê-lo ciente sobre tudo o que está acontecendo, tanto sobre o seu estado de saúde, como também aos possíveis métodos que poderá ser submetido.

## **2. A ATUAÇÃO DO TABELIÃO DE NOTAS NO TESTAMENTO VITAL**

Segundo o Colégio Notarial do Brasil – Seção São Paulo, entre 2010 (que em abril do referido ano entrou em vigor o novo Código de Ética Médica) e 2016, o número de testamentos vitais registrados em cartório cresceu, em média, 57% ao ano, até mesmo pelo fato de o testamento vital conter disposições imprescindíveis, e que em determinados casos vão contra a vontade de entes próximos do declarante, o que justificaria, por si só, o número crescente da quantidade de lavratura desse documento em face do tabelião de notas, pois muitas vezes as famílias negligenciam a vontade do paciente por não saberem lidar com a situação.

Por ser inadequada a expressão “testamento vital”, os Tabelionatos de Notas tem registrado o documento como “Escritura Pública de Diretivas Antecipadas de Vontade”, que é considerado como uma escritura declaratória.

Com a lavratura do documento no cartório, o paciente sente-se seguro por saber que terá sua vontade resguardada, uma vez que o tabelião de notas é dotado de fé pública, garantindo maior efetividade quanto a vontade do declarante, já que o documento será revestido de presunção *juris tantum*, isto é, até que se prove o contrário, haverá a presunção de veracidade. A fé pública objetiva-se a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia de atos jurídicos levados até determinado tabelionato de notas. Portanto, conclui-se que o papel do tabelião de notas é acautelar os direitos individuais das pessoas, e assim o faz quando lavra a “Escritura Pública de Diretivas Antecipadas de Vontade”, ou seja, o testamento vital, garantindo ao declarante uma certeza de veracidade.

No que se refere à lavratura do testamento vital, este deve conter alguns elementos, como a fundamentação legal, o tipo de tratamento de saúde, a autorização ou recusa de submissão a determinados procedimentos médicos, sejam diagnósticos ou terapêuticos, a disposição sobre o próprio corpo – isto é, poderá constar no documento se é doador de órgãos ou não –, bem como a nomeação de um representante legal para fazer cumprir estas diretivas.

Dispensa-se, no ato da lavratura, a presença de testemunhas. E, como já discutido anteriormente, o testamento vital assemelha-se ao testamento sucessório quanto a possibilidade de ser revogado.

Por fim, cumpre aduzir que o novo Código de Ética Médica permite aos médicos a prática da ortotanásia, que se trata do não prolongamento artificial e inútil do processo de morte, ou seja, o médico, ao analisar o caso concreto e sua necessidade, bem como a autorização ou não do paciente, poderá deixar de empregar procedimentos e técnicas terapêuticas que sejam inúteis no prolongamento da vida daquele – e, muito pelo contrário, que provavelmente lhe trariam ainda mais sofrimento. O médico, para que assim possa proceder, necessita da autorização de seu paciente ou representante legal, de forma inequívoca, e esta se dá por um documento: o testamento vital, ou a “Escritura Pública de Diretivas Antecipadas de Vontade” – expressão que tem sido utilizada pelos cartórios ao lavrarem o documento –, que se realizadas em Tabelionatos de Notas, por meio de instrumento público, garantem maior segurança tanto ao paciente, como ao médico, por tornar o documento dotado de veracidade, tornando-o mais eficaz para o cumprimento da vontade do declarante.

## **2.1. INVIABILIDADE DA LAVRATURA DO TESTAMENTO VITAL POR ESCRITURA PÚBLICA**

Embora se entenda que a lavratura do testamento vital por meio de escritura pública lhe traria, de certa forma, maior segurança e efetividade, ressalta-se, todavia, que em determinadas situações a sua feitura é totalmente inviabilizada, sendo viável que o faça somente da forma mais simples possível, diante da situação que o paciente se encontra.

Quando pensamos na lavratura do referido testamento pelo tabelião de notas, de imediato imaginamos a situação de uma pessoa que se encontra estável, distensa e sem qualquer problema de saúde iminente, que escolhe, num determinado dia e momento, elaborar

um testamento vital para utilizar quando – e se – estiver acometido por doença que seja capaz de lhe tirar a vida, ou seja, quando se encontrar em estado terminal.

No entanto, cumpre acentuar que nem sempre um indivíduo sentirá a necessidade da elaboração do testamento vital quando estiver em uma situação amena, sem qualquer risco de vida, sendo completamente cognoscível que é bem mais razoável que um paciente, já no hospital, enfermo e acamado, opte por elaborar o referido instituto, e não quem não está acometido por alguma doença.

Assim sendo, encontrando-se o paciente hospitalizado, como seria possível a lavratura do testamento vital por escritura pública? Indubitável que nestas circunstâncias é inteiramente inviável a atuação do tabelião de notas, devendo o testador utilizar-se da maneira mais simples, acessível e rudimentar que houver no momento, inviabilizando, por completo, que se lavre em cartório seu testamento, posto que este defronta-se em um quadro clínico já grave.

Desse modo, entende-se que a lavratura do testamento por meio do tabelião de notas, na maioria dos casos, torna-se irrealizável, sendo preferível que o paciente elabore seu testamento vital sem qualquer formalidade – que este já não exige, por sua vez – e o entregue para um responsável nomeado, garantindo sua execução.

### **3. O TESTAMENTO VITAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: POSSIBILIDADE DE SUA APLICAÇÃO**

Ainda que inexista norma jurídica acerca do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro, sua validade tem como base a interpretação e a análise de princípios dos princípios constitucionais e, ainda, de normas infraconstitucionais.

O princípio da dignidade da pessoa humana, como será demonstrado adiante, possui papel de extrema importância na validade do testamento vital, o que se justifica pelo simples fato de que esse instituto é garantidor da dignidade humana quando autoriza um indivíduo a decidir sobre os tratamentos e procedimentos médicos que deseja ou não ser submetido. Aqui, valoriza-se a morte com dignidade, pois o paciente já está em estado terminal, e submetê-lo a procedimentos inúteis só causaria ainda mais sofrimento, e poupa-lo de tal, respeitando sua vontade anteriormente expressa, só faz cumprir o princípio norteador da nossa Constituição: a dignidade da pessoa humana.

Não há que se falar em conflito entre testamento vital e o direito à vida, pois este faz presumir, também, uma morte digna, e não viver a qualquer custo, quando não há qualquer possibilidade – por menor que seja – de reabilitação do paciente.

Acima, quando falamos sobre normas infraconstitucionais, o artigo 15 do Código Civil serve de exemplo quando estabelece que ninguém deve ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica.

Já o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2014, tratou do assunto em seu enunciado nº 37, na I Jornada de Direito da Saúde – o que caracteriza avanço de extrema relevância – dispondo que:

*As diretivas ou declarações antecipadas de vontade que especificam os tratamentos médicos que o declarante deseja ou não se submeter quando incapacitado de expressar-se autonomamente, devem ser feitas preferencialmente por escrito, por instrumento particular, com duas testemunhas, ou público, sem prejuízo de outras formas inequívocas de manifestação admitidas em direito.*

Mais uma vez, agora por meio de um digníssimo órgão do Poder Judiciário, o testamento vital teve reconhecimento de sua validade, legalidade e importância.

Desse modo, embora não falem argumentos jurídicos para a aplicação e validade do testamento vital, vê-lo previsto expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, sem dúvidas, traria mais segurança a quem escolhe elaborá-lo e aos médicos, uma vez que não existiriam mais dúvidas sem respostas acerca do assunto, e, ainda, o tornaria mais conhecido, visto que a falta de previsão legal acarreta indiretamente no desconhecimento do referido instituto. Inegável, portanto, que a inclusão do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro o tornaria mais seguro e procurado, garantindo-lhe maior credibilidade.

#### **4. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

A República Federativa do Brasil funda-se no princípio da dignidade da pessoa humana, que é norteador da Carta Magna, o qual encontra-se expressamente previsto no artigo 1º, III da Constituição Federal de 1988.

*“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;”*

O Estado tem o dever de assegurar aos indivíduos uma vida digna, com respeito, bem como seu direito de liberdade garantido, de modo que tenham capacidade para determinar suas próprias ações, e é nisso que se baseia o testamento vital, pois ter uma vida com dignidade não é apenas estar vivo, é ter condições de viver de forma humanitária e plena, tendo garantido seu direito ao acesso a condições existenciais mínimas, podendo usufruir de seu livre arbítrio, desde que respeitando o ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda nesse contexto, o referido princípio assegura que os indivíduos não sejam submetidos a qualquer ato degradante ou desumano, uma vez que a qualidade de vida é requisito imprescindível, não sendo possível que lhes seja retirada ou que abram mão.

O princípio da dignidade da pessoa humana serve de alicerce para a interpretação das normas jurídicas e dos demais princípios, e também do caso concreto, e qualquer ato contrário a esse princípio deve ser repudiado e deverá sofrer as sanções cabíveis.

Assim sendo, da mesma forma que o princípio garante uma vida digna, deve haver uma ampliação em sua interpretação para entender, também, que é garantido aos indivíduos o direito a uma morte com dignidade, e mesmo em estado terminativo, no processo de morte, o médico, enfermeiro ou qualquer outro interventor que venha a afetar a decisão do paciente em não ser submetido a determinados tratamentos, sendo contrário à sua decisão previamente estabelecida, cometerá ato contra a própria vida, ferindo, portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana, norteador da Constituição, bem como demais princípios expressamente previstos.

Cumprido ressaltar que o instante da morte é o último ato da vida, e assim como essa deve ser respeitada e levada com dignidade, a morte também, não devendo um paciente ter sua vida prolongada artificialmente se não for de sua vontade, e qualquer ato que contrariar sua decisão estará infringindo um direito fundamental, pois a partir do momento que não se pode mais viver com dignidade, não faz qualquer sentido querer manter a vida de alguém forçosa e inutilmente, contrariando a vontade do maior atingido, que é o próprio paciente. O íntegro e correto, nesse caso, é respeitar o que o mesmo estabelecendo enquanto estava no pleno gozo de suas faculdades mentais, lhe garantindo seu direito a morrer com dignidade – viabilizando a ortotanásia, que caracteriza-se a morte digna, sem intervenção médica que seja inútil –, pois viver com ela já não é mais uma opção.

Portanto, o testamento vital serve como garantia a um indivíduo que o faz enquanto plenamente capaz, de que terá direito à uma morte digna, que respeite os limites estabelecidos pelo mesmo e respeite sua decisão, sob pena de infringir o princípio basilar do

ordenamento jurídico brasileiro, até porque alguns procedimentos são demasiados invasivos e não trariam, de forma alguma, benefícios para o quadro do paciente – que já se encontra em estado terminativo.

## **5. O DIREITO DE MORRER COM DIGNIDADE**

Aqui, antes de falar da ortotanásia – que é o foco principal –, cumpre aduzir a conceituação da eutanásia, distanásia e do suicídio assistido, para um melhor entendimento do que significado da expressão “morrer com dignidade”, afastando qualquer possível dúvida acerca do assunto.

A eutanásia –prática bastante conhecida – se caracteriza pela abreviação da vida do paciente, ou seja, o impulsiona ao óbito. No ordenamento jurídico brasileiro inexistente norma sobre a prática da eutanásia, aplicando-se, assim, a tipificação do homicídio, prevista no artigo 121 do Código Penal, seja na forma simples ou qualificada.

Já a distanásia significa a prolongação, ao máximo, da vida humana, ainda que sem qualidade e dignidade, já que o intuito é retardar ao máximo a morte do paciente, utilizando-se de todos os tratamentos e procedimentos médicos possíveis, mesmo que cause ainda mais sofrimentos ao paciente que já está padecendo, ou seja, cuja morte é iminente, não podendo, de qualquer forma, ser evitada. Aqui, não se prolonga a vida propriamente dita, mas sim o processo da morte.

O suicídio assistido, por sua vez, se trata de ação do próprio paciente que, assistido por terceiros, acarreta em sua morte, e difere-se da eutanásia exatamente pelo fato de ser praticado pelo próprio paciente, ao contrário daquele que é praticado diretamente pelo terceiro. Essa conduta está prevista no artigo 122 do Código Penal.

Por fim, a ortotanásia é a morte natural, sem a intervenção de métodos extraordinários para prolongar a vida artificialmente, permitindo ao paciente uma morte humanizada e digna, excluindo qualquer procedimento que lhe cause sofrimento maior do que já está vivendo diante da iminência de sua morte. Cumpre ressaltar que não significa que o paciente não poderá receber medicamentos que diminuam sua dor e sofrimento, mas sim que ele terá direito de morrer com dignidade, de forma natural, sem ser obrigado a submeter-se a tratamentos inúteis, que é exatamente a morte desejada por quem elabora um testamento vital.

No que tange ao direito de morrer com dignidade assim considera Rocha e Pereira<sup>4</sup>:

Independente das convicções religiosas, parece insofismável que, se o indivíduo tem direito a viver com dignidade, teria também o direito de extinguir sua vida corpórea sempre que entendesse ter seu corpo perdido as condições mínimas pra viver com dignidade. Seria essa opção individual, a opção derradeira que mostraria um respeito pela autonomia individual de cada cidadão, independente se cada um concorda ou não. 170 Revista Paradigma, Ribeirão Preto-SP, a. XXI, v. 25, n. 1, p. 147-172 Jan./jun. 2016 ISSN 2318-8650 Seria deixar de lado uma moral kantiana universalista, por uma moral um pouco mais relativista, conforme acreditava Nietzsche, onde cada um deveria analisar e ver o que mais aumente ou reduz sua vontade de poder, sua potência de agir. Assim, por mais duro que seja se despedir dos entes queridos, negar o direito subjetivo de buscar a morte, ou afirmar que cabe ao Estado afirmar quando podemos morrer, não parece se coadunar com os tempos atuais. Independente de nossos entendimentos pessoais, a reflexão que se faz necessária gira em torno do direito subjetivo à escolha do momento de morrer.

## 6. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE

Tal princípio está previsto no artigo 5º, II da Constituição Federal, que versa sobre a não obrigatoriedade do indivíduo fazer ou deixar de fazer algo que não seja em virtude de lei, e é exatamente nisso que se resume o princípio da autonomia da vontade.

*“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:*

*II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”.*

No contexto fático do testamento vital, o referido princípio reflete sobre o direito do indivíduo de preestabelecer os tratamentos que quer e que não quer ser submetido quando encontrar-se incapaz de manifestar sua vontade, tendo plena autonomia para assim fazê-lo.

Assim sendo, desde que o indivíduo haja em concordância com o ordenamento jurídico brasileiro, poderá usufruir da autonomia de sua vontade para estabelecer, em resumidas palavras, como deseja passar concluir seu ciclo de vida, pois ninguém melhor que o próprio paciente para qual a melhor decisão a ser tomada quando algo estiver o afetando, e por vivermos num Estado Democrático de Direito, este possui ampla liberdade para assim agir, tendo como único requisito, para isso, respeitar as leis do país, e ao decidir elaborar um testamento vital estará agindo em conformidade com as mesmas, já que, como visto anteriormente, embora a ausência de previsão legal expressa do estudado instituto, o mesmo

<sup>4</sup>ROCHA, Luiz Augusto Castello Branco de Lacerda Marca da e PRERIA, Thiago Rodrigues. O Direito de Morrer com Dignidade. In: **Revista Paradigma**, v. 25, n. 1, 2016, p. 169-170.

encontra respaldo na interpretação de princípios jurídicos garantidores de direitos – o que, por si só, justifica sua aplicação prática em todo o Brasil.

Por fim, desta feita, conclui-se que o testamento vital é o instrumento apropriado para o exercício da autonomia privada da vontade do paciente em estado terminativo – desde que em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro –, garantindo diretamente a proteção da dignidade humana do paciente.

## 7. TESTAMENTO VITAL E CODICILO

Inicialmente, insta aduzir algumas considerações a respeito do codicilo. Trata-se de disposição testamentária cuja elaboração ocorre sem o formalismo de um testamento, e diante dessa ausência de solenidade, o legislador restringe o seu conteúdo, de forma a limitá-lo a tratar somente de condições sobre o funeral do testador, sobre esmolas de pouca monta a certas e determinadas pessoas – ou, ainda, a pobres de certo lugar –, e sobre bens móveis, joias e roupas de pouco valor.

O referido instituto, diferentemente do testamento vital, possui expressa previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro e encontra-se no artigo 1.881 do Código Civil.

Diferenciam-se, por óbvio, no sentido de que o codicilo possui efeitos *post mortem*, enquanto o testamento vital possui eficácia em vida, e, ainda, enquanto aquele limita-se às condições destacadas anteriormente, este se refere a disposições sobre tratamentos e procedimentos médicos que o testador não deseja ser submetido quando estiver incapaz de manifestar sua vontade livremente.

Assemelham-se, por sua vez, pela característica que ambos possuem de não haver necessidade de preencherem formalidades em sua elaboração, como os testamentos do direito sucessório, no geral, exigem. Ainda, ambos podem ser revogados: o codicilo revoga-se por meio de outro codicilo e do testamento, e o testamento vital por meio da manifestação do testador.

Portanto, tanto o codicilo, como o testamento vital, embora diferentes quanto às suas disposições, possuem semelhança em sua forma, haja vista a dispensa de formalidades – que são imprescindíveis na elaboração dos demais testamentos previstos no Código Civil.

## CONCLUSÃO

Todo indivíduo é possuidor da própria visão quanto ao que é melhor para sua vida em determinados momentos e circunstâncias, com base em sua experiência empírica, crença pessoal, religião e tudo aquilo que julgar ser relevante ao tomar decisões.

Portanto, vivendo em um Estado Democrático de Direito, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, toda pessoa tem garantida sua dignidade para viver, bem como a autonomia e liberdade para praticar atos, não cabendo qualquer distinção, de qualquer natureza que seja. Se um indivíduo sofre violação de uma dessas suas garantias, sofrerá, a Constituição, por óbvio, violação de suas normas.

Nesse diapasão, o testamento vital é o instrumento que possibilita a manifestação de vontade de um paciente enquanto em pleno gozo de suas faculdades mentais, que dispõe sobre os tratamentos e procedimentos que deseja, ou não, ser submetido quando encontrar-se incapaz de manifestar sua vontade.

Como visto, no âmbito médico, o testamento vital foi consolidado por meio da Resolução nº 1995/2012, expedida pelo Conselho Federal de Medicina, que buscou regulamentar a conduta do médico quando se deparar com um caso em que o paciente se recusa a receber qualquer tipo de procedimento que prolongue seu processo de morte artificialmente, ante a ausência de previsão legal expressa.

Ainda nesse sentido, houve a demonstração da necessidade – bem como da possibilidade – de inclusão do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que lhe garanta ainda mais eficácia e o torne ainda mais conhecido, dando-lhe maior credibilidade e segurança.

Abordou-se, ainda, a atuação do tabelião de notas no testamento vital, verificando-se que com a lavratura do documento no cartório, aquele que testa sente mais segurança por saber que terá sua vontade respeitada, visto que o tabelião de notas é dotado de fé pública, o que garante maior efetividade quanto a vontade do declarante. Nesse sentido, quanto ao conteúdo do testamento vital, este deverá conter algumas especificações, como o tipo de tratamento de saúde, a autorização ou recusa de submissão a determinados procedimentos médicos, e, ainda, se desejar, poderá constar no documento se é doador de órgãos ou não, e também a nomeação de um representante legal para fazer cumprir estas diretivas. Ressalta-se que há a dispensa da presença de testemunhas, como é exigido nos testamentos do direito sucessório. Agora, quando à sua revogação, assemelha-se ao testamento sucessório, pois é permitido que o testamento vital seja revogado.

No entanto, embora seja entendido que a lavratura do testamento vital por meio de escritura pública pode lhe trazer mais segurança e efetividade, em determinadas situações a sua feitura é totalmente inviabilizada, pois no caso de um paciente hospitalizado, seria inviável a lavratura do testamento vital por escritura pública, devendo o testador utilizar-se da maneira mais simples possível para elaborar seu testamento, já que seu estado de saúde está acometido.

Quanto à possibilidade de aplicação do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro, entende-se ser possível, e mais do que isso, necessário, uma vez que a ausência de previsão legal expressa gera certa insegurança em quem opta pela feitura do referido testamento, e, também, em quem vai executá-la, como no caso da pessoa nomeada pelo testador e pelos médicos.

No entanto, mesmo diante da ausência do instituto ora estudado no ordenamento jurídico brasileiro, sua aplicação se justifica pela análise de princípios previstos na Constituição Federal, como o princípio da dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade, bem como pela análise de normas infraconstitucionais, a exemplo do artigo 15 do Código Civil, que prevê que ninguém deve ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica, e é exatamente nisso que consiste o testamento vital, sendo este o maior motivo para a sua execução.

Assim sendo, mesmo que não falem respaldos para a feitura e execução do testamento vital na vida de cada indivíduo que optar fazê-lo, tê-lo expressamente previsto no ordenamento jurídico brasileiro seria o mesmo que garantir, de forma concreta e efetiva, que sua inexecução se tornasse cada vez menos frequente, e garantiria, sem qualquer dúvida, maior segurança em sua aplicação.

Em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, é evidente que o testamento vital baseia-se em sua conceituação e ideais, visto que o referido princípio – norteador de toda nossa Constituição – consiste em garantir que o ser humano tenha sua dignidade preservada, e, portanto, antes que surja essa discussão, não há que se falar, de forma alguma, que o testamento vital gera um conflito com o direito à vida, uma vez que este faz presumir não somente uma vida digna, mas também uma morte digna, e não que o ser humano seja submetido a viver a qualquer custo, ainda mais quando não há qualquer possibilidade de que sobreviva, já que encontra-se em estado terminativo.

Nesse diapasão, o instituto ora analisado garante ao testador – que o faz enquanto plenamente capaz – que quando encontrar-se totalmente incapaz de manifestar sua vontade de

forma livre, terá direito a uma morte digna, respeitando os limites preestabelecidos pelo mesmo, tendo sua decisão respeitada acima de qualquer decisão do médico de prorrogar seu processo de morte artificialmente, sob pena de infringir o princípio que é alicerce do ordenamento jurídico brasileiro, já que é sabido que determinados procedimentos são demasiados invasivos e não trariam, de forma alguma, qualquer melhora no quadro do paciente.

Já quanto ao direito de uma morte digna, viu-se que a ortotanásia significa a morte natural, sem qualquer intervenção de métodos extraordinários que visem prolongar a vida de um indivíduo de forma artificial. Dessa forma, ela permite ao paciente que tenha uma morte humanizada e digna, excluindo qualquer procedimento que cause sofrimento maior do que o paciente já está vivenciando, diante da iminência de sua morte. Ressalta-se, mais uma vez, que isso não significa que o paciente não receberá medicamentos que visem diminuir sua dor e sofrimento, mas sim que ele terá preservado o seu direito de morrer com dignidade, e não será obrigado a submeter-se a tratamentos inúteis, sendo esta exatamente a morte desejada por quem elabora um testamento vital.

Sobre o princípio da autonomia da vontade, resta claro o embasamento do testamento vital no mesmo, já que escolher elaborar um testamento vital é nada mais, nada menos que se rudimentar no referido princípio, que consiste no indivíduo não ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, e enfatizando com o instituto ora analisado, este se caracteriza pelo direito do paciente de deixar preestabelecidos os tratamentos que quer ou não submeter-se quando encontrar-se incapaz de manifestar sua vontade, possuindo total autonomia para assim fazê-lo, já que não estará em discordância com o ordenamento jurídico brasileiro.

Aduziu-se, ainda, as diferenças e semelhanças entre o testamento vital e o codicilo. Este último encontra-se previsto no artigo 1881 do Código Civil, e define-se como uma disposição testamentária, sem as solenidades dos testamentos do direito sucessório, sobre esmolas de pouca monta a certas e determinadas pessoas – ou, ainda, a pobres de certo lugar –, e sobre bens móveis, joias e roupas de pouco valor. A semelhança entre os dois institutos se justifica exatamente pela característica que ambos possuem de não ser necessário o preenchimento de formalidades em sua elaboração, bem como a possibilidade que ambos têm de serem revogados.

Por fim, conclui-se que o instituto ora analisado, ainda que não tenha sido tratado em legislação específica, é plenamente válido e aplicável, alicerçado na interpretação dos

princípios constitucionais do nosso ordenamento jurídico, como exemplo da garantia da dignidade da pessoa humana – que aborda tanto a vida, como também a morte do indivíduo –, bem como da autonomia privada e liberdade de cada ser. Desse modo, permitir que o indivíduo utilize do testamento vital para estabelecer regras sobre sua própria vida, é garantir que ele tenha sua dignidade preservada, que ele tenha capacidade de autodeterminação e que aceite o processo de morte como algo natural, sendo desnecessária sua prolongação de forma artificial.

## REFERÊNCIAS

**CONSTITUIÇÃO FEDERAL**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 de setembro de 2017.

**LEI N° 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 10 de setembro de 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Inicial de Ação Civil Pública**. Disponível em: <http://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2014/07/inicial-ACP-testamento-vital.pdf>. Acesso em: 10 de setembro de 2017.

CAHALI, Francisco José. **Entrevista exclusiva ao Jornal do Notário com o advogado Francisco José Cahali**. In: Blog do 26: Tabelionato de Notas, São Paulo, 23 abr. 2010. Disponível em: <https://www.26notas.com.br/blog/?p=1150?p=1150>. Acesso em: 10 de setembro de 2017.

**RESOLUÇÃO CFM N° 1.638/2002**. Define prontuário médico e torna obrigatória a criação da Comissão de Revisão de Prontuários nas instituições de saúde. 2002. Disponível em: [http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1638\\_2002.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1638_2002.htm). Acesso em: 11 de setembro de 2017.

**RESOLUÇÃO CFM N° 1.805/2006**. Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. 2006. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2006/>. Acesso em: 11 de setembro de 2017.

**RESOLUÇÃO CFM Nº 1.995/2012.** Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. 2012. Disponível em: [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995\\_2012.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf). Acesso em: 12 de setembro de 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **I Jornada de Direito da Saúde.** Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS\\_APROVADOS\\_NA\\_JORNADA\\_DE\\_DIREITO\\_DA\\_SAUDE\\_%20PLENRIA\\_15\\_5\\_14\\_r.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENRIA_15_5_14_r.pdf). Acesso em: 12 de setembro de 2017.

DISTRITO FEDERAL. **Processo nº 2007.34.00.014809-3.** Brasília, 2010. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>. Acesso em: 12 de setembro de 2017.

ESPANHA. **Legislação de testamento vital na Espanha.** In: *Testamento Vital*, [S.L.], 2014. Disponível em: <http://testamentovital.com.br/legislacao/espanha/>. Acesso em: 13 de setembro de 2017.

ESTADOS UNIDOS. **Patient Self Determination Act of 1990** (Introduced in House). In: *Testamento Vital*, [S.L.], 2014. Disponível em: <http://testamentovital.com.br/legislacao/>. Acesso em: 13 de setembro de 2017.

JUSTIÇA FEDERAL DO ESTADO DE GOIÁS. **Ação Civil Pública nº 1039-86.2013.4.01.3500/7100.** Disponível em: <http://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2014/07/senten%C3%A7a-ACP-testamento-vital.pdf>. Acesso em: 13 de setembro de 2017.

PORTUGAL. **Legislação de testamento vital em Portugal.** In: *Testamento Vital*, [S.L.], 2014. Disponível em: <http://testamentovital.com.br/legislacao/portugal/>. Acesso em: 14 de setembro de 2017.

URUGUAI. **Legislação de testamento vital no Uruguai.** In: *Testamento Vital*, [S.L.], 2014. Disponível em: <http://testamentovital.com.br/legislacao/uruguai/>. Acesso em: 14 de setembro de 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 7: direito das sucessões.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Submetido em 05.12.2017

Aceito em 12.12.2017