

**UNIVERSIDADE TUIUTI DO PARANA**

**RENAN MENDES DO VALLE**

**TESTAMENTO VITAL E A GARANTIA DA AUTONOMIA DO  
INDIVÍDUO**

**CURITIBA**

**2017**

**RENAN MENDES DO VALLE**

**TESTAMENTO VITAL E A GARANTIA DA AUTONOMIA DO  
INDIVÍDUO**

Monografia de conclusão de curso, apresentada ao Curso de Direito da Universidade Tuiuti do Paraná como Requisito parcial para a obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Thais Gouveia Pascoaloto Venturi

**CURITIBA**

**2017**

# TERMO DE APROVAÇÃO

**RENAN MENDES DO VALLE**

## TESTAMENTO VITAL E A GARANTIA DA AUTONOMIA DO INDIVÍDUO

Esta monografia foi julgada e aprovada para a obtenção do título de Bacharel no Curso de Direito da  
Universidade Tuiuti do Paraná

Curitiba \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2017

---

Prof. Dr. Eduardo de Oliveira Leite  
Coordenação do Núcleo de Monografia  
Universidade Tuiuti do Paraná

Orientadora: \_\_\_\_\_

Profa. Dra. Thais Gouveia Pascoaloto Venturi  
Universidade Tuiuti do Paraná  
Curso de Direito

Supervisor: \_\_\_\_\_

Prof.  
Universidade Tuiuti do Paraná  
Curso de Direito

Supervisor: \_\_\_\_\_

Prof.  
Universidade Tuiuti do Paraná  
Curso de Direito

## **AGRADECIMENTOS**

O desenvolvimento acadêmico não é trilhado sozinho, sendo, em parte, resultado das influências exercidas sobre o discente por aqueles que o rodeiam. E são essas influências, recebidas ao longo desta jornada, que me permitiram a elaboração deste trabalho, as quais passo a agradecer:

À minha família, a quem devo tudo, por acreditar e investir em mim, definindo o que hoje sou. Agradeço aos meus pais, Wilson e Margit, por me ensinarem e estarem sempre ao meu lado me mostrando a tradução do amor em família.

Aos meus irmãos, por estarem sempre presentes, por seus valiosos conselhos e por acreditarem na minha capacidade.

Aos demais familiares e aos amigos, sempre tão afetuosos e sensíveis à importância desta etapa da minha vida.

Aos meus irmãos de vida, Eduardo Roscia, Guilherme Roscia, Ricardo Megger e Rodrigo Chin, por permanecerem sempre ao meu lado, nos bons e maus momentos.

A minha professora e orientadora, Dra. Thais Gouveia Pascoaloto Venturi, por sua disponibilidade e auxílio no presente trabalho, transmitindo valiosos ensinamentos e intervindo de maneira precisa sempre que necessário.

Aos Professores da Universidade Tuiuti do Paraná, sempre dispostos à doação do conhecimento, contribuindo para a minha formação acadêmica e profissional.

E a todos aqueles que de alguma forma estiveram e estão próximos de mim, fazendo esta vida valer cada vez mais a pena.

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

*(Sêneca)*

## RESUMO

A presente monografia tem por finalidade analisar o testamento vital, tema bastante desconhecido em nossa sociedade atual e que causa algum tipo de desconfiança. Com o avanço da medicina criou-se novas situações entre a vida e a morte. A nossa Constituição Federal está fundamentada na dignidade da pessoa humana, princípio que norteia o nosso Estado Democrático de Direito, garantindo a capacidade de autodeterminação do indivíduo. Apesar do nome, o testamento vital afasta-se do testamento sucessório, previsto no Código Civil. Na falta de legislação específica acerca do testamento vital, o Conselho Federal de Medicina regulamentou o tema na Resolução 1995/2012 que dispõe sobre as Diretivas Antecipadas da Vontade e sobre os cuidados e tratamentos de pacientes fora das modalidades atuais, incapazes de comunicar-se e expressar de maneira livre e independente sua vontade. O objeto de estudo se faz presente em diversas legislações estrangeiras, ressaltando sua relevância. Por meio de uma interpretação constitucional, busca-se demonstrar que o Testamento Vital deve ser considerado válido como expressão da livre manifestação da vontade antecipada e da autonomia do indivíduo.

**Palavras-chave:** Testamento Vital; Dignidade da pessoa humana; Autonomia privada do indivíduo; Constituição Federal.

## ABSTRACT

The current paper analyses the Vital Testament, a much unknown subject in our society and one that causes certain mistrust. With the advance of Medicine, new conditions between life and death were created. The Brazilian Federal Constitution is substantiated on the dignity of the human person, a principle that guides the Democratic State, and guarantees one's capacity of self-determination. Besides its name, the vital testament diverges from the succession testament, provided in the Civil Code. On the lack of specific legislation about the vital testament, the Federal Council of Medicine regulated the matter on the Resolution no. 1995/2012 that addresses the Advance Directives of Willingness and also discusses about the care of patients beyond the current treatment modes, incapable of communicating and expressing their selves freely and independently of their will. This subject is present in other foreign legislations, which emphasizes its relevance. Throughout a constitutional interpretation, it is sought to demonstrate that the Vital Testament must be considered valid as an expression of the free manifestation of willingness and the autonomy of the individual.

**Key words:** Vital Testament, dignity of the human being, private autonomy of the individual, Brazilian Federal Constitution.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2</b>	<b>DIREITO SUCESSÓRIO: NOÇÕES ESSENCIAIS .....</b>	<b>10</b>
2.1	CONCEITO DE SUCESSÕES .....	10
2.2	SUCCESSÃO GERAL .....	11
2.2.1	Liberdade para testamento .....	11
2.2.2	Abertura da sucessão .....	12
2.3	SUCCESSÃO LEGITIMA .....	13
2.3.1	Ordem de vocação .....	13
2.3.1.1	Descendentes .....	14
2.3.1.2	Ascendentes .....	15
2.3.1.3	Cônjuge sobrevivente .....	15
2.3.1.4	Colaterais .....	16
2.3.2	Herança para o Estado .....	17
2.4	SUCCESSÃO TESTAMENTÁRIA .....	17
2.4.1	Conceito de testamento e capacidade .....	18
2.4.1.1	Capacidade ativa e passiva .....	19
2.4.1.2	Legitimidade para suceder no testamento e a figura do testamenteiro .....	20
2.4.2	Formas de testamento ordinário .....	21
2.4.2.1	Público .....	21
2.4.2.2	Cerrado .....	21
2.4.2.3	Particular .....	22
2.4.3	Codicilos .....	23
2.4.4	Revogação .....	23
2.4.5	Rompimento ou ruptura .....	24
<b>3</b>	<b>AUTONOMIA PRIVADA E SUAS IMPLICAÇÕES .....</b>	<b>26</b>
3.1	NOÇÕES INTRODUTÓRIAS .....	26
3.2	AUTONOMIA PRIVADA .....	26
3.3	AUTONOMIA PRIVADA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA: O CASO DA INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ DE FETOS ANENCEFÁLICOS .....	29
3.4	AUTONOMIA PRIVADA EM QUESTÕES EXISTENCIAIS .....	30
3.5	QUESTÕES EXISTENCIAIS E LIMITES A AUTONOMIA PRIVADA .....	30
3.6	PRINCIPIO DA DIGNIDADE HUMANA E O TESTAMENTO VITAL .....	31

3.7	DIRETRIZES DE ANTECIPAÇÃO DE VONTADE .....	32
3.7.1	Benefícios do aconselhamento médico e jurídico a pacientes nas diretivas antecipadas da vontade .....	32
<b>4</b>	<b>TESTAMENTO VITAL: UMA EXPRESSÃO DA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE .....</b>	<b>33</b>
4.1	TESTAMENTO VITAL: FUNDAMENTOS E CARACTERÍSTICAS .....	33
4.2	TESTAMENTO VITAL: ORIGENS E EVOLUÇÃO .....	33
4.3	TESTAMENTO VITAL PELO MUNDO.....	35
4.3.1	Estados Unidos da América .....	35
4.3.2	Austrália .....	36
4.3.3	Portugal.....	37
4.3.4	Argentina.....	38
4.3.5	Brasil .....	38
4.4	INTERFERÊNCIA HUMANA NO PROCESSO DE MORTE .....	40
4.4.1	Eutanásia .....	40
4.4.2	Ortotanásia .....	41
4.4.3	Distanásia .....	42
4.5	AUTONOMIA PRIVADA E O TESTAMENTO VITAL .....	42
4.6	DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A MORTE .....	43
4.7	CASO SOBRE A APELAÇÃO CIVIL 70054988266 RS .....	43
4.7.1	Voto do relator Desembargador Irineu Mariani .....	45
4.8	DIRETIVAS DE ANTECIPAÇÃO DA VONTADE .....	46
4.9	CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO .....	47
4.10	RELAÇÃO MÉDICO X PACIENTE .....	49
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>51</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>53</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A evolução médica que ocorreu nos últimos anos trouxe efeitos e causou mudanças em nosso modo de vida. No que tange a medicina essas mudanças são bem evidentes. Mudando este poder que era feito pelo médico e passando para o paciente poder decidir sobre suas vontades.

Com o final das duas grandes guerras mundiais, o mundo passou a valorizar o ser humano, colocando-o na posição de dono de sua própria vida. E com isso muitos ordenamentos jurídicos colocaram a pessoa humana em seus centros, e no Brasil não foi diferente. Com a chegada da nossa Constituição em 1988, o princípio da dignidade humana tornou-se um dos princípios basilares que norteia todos os demais.

A dignidade humana, assim, alcançou uma importância tão grande que consegue ultrapassar a barreira da vida, atingindo a morte, isto porque, a partir do momento em que não se pode mais viver com dignidade, surge o direito à morte digna. A chegada ao fim da vida tem sido objeto de várias discussões mundo afora, como será analisado no presente trabalho.

É nesse contexto que emerge as diretivas antecipadas de vontade, documento que expressa a manifestação de vontade do paciente acerca dos tratamentos e cuidados médicos que deseja ser submetido, em casos de ocorrer a incapacidade de exprimir, com autonomia, seus desejos. O cerne deste documento é o exercício da autonomia do paciente.

As diretivas de vontade antecipada estão presentes em diversos países como Estados Unidos da América, Austrália, Portugal e Argentina. Porém, até o momento, no Brasil padece de regulamentação, salvo a resolução n. 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina que iniciou a discussão sobre o testamento vital no Brasil.

A ausência de regulamentação, entretanto, não impede a validade das diretivas antecipadas de vontade no Brasil. É esta a tese que este trabalho propõe desenvolver através de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Neste contexto, o primeiro capítulo tem como função trazer uma abordagem de forma sucinta e não pretendendo esgotar o assunto sobre a matéria do direito sucessório que é amparado pelo nosso Código Civil. Traz os seus conceitos e suas formas e demais modalidades, como o testamento de patrimônio uma das formas de manifestação de vontade antecipada.

Na sequência, o segundo capítulo, é feito um aprofundamento sobre a autonomia privada e a dignidade humana e sobre as diretrizes sobre antecipação da vontade, como se relaciona as questões essenciais para a autônima e a relação do advogado e médico com o paciente. Aborda-se também um estudo sobre a Ação de Preceito Fundamental 54 que traz a luz discussões sobre o princípio da autonomia e da dignidade da mulher em poder abortar em casos de bebês anencefálicos.

Já no terceiro capítulo aborda sobre o testamento vital em si, suas origens nos Estados Unidos e as experiências estrangeiras que regulamentarem o testamento vital em seus ordenamentos. Mostra um estudo sobre a definição do instituto das diretivas antecipadas de vontade, suas modalidades e requisitos exigidos, bem como, sobre a autonomia privada e a dignidade da pessoa humana e meios da interferência humana no processo de morte. Também é analisada uma jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul onde um paciente se utilizou de sua autonomia sobre amputar ou não a sua perna e prolongar a sua vida.

Por fim, a proposta desta pesquisa consiste na verificação da validade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da autonomia privada e a dignidade do paciente poder dispor sobre suas vontades em consonância com a nossa Constituição, seus princípios, bem como as leis infraconstitucionais.

## 2 DIREITO SUCESSÓRIO: NOÇÕES ESSENCIAIS

Na esfera do direito, entende-se como direito das sucessões o conjunto de normas que dão regramento à transferência do patrimônio de alguém depois da sua morte, considerando os aspectos da lei ou de testamento.

### 2.1 CONCEITO DE SUCESSÕES

Sucessão em um sentido amplo, conforme discorre Lobo (2014, p.19) “é o ramo do direito civil que disciplina a transmissão dos bens, valores, direitos e dívidas deixados pela pessoa física aos seus sucessores, quando falece, além dos efeitos de suas disposições de ultima vontade”.

De uma forma simples sucessão seria que, após a morte o sucessor assume os bens da pessoa falecida arcando com todos os ônus e bônus de suceder e assumindo a herança. Nos ensina Venosa (2010, p.1) “suceder é substituir, tomar o lugar de outrem no campo dos fenômenos jurídicos. Na sucessão, existe uma substituição do titular do direito”.

O direito das sucessões cabe às pessoas físicas com a sua morte. Já no que se refere a sucessão das pessoas jurídicas como enfatiza Lobo (2014, p.15), “existe regras próprias para cada uma dessas entidades: associação civil, fundação, organização religiosa, partido político, sociedade simples, sociedade empresaria, além das empresas unipessoais”.

Em relação a importância do direito das sucessões cabe salientar o que ressalta Gonçalves (2017, p.21), que quando o de cujus desaparece, ele deixa bens e cabem em vida dos que permanecem dar continuidade a sucessão e a imagem do morto. Como vimos, se mostra importante guardar o direito a sucessão, pois trata-se de um direito fundamental garantido pela Constituição Federal de 1988.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> CF 1988 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: XXX - é garantido o direito de herança.

## 2.2 SUCESSÃO GERAL

### 2.2.1 Liberdade para testamento

A liberdade de testar é grande, porém a lei no artigo 1.789<sup>2</sup> impõe um limite de que o testador só poderá disponibilizar metade da herança, visando à proteção aos outros herdeiros legítimos que seriam o cônjuge, parentes ou o Estado em último caso.

Conforme ressalta Campos (1990, p.457), a plena liberdade de testar pode originar uma grande perda de patrimônio podendo gerar uma diminuição de expectativas de parentes mais próximos. Em alguns países a capacidade para dispor de seus bens é de forma ilimitada, outros países reservam porcentagens para os descendentes. No caso do Brasil esta porcentagem fica em torno de 50% de cota disponível que o testamenteiro pode repassar a quem de direito por livre vontade.

O artigo 1860 do mesmo código<sup>3</sup> discorre que a capacidade tem um limite de idade de 16 anos, ou seja, ao completar 16 anos a pessoa pode testar sem assistência dos pais. Além disto, não podem testar os que não tiverem pleno discernimento e os incapazes que são os menores de 16 anos, aqueles que tem enfermidade mental que os privem de praticar os atos da vida civil.

É neste sentido que comenta Venosa (2010, p.191-192) “A capacidade de compreensão e análise, provém de uma característica da condição humana, se não a mais importante, a que melhor define a nossa espécie: a racionalidade”.

Para as pessoas naturais, enquanto a capacidade de direito decorre da mera condição de ser pessoa, a capacidade de fato depende da existência de entendimento, inteligência e vontade própria. Neste sentido ressalta Amaral (2000, p.225) “Somente com discernimento, a pessoa terá autonomia para livremente tomar as decisões relacionadas à vida civil e poderá ser responsável por elas”.

Em uma breve conclusão podemos ver que o principal requisito para testar seria estar apto para a vida civil e nisto se inclui a vontade para testar e a presença de discernimento civil.

---

<sup>2</sup> BRASIL Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Novo Código Civil Brasileiro. Legislação Federal. Art.1789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.

<sup>3</sup> BRASIL Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Novo Código Civil Brasileiro. Legislação Federal. Art. 1860. Além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento. Parágrafo único. Podem testar os maiores de dezesseis anos.

### 2.2.2 Abertura da sucessão

Na abertura da sucessão quando o titular morre, as posses e propriedades se transmitem de forma imediata visando não ocorrer que as mesmas não fiquem sem dono correndo o risco de perecimento como dispõe o artigo 1784<sup>4</sup> Código Civil. Vemos, portanto, que o artigo em questão no traz o princípio da *Saisine*<sup>5</sup> de origem francesa, pelo qual se estabelece que a posse dos bens do *de cujus* se transmite aos herdeiros, imediatamente, na data de sua morte.

Neste aspecto, Lobo (2014, p.48) discorre que o princípio da *saisine* seria um mecanismo jurídico e que no direito brasileiro é conferida a qualquer herdeiro ou que sejam legítimos a receber a herança, tendo direito real na propriedade e sendo transmitida de forma imediata conforme a ordem de vocação.

O Superior Tribunal de Justiça assim concebe o instituto no RESP:

Em observância ao Princípio da *Saisine*, corolário da premissa de que inexistente direito sem o respectivo titular, a herança, compreendida como sendo o acervo de bens, obrigações e direitos, transmite-se, como um todo, imediata e indistintamente aos herdeiros. Ressalte-se, contudo, que os herdeiros, neste primeiro momento, imiscuir-se-ão apenas na posse indireta dos bens transmitidos. A posse direta, conforme se demonstrará, ficará a cargo de quem detém a posse de fato dos bens deixados pelo *de cujus* ou do inventariante, a depender da existência ou não de inventário aberto. (Superior Tribunal de Justiça (Brasil), Recurso Especial nº 1.125.510 - RS (2009/0131588-0), 3ª Turma, relator Ministro Massami Uyeda, DJe: 19/10/2011).

Como vimos o princípio da *saisine*, é um dos pilares do direito das sucessões e que norteia todo o instituto, ficando evidenciado que no momento da abertura da sucessão, a herança transmite-se desde logo aos herdeiros legítimos e testamentários, que por sua vez, irão administrar o patrimônio deixado.

Para reforçar o entendimento, Almada (2006, p.40) diz que a morte constatada independentemente da forma ou a pessoa, basta para evocar a vocação hereditária, onde a exceção seria a declaração judicial de morte presumida.

Como visto, verifica-se que é importante a abertura da sucessão, bem como o princípio que norteia o direito sucessório que seria o *saisine*.

---

<sup>4</sup> BRASIL Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Novo Código Civil Brasileiro. Legislação Federal. Art. 1784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

<sup>5</sup> Princípio da *saisine*, site link: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/289873/principio-de-saisine>>. Acesso em 9 jul. 2017.

## 2.3 SUCESSÃO LEGITIMA

No Código Civil de 1916, os herdeiros necessários, também chamados obrigatórios, legitimários ou reservatários, eram apenas os descendentes, e os ascendentes cônjuges e colaterais eram herdeiros legítimos, mas não necessários. Porém com o novo Código Civil de 2002 sofreu profundas modificações, uma das alterações foi à colocação do cônjuge como herdeiro necessário também nas duas primeiras classes preferenciais, em concorrência, portanto, com os descendentes e os ascendentes.

Neste aspecto faz-se importante abordar o que discorrem alguns doutrinadores sobre os princípios da sucessão legítima.

Segundo Gonçalves (2017, p.157), a sucessão legítima ocorre em casos de inexistência, invalidade ou caducidade do testamento deferindo à herança a família do *de cuius*.

Por outro lado, Lobo (2014, p.70) discorre que a sucessão legítima obedece a ordem de vocação onde os beneficiários da sucessão são os que são definidos por lei e os testamentários dependem de nomeação, não podendo ultrapassar a cota dos demais.

Neste sentido Lisboa (2004, p.407) afirma que “a sucessão legítima é direito fundamental consagrado constitucionalmente, em prol de todos aqueles que podem ser incluídos como herdeiros, até mesmo os filhos não havidos no casamento”.

Para Lobo (2014, p.71), o nosso código revela uma preferência pela sucessão legítima pois, reflete a realidade social do povo brasileiro. Este seria um modelo mais aceito perante as pessoas por trazer maior segurança jurídica e justo perante os herdeiros em que pese que quando houver testamento não exclui a sucessão legítima.

### 2.3.1 Ordem de vocação

Após o código civil de 2002 houve grandes mudanças a respeito da ordem de vocação como diz Gonçalves (2017, p.161-162), que seria a retirada do Estado como herdeiro legítimo, tendo em vista o princípio da *saisine*, onde se procede chamamento do cônjuge para a herança e benefício do direito real sobre o cônjuge sobrevivente.

Em decorrência disto houve quatro classes para onde irão os bens após a morte conforme detalha o artigo 1.829 do CC<sup>6</sup>.

### 2.3.1.1 Descendentes

De acordo com o inciso primeiro do citado artigo os descendentes estão em primeiro na ordem de sucessão, pois representa, conforme cita Gonçalves (2017, p.164), “um duplo fundamento: a continuidade da vida humana e a vontade presumida do autor da herança”.

São os que originam de uma pessoa como os filhos, netos, bisnetos e sucessivamente, pois são parentes de grau mais próximo e recebem após a morte parte da herança em partes iguais tanto homem como a mulher não podendo haver discriminação entre as partes inclusive entre filhos adotados. Para Venosa (2010, p.124-125), seria basicamente onde após o chamamento a sucessão os graus mais próximos de parentes excluem os mais remotos, onde se existindo filhos do morto eles se tornam herdeiros.

Nas palavras de Lobo (2014, p.101), “os descendentes apenas são titulares de direito sucessórios quando se dá à abertura da sucessão. Antes desta, não há qualquer direito à herança, porque o ordenamento jurídico brasileiro rejeita os pactos sucessórios”.

Em função disto, vem uma questão sobre o destinatário da herança. A respeito, Gonçalves (2017, p.171) diz que primeiro deverá ser observado o estado civil do *de cuius* para se ter a abertura da sucessão.

Outra implicação que o inciso nos traz, seria sobre o conjugue sobrevivente, que conforme Gonçalves (2017, p.170), o mesmo está em terceiro na linha de sucessão, concorrendo em igualdade com os descendentes e ascendentes.

Os descendentes formam a classe principal sobre os que possuem direito a herança e tem grande relevância para o direito sucessório, sendo garantido por Lei.

---

<sup>6</sup> BRASIL Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Novo Código Civil Brasileiro. Legislação Federal. Art. 1829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

### 2.3.1.2 Ascendentes

No inciso sobre os ascendentes, conforme o conceito de Lobo (2014, p.118), seria “ascendente toda pessoa da qual se origina outra pessoa, imediata ou mediata”.

Ocupando a 2ª classe das pessoas que tem direito a herança, se orienta em dois princípios básicos, como conceitua Gonçalves (2017, p.180-181), de que o grau mais próximo exclui o mais remoto e se tendo igualdade de grau mas diversidade na linha, deve ser respeitada a sua hierarquia não se podendo ter distinção.

A proporção da herança entre os ascendentes e descendentes é redigida pelo o artigo 1.837 do CC<sup>7</sup>, que nada mais seria se o falecido deixou pai e mãe e cônjuge, caberá um terço, e se tiver apenas o pai ou a mãe e mais o cônjuge, caberá metade da herança.

Como visto, os ascendentes gozam de direito sobre as sucessões por força de lei e que é redigido por dois princípios básicos, onde o primeiro seria que o grau mais próximo exclui o mais longe, e o ultimo principio seria o de que havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdaram a metade, cabendo a outra aos da linha materna. E que deve haver uma reciprocidade para se ter direito aos bens do *de cuius*.

### 2.3.1.3 Cônjuge sobrevivente

Na linha de sucessão fica em 3º o cônjuge sobrevivente e terá direito a herança quando não houver descendentes ou ascendentes. Conforme Gonçalves (2017, p.183), na falta do ascendente a herança do morto sendo casado ou separado de fato a menos de dois anos será do cônjuge sobrevivente. O artigo 1.838<sup>8</sup> do mesmo código reforça esta ideia.

Porém, o direito a herança do cônjuge só foi possível na ultima fase do Direito Romano como enfatiza Venosa (2010, p.131): “apenas na última fase do Direito Romano, já com Justiniano, é que se permitiu à mulher suceder nos bens do marido, estabelecendo-se uma possibilidade de usufruto, concorrendo com os filhos”.

---

<sup>7</sup> BRASIL Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Novo Código Civil Brasileiro. Legislação Federal. Art. 1837. Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau.

<sup>8</sup> BRASIL Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Novo Código Civil Brasileiro. Legislação Federal. Art. 1838. . Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente.

Em que pese, só será afastado o direito a sucessão depois de homologada a separação consensual ou julgado a sentença de separação. Nesta linha comenta Hironaka (2003, p.221), que o prazo de dois anos do rompimento do matrimônio afastaria o efeito material de participação sucessória, porém seria uma presunção relativa. O tempo de dois anos seria para não ter injustiça se possibilitasse o afastamento total do cônjuge da sucessão, sem que se tenha outra possibilidade.

Em resumo, para o cônjuge ter direito a herança Gonçalves (2017, p.184), diz que não se pode ser rompimento matrimonial, separado de fato a mais de dois anos e que não seja mais possível a convivência em comum.

#### 2.3.1.4 Colaterais

São o 4º na linha de sucessão após não haver descendentes, ascendentes ou conjugue sobrevivente, conforme nos diz Lobo (2014, p.157), que seriam os parentes que não são diretos, mesmo que se tenha o mesmo tronco, percorrendo duas linhas que se encontram no ancestral comum.

Para Venosa (2010, p.154), seriam os parentes que descendem de um só tronco e sem descenderem um dos outros. Os parentes em linha colateral compreendem os irmãos que são parentes de 2º grau, os tios e sobrinhos que são de 3º grau e os primos que são de 4º grau, pois são pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra conforme o artigo 1592 do CC<sup>9</sup>.

Se houver irmãos do *de cuius*, pois são parentes de segundo grau, excluem os tios e sobrinho de acordo com o artigo 1840 do CC<sup>10</sup>. Embora existe exceções, que seria do sobrinho que herda por estirpe representando o pai morto.

Existe inclusive, um movimento para redução para o 3º grau, conforme pondera Lobo (2014, p.158), que as relações familiares e o pertencimento de família seriam mais fortes apenas ao terceiro grau tendo em vista a mudança na sociedade contemporânea e que não seria justo se beneficiarem da herança.

---

<sup>9</sup> BRASIL Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Novo Código Civil Brasileiro. Legislação Federal. Art. 1852. São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra.

<sup>10</sup> BRASIL Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Novo Código Civil Brasileiro. Legislação Federal. Art. 1840. Na classe dos colaterais, os mais próximos excluem os mais remotos, salvo o direito de representação concedido aos filhos de irmãos.

### 2.3.2 Herança para o Estado

Um tema polêmico seria a transmissão da herança para o Estado como forma de compensar a ausência das hipóteses trazidas. A herança poderia ser transmitida ao ente estatal por força do artigo 1844<sup>11</sup> do mesmo código.

Uma forma de evitar a transmissão da herança ao Estado seria fazer um testamento, pois os municípios ou União não poderiam ser considerados herdeiros. Sobre o assunto, Venosa (2010, p.154), se posiciona, em que pese o Estado adquirir a herança em casos especiais, não teria o princípio básico da *saísine*, por isso não estaria elencado na ordem de sucessão, apenas herdaria de forma da vacância.

Existe para alguns doutrinadores que a natureza jurídica da sucessão seria o Estado se apossando de bens, o que não é verdade, pois seria de quem chegasse primeiro. Uma outra tese é de que o Estado exerce a sua soberania, e a última tese é que não havendo herdeiros, deveria herdar o município tendo em vista os serviços prestados por ele.

Como visto, a herança pode ser transmitida ao Estado quando não se encontra as hipóteses do artigo 1.829 do CC, que seria os ascendentes, descendentes, cônjuge sobrevivente ou os parentes colaterais. A possibilidade de ser transmitida ao ente público seria uma última opção para não se ter um bem perdido. Entretanto, uma forma de evitar a transmissão ao Estado seria fazer um testamento especificando para quem deixar o bem, uma vez que o ente público não atende o princípio da *saísine*.

## 2.4 SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

A sucessão testamentária seria a última vontade deixada pelo morto, neste sentido discorre Lobo (2014, p.189): “a sucessão testamentária é a que se dá em observância às declarações de vontade expressa deixadas pelo *de cuius*, nos limites e em documentos formais admitidos pela lei”.

Com isso o legislador deixou grande parte do código para a interpretação do *de cuius*, onde se pode analisar os principais aspectos do seu conteúdo.

---

<sup>11</sup> BRASIL Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Novo Código Civil Brasileiro. Legislação Federal. Art. 1844. Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal.

#### 2.4.1 Conceito de testamento e capacidade

A previsão da sucessão testamentária está inserida nas legislações contemporâneas, caracterizando-se por ser ato de última vontade, que tem por finalidade satisfazer os sentimentos do testador. Nos primórdios o testamento não era conhecido. O princípio, nas civilizações antigas, era de que toda propriedade estava ligada à família e, por meio da religião, não se podia afastar dela.

Pode-se dizer que a sucessão foi primeiro *ab intestado*, a morte do chefe impunha a transmissão dos bens, que derivava das crenças e justificava a transmissão ao filho. Herda ele, então, não pela vontade do pai, mas por imposição dos deuses e dos homens. Sucedendo sem a liberdade de não poder não aceitar a herança deixada pelo pai.

Em Roma, o testamento foi conhecido muito cedo e assumiu feições de tal importância, que Cícero o proclamou o mais grave ato da vida do cidadão. O herdeiro era continuador da personalidade do morto, dentro da família, e do culto dos antepassados. Por isso, não se admitia o recebimento de patrimônio que não fosse íntegro.

No período pós-clássico que vai surgir as formas de testamento conhecidos hoje. Aí estão os testamentos privados e testamentos públicos, surgidos nessa fase histórica.

Na Idade Média, sua função encontrava-se praticamente extinta, servindo apenas para fazer legados. Tornando-se costume deixar sempre algo para a Igreja. O falecido que disso se esquecia era socorrido pelos herdeiros, que supriam “a falta”. Esse costume, contudo, teve o eficaz resultado de fazer os povos bárbaros assimilarem a noção de testamento.

Por se ter forte influência católica a Igreja reforçou a sua posição de intermediária entre o Homem e Deus convencendo aquele que a sua salvação passava pela redação da sua última vontade onde deveria ficar determinado o bem de alma. A preocupação de não morrer sem ter expresso a última vontade instalou-se, nos espíritos católicos que a partir do século XVI, poucos eram os que morriam *ab intestato*.

Inspirado nas instituições jurídicas romanas este modelo acabou por servir não só o poder civil a quem interessava zelar pela manutenção e bem-estar da família,

mas também uma Igreja que se preocupava com a salvação eterna dos seus fiéis. E para uma melhor classificação sobre o instituto, iremos analisar o que fala Gonçalves.

Sobre a sua classificação, Gonçalves (2017, p.131) diz que seria a manifestação da vontade para ver o que deverá ser feito após a morte. Em função da autonomia privada do indivíduo, faz-se importante analisar este aspecto.

Por ser um negócio jurídico, a capacidade deve seguir a regra do artigo 104 do CC<sup>12</sup>. A importância do testamento é produzir efeitos jurídicos após a morte do disponente, pelos interesses econômicos-morais que a ele se prendem, mais apurados devem ser os requisitos para a sua validade. Divide-se em ativa, sendo como quem pode dispor por testamento, e passiva que seria quem pode adquirir por testamento.

#### 2.4.1.1 Capacidade ativa e passiva

Nesta linha, ressalta Maximiliano (1942, p.381), que para testar se deve ter a vontade e inteligência e a plena consciência da plenitude da vontade. A capacidade ativa constitui como regra, conforme o disposto no o artigo 1.860 do CC<sup>13</sup>.

O citado artigo mostra que somente não podem testar os incapazes e quem não tiver os discernimentos da vida civil, portando as pessoas não incluídas nas proibições podem testar. Neste sentido diz Gonçalves (2017, p.239): “destaca-se, a propósito da capacidade de testar, a clareza do art. 2.188 do Código Civil português: Podem testar todos os indivíduos que a lei não declare incapazes de o fazer”.

Pode-se concluir que a capacidade ativa seria quem pode dispor por testamento. Vale lembrar também que as pessoas jurídicas se extinguem por dissolução e não por morte, não podendo testar.

A capacidade passiva está elencada no artigo 1.801 do CC<sup>14</sup> que elenca as pessoas que tem a capacidade de receber ou adquirir por testamento verificada no

---

<sup>12</sup> BRASIL Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Novo Código Civil Brasileiro. Legislação Federal. Art. 104. Art. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

<sup>13</sup> BRASIL Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Novo Código Civil Brasileiro. Legislação Federal. Art. 1860. Art. 1860. Além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento.

Parágrafo único. Podem testar os maiores de dezesseis anos.

<sup>14</sup> BRASIL Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Novo Código Civil Brasileiro. Legislação Federal. Art. 1801. Art. 1801. Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários:

momento da abertura da sucessão. Como visto, um instituo difere do outro e tem suas peculiaridades distintas pois enquanto a capacidade ativa seria quem pode dispor por testamento a passiva seria as pessoas que tem capacidade de receber ou adquirir por testamento.

#### 2.4.1.2 Legitimidade para suceder no testamento e a figura do testamenteiro

Seriam as pessoas legitimadas como herdeiros de acordo com a lei ou por testamento. Neste sentido pondera Lobo (2014, p.196), onde houve inovação para a palavra legitimidade ou legitimação, pois, se trata de legitimação para ser titular das sucessões e elenca as pessoas que seriam legítimas para receber, que seriam as pessoas físicas, nascituros, pessoas não concebidas ainda, pessoas jurídicas e futuras, bem como entidades não personificadas.

No nosso ordenamento brasileiro, as pessoas são legitimadas para abrir a sucessão como desde as pessoas físicas até as pessoas jurídicas futuras, englobando varias possibilidades.

Testamenteiro seria a pessoa que o testador deixou para dar cumprimento ao testamento. Nas palavras de Gonçalves (2017, p.473), “testamenteiro é o executor do testamento”. A possibilidade de se nomear o testamenteiro está elencada no artigo 1.883<sup>15</sup> e 1.976<sup>16</sup> do CC.

O testamenteiro possui varias responsabilidades e deveres como enfatiza Lobo (2014, p.197), onde os principais são requerer o inventário, prestar contas, defender a validade do testamento, cumprir as disposições dispostas e levar ao juízo para conhecimento se tiver em seu poder. Conclui-se que a figura do testamenteiro seria um guardião do testamento onde teria a finalidade de dar voz à palavra do testador.

---

I - a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos;

II - as testemunhas do testamento;

III - o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos;

IV - o tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar o testamento.

<sup>15</sup> BRASIL Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Novo Código Civil Brasileiro. Legislação Federal. Art. 1883. Pelo modo estabelecido no art. 1.881, poder-se-ão nomear ou substituir testamenteiros.

<sup>16</sup> BRASIL Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Novo Código Civil Brasileiro. Legislação Federal. Art. 1976. O testador pode nomear um ou mais testamenteiros, conjuntos ou separados, para lhe darem cumprimento às disposições de última vontade.

## 2.4.2 Formas de testamento ordinário

Exigem uma serie de formalidades para dar segurança a ultima vontade do testador onde no nosso ordenamento as formas ordinárias seriam o público, cerrado e particular como disciplina no artigo 1.862 do CC<sup>17</sup>.

### 2.4.2.1 Público

Esta forma seria a mais usada no ordenamento brasileiro tendo em vista que é feito em cartório e traria uma espécie de segurança. Está nos artigos 1.864 a 1.867 do CC. De acordo com Gonçalves (2017, p.252), seria uma manifestação do testador escrito por tabelião em língua nacional na presença de duas testemunhas.

Porém existem alguns requisitos e formalidades para tornar válido como o disposto no artigo 1.864 do CC<sup>18</sup>, que deve ser escrito por tabelião ou substituto legal em livro de notas, ser lido em voz alta pelo tabelião ao testador e duas testemunhas e após a leitura ser assinado pelo testador, testemunhas e tabelião.

Sobre as formalidades do testamento, vale a pena trazer os ensinamentos de Lobo (2014, p.223), de que se consolidou na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que o formalismo do testamento não é absoluto sempre que falte alguma formalidade que prejudique as finalidades lícitas.

### 2.4.2.2 Cerrado

É o testamento secreto, e teria uma finalidade de preservar a família como lembra Venosa (2010, p.224): “essa modalidade de testamento é escolhida por aqueles que desejam manter sua ultima vontade em segredo. Evitam assim maiores dissensões familiares entre as aquinhoados e preteridos”.

---

<sup>17</sup> BRASIL Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Novo Código Civil Brasileiro. Legislação Federal. Art. 1862. São testamentos ordinários:

I - o público;

II - o cerrado;

III - o particular.

<sup>18</sup> BRASIL Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Novo Código Civil Brasileiro. Legislação Federal. Art. 1864. São requisitos essenciais do testamento público:

I - ser escrito por tabelião ou por seu substituto legal em seu livro de notas, de acordo com as declarações do testador, podendo este servir-se de minuta, notas ou apontamentos;

II - lavrado o instrumento, ser lido em voz alta pelo tabelião ao testador e a duas testemunhas, a um só tempo; ou pelo testador, se o quiser, na presença destas e do oficial;

III - ser o instrumento, em seguida à leitura, assinado pelo testador, pelas testemunhas e pelo tabelião. Parágrafo único. O testamento público pode ser escrito manualmente ou mecanicamente, bem como ser feito pela inserção da declaração de vontade em partes impressas de livro de notas, desde que rubricadas todas as páginas pelo testador, se mais de uma.

Nas palavras de Gonçalves (2017, p.274), seria aquele de carácter sigiloso que visa evitar desavenças na família antes do falecimento do *de cuius* devendo ser feito por tabelião na presença de duas testemunhas idôneas.

Está disposto nos artigos 1.868 a 1.875 do código civil e obedece a alguns requisitos como no testamento público. Os requisitos estão dispostos no artigo 1.868 do CC<sup>19</sup> que devem prevalecer, como a presença de duas testemunhas para a entrega, que o testador declare que aquele é o seu testamento e que o tabelião lavre o termo.

Pode-se dizer que os requisitos para se ter a validade é a célula testamentária, entrega, aprovação e o cerramento.

#### 2.4.2.3 Particular

Seria a forma mais pura de manifestação da ultima vontade do testador, pois engloba a forma de a próprio punho ou de forma mecânica. A este respeito Venosa (2010, p.231) comenta: “essa forma de testamento, também denominado hológrafo (admite-se também a grafia *ológrafo*), prescinde, em sua elaboração, da intervenção do funcionário do Estado”.

Neste sentido Gonçalves (2017, p.284) diz que o testamento particular deve ser um ato de ultima vontade do testador e lido por três testemunhas na intenção de confirmar a sua autenticidade. Para Lobo (2014, p.228), ele deve ser escrito pelo testador e por três testemunhas, sem forma determinada, não necessitando de reconhecimento de firma para sua validade e citação dos herdeiros.

Em nosso Código esta disponível nos artigos 1.876 ao 1.880 e por ser um tipo de testamento é um negocio jurídico bilateral que para ser validado as testemunhas precisam estar vivas. No artigo 1.876 do CC<sup>20</sup> traz alguns requisitos essenciais para

---

<sup>19</sup> BRASIL Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Novo Código Civil Brasileiro. Legislação Federal. Art. 1868. O testamento escrito pelo testador, ou por outra pessoa, a seu rogo, e por aquele assinado, será válido se aprovado pelo tabelião ou seu substituto legal, observadas as seguintes formalidades: I - que o testador o entregue ao tabelião em presença de duas testemunhas; II - que o testador declare que aquele é o seu testamento e quer que seja aprovado; III - que o tabelião lavre, desde logo, o auto de aprovação, na presença de duas testemunhas, e o leia, em seguida, ao testador e testemunhas; IV - que o auto de aprovação seja assinado pelo tabelião, pelas testemunhas e pelo testador.

<sup>20</sup> BRASIL Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Novo Código Civil Brasileiro. Legislação Federal. Art. 1876. O testamento particular pode ser escrito de próprio punho ou mediante processo mecânico. § 1º Se escrito de próprio punho, são requisitos essenciais à sua validade seja lido e assinado por quem o escreveu, na presença de pelo menos três testemunhas, que o devem subscrever.

a validade do testamento, que seria que após de escrito não deva conter rasuras e deva ser lido por pelo menos na presença de três testemunhas.

Mesmo que houve uma redução de formalidades comparado aos outros tipos de testamento, a verdadeira eficácia deste testamento depende da comprovação das testemunhas e a falta de uma delas pode invalidá-lo.

#### 2.4.3 Codicilos

Seria a última vontade do testador para dispor de bens de pequeno valor ou recomendações após a morte. A origem da palavra é latina e tem o significado de esmola ou pequeno valor. Está disposto no artigo 1.881 ao 1.885 do CC, e o objeto no artigo 1.881<sup>21</sup> do mesmo código.

Como visto, seria limitado ao alcance do testamento. Neste aspecto Gonçalves (2017, p.301-302), pondera sobre as finalidades que seriam realizados pelo autor da herança onde deixaria disposições sobre seu enterro, nomear ou substituir testamentários e até mesmo reconhecer filhos fora do casamento.

Por ser versátil não precisa de testemunhas como os outros institutos analisados aqui, apenas como requisito essencial, precisa ser assinado e ter uma data colocada pelo testador. Tem a forma de abertura redigida pelo artigo 1.885 do CC<sup>22</sup> que seria da forma cerrada.

#### 2.4.4 Revogação

Poderá o testador revogar a qualquer momento o testamento deixado, sem motivo justificado bastando apenas à vontade do testador para dispor de seus bens e sua vontade. Neste sentido Lobo (2014, p.213-214) diz que o ato de revogação é discricionário e unilateral e que no momento da revogação o testador esteja em sua plenitude de consciência.

---

§ 2º Se elaborado por processo mecânico, não pode conter rasuras ou espaços em branco, devendo ser assinado pelo testador, depois de o ter lido na presença de pelo menos três testemunhas, que o subscreverão.

<sup>21</sup> BRASIL Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Novo Código Civil Brasileiro. Legislação Federal. Art. 1881. Toda pessoa capaz de testar poderá, mediante escrito particular seu, datado e assinado, fazer disposições especiais sobre o seu enterro, sobre esmolas de pouca monta a certas e determinadas pessoas, ou, indeterminadamente, aos pobres de certo lugar, assim como legar móveis, roupas ou joias, de pouco valor, de seu uso pessoal.

<sup>22</sup> BRASIL Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Novo Código Civil Brasileiro. Legislação Federal. Art. 1885. Se estiver fechado o codicilo, abrir-se-á do mesmo modo que o testamento cerrado.

Gonçalves (2017, p.457), ressalta que “constitui a revogação o ato pelo qual se manifesta a vontade consciente do testador, com o propósito de torná-lo ineficaz.” Está a presente disposição elencada nos artigos 1.969 ao 1.972 do CC. Pode ser total quando atinge toda a eficácia do testamento e parcial quando atinge cláusulas específicas. Figura no artigo 1.970 do CC<sup>23</sup>.

A forma pode ser expressa quando se tem declaração evidente do testador em novo testamento; tácita quando o testador não declara que revogou o testamento anterior, mas se tem diferenças entre eles e a segunda seria o artigo 1.972 do CC<sup>24</sup> que dispõe que quando o testador abrir ou dilacerar, ou for aberto ou dilacerado com seu consentimento, haver-se-á como revogado.

Ou seja, em caso de dilaceração ou abertura de testamento cerrado, e a ultima hipótese de forma seria a presumida que é decorrida que a lei considera relevante e tendo capacidade de manifestação do testador.

#### 2.4.5 Rompimento ou ruptura

A ruptura do testamento se dá quando houver uma circunstância que altere a vontade do testador. Vale ponderar o comentário de Gonçalves (2017, p.466), que se houver também uma circunstância relevante onde altera a vontade do testador, onde é determinado pela lei. Neste sentido Lobo (2014, p.214-215), também diz que se torna ineficaz se houver circunstâncias desconhecidas do testador onde não se pode colidir com o direito dos herdeiros necessários.

Diz-se que é ineficaz em duas hipóteses, onde a primeira seria quando por ruptura nasce um filho do testador e não houver modificação do testamento e a segunda hipótese seria quando houver outros herdeiros, sendo desconhecidas a existência deles antes de se ter feito o testamento.

É eficaz nos ensinamentos de Lobo (2014, p.217), de que se o testador tiver testado nos limites da parte disponível e prevenção quanto aos outros herdeiros, será válido o testamento.

---

<sup>23</sup> BRASIL Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Novo Código Civil Brasileiro. Legislação Federal. Art. 1970. A revogação do testamento pode ser total ou parcial. Parágrafo único. Se parcial, ou se testamento posterior não contiver cláusula revogatória expressa, o anterior subsiste em tudo que não for contrário ao posterior.

<sup>24</sup> BRASIL Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Novo Código Civil Brasileiro. Legislação Federal. Art. 1972. O testamento cerrado que o testador abrir ou dilacerar, ou for aberto ou dilacerado com seu consentimento, haver-se-á como revogado.

Neste capítulo, abordamos sobre a sucessão no ordenamento jurídico brasileiro, passamos pelas principais partes da sucessão geral, sucessão legítima e por último a sucessão testamentária que é a mais usada em nosso ordenamento.

### 3 AUTONOMIA PRIVADA E SUAS IMPLICAÇÕES

#### 3.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Neste capítulo, iremos abordar principalmente sobre a autonomia do indivíduo poder dispor de suas vontades de testar, e princípios relacionados com a autonomia, como a dignidade da pessoa humana, diretrizes de antecipação da vontade e sobre suas possibilidades.

#### 3.2 AUTONOMIA PRIVADA

O conceito de autonomia privada se alterou com o tempo, porém o sentido originário seria de forma simples regras da própria conduta. Para Dadalto (2015, p.8) “seria uma época que o Estado deveria interferir o mínimo possível na esfera individual”.

Após o fim da Primeira Guerra Mundial, com o aumento da industrialização houve um aumento da interferência do Estado na economia como uma forma de justiça material e de certa forma começou a ser redigida por princípios como Autonomia da vontade e mais tarde foi substituído pelo a autonomia privada.

O princípio da autonomia seria uma vontade e um desejo do homem em uma sociedade, tendo como principal enfoque a liberdade. Neste sentido, representa o poder de estabelecer por si, a partir de uma vontade expressa, desprovida de qualquer imposição externa, regras de conduta.

Considerando o que discorre Dadalto (2013, p.8), o princípio da autonomia da vontade decorre de uma época em que o Estado deveria intervir o mínimo possível na esfera individual das pessoas. Assim, o Estado não objetivava proteger os indivíduos, partindo-se do pressuposto de que todos eram autônomos tendo condições de se autorregular.

Para Pona (2015, p139), “seria o aparelho motor de qualquer consciente regulamento recíproco de interesses privados. Tratar-se, portanto, de um fenômeno social com repercussão na esfera do direito”.

Ainda, neste sentido Dadalto diz:

Verifica-se que as situações existenciais no ordenamento jurídico brasileiro são tuteladas pelo princípio da autonomia privada que, por sua vez está intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois reconhecimento da autonomia privada do indivíduo importa, por consequência, no reconhecimento da dignidade da pessoa humana. (2015, p.24).

A autonomia privada não se reduz à autonomia contratual, vez que possui fundamentos diversificados (patrimoniais e não-patrimoniais). As situações jurídicas existentes no ordenamento jurídico brasileiro são tuteladas pelo princípio da autonomia privada que está ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesta linha de análise, o mesmo autor recorrendo às considerações de Faria, Fiuza e outros (2013, p.9) discorre que mais tarde com o aumento da intervenção do Estado na esfera privada, o princípio da autonomia da vontade passou a ser superado pelo princípio da autonomia privada. Na mesma linha, ainda esclarece que não houve um abandono da autonomia da vontade, mas sim, uma releitura desse princípio em face das mudanças sociais ocorridas nos últimos séculos.

Para Dadalto, a autonomia ramifica-se em dois núcleos, que são a autonomia pública e a autonomia privada:

Em modo geral, a autonomia está diretamente interligada a uma vontade neuropsicológica das pessoas, assim a autonomia pública é consequência dos efeitos jurídicos limitando o agir do indivíduo. Já a autonomia privada está diretamente interligada com a proteção objetiva, dessa maneira prevalecendo a vontade do sujeito em contraponto com as fontes e efeitos jurídicos (2013, p.22-23-25).

O princípio da autonomia e o princípio da dignidade da pessoa humana são princípios ligados entre eles, pois no princípio da autonomia visa a liberdade do indivíduo de decisão sobre como, por exemplo, no Testamento Vital, o indivíduo poderá dispor de suas últimas vontades no final da vida. E no princípio da dignidade humana, busca trazer um mínimo de dignidade para o homem tendo suas vontades e bem estar garantidos.

Do mesmo modo, o princípio da autonomia onde o indivíduo pode manifestar sua vontade, ocorre na esfera do direito sucessório onde o mesmo pode dispor de parte de seu patrimônio via sua vontade expressa em testamento, indicando beneficiários, que na forma da autonomia privada é tutelado pelo Estado através do Código Civil.

Ainda segundo Dadalto (2013, p.11), o mesmo discorre que a autonomia privada não pode ser analisada em separado do princípio da dignidade humana, princípio este que figura como fundamental na Constituição Federal.

Neste sentido, o autor recorrendo a Farias mostra:

O princípio da dignidade da pessoa humana refere-se às exigências básicas do ser humano no sentido de que ao homem concreto sejam oferecidos os

recursos de que dispõem a sociedade para a manutenção de uma existência digna, bem como propiciadas as condições indispensáveis para o desenvolvimento de suas potencialidades. Assim, o princípio em causa protege várias dimensões da realidade humana, seja material ou espiritual (2013, p.11)

Neste sentido, atrelando os princípios da autonomia, da vontade e da dignidade humana, vincula-se nas situações em que o indivíduo pode decidir através do instituto do testamento vital, quando em sã consciência, procedimentos médicos que devem ser adotados quando em estado terminal para que não se prolongue de modo desnecessário a manutenção de sua vida.

Neste sentido, tais princípios são reforçados conforme mostra CAROLINA:

[...] o único fio norteador deve ser a autonomia privada, pois a vontade individual é a única legítima a guiar tais decisões, não imposição do estado ou de terceiros. [...] Afinal, ninguém melhor do que a própria pessoa para decidir qual a melhor decisão quando estiver diante de questões afetas a si mesmo e a sua individualidade, pois num estado democrático de direito que tem como fundamentos o pluralismo jurídico e a dignidade humana, cada um tem a ampla liberdade para construir o próprio projeto de vida dentro daquilo que considera bom para si. (2010, p.60).

Por isso, pela autonomia, o indivíduo pode decidir a respeito da sua vida, sendo livre para solucionar indagações acerca da autonomia de vontade antecipada sobre a visão de uma morte digna.

Neste sentido Barroso (2010, p.211), ressalta que com a evolução tecnológica e medicinal as vezes é prolongado de mais a vida do paciente se transformando em uma forma longa e cruel contra um ato natural que todos vamos morrer algum dia e quando chegar nesta fase o indivíduo irá poder ter sua vontade e autonomia para que a morte chegue na hora certa, sem sofrimento inútil e degradante.

Dessa forma, tem o intuito de garantir a esse paciente uma morte digna, de acordo com os valores que o mesmo decidiu, nisso o Testamento Vital veio suprir esta lacuna. Pereira (2010, p.1) acredita que “todo ser humano almeja uma morte digna. O desejo de morrer sem sofrimento, seja ele físico, psicológico ou espiritual, representa o anseio da humanidade”.

A vida e morte estão ligados entre si. A recusa de tratamento por um indivíduo em estado terminal, ainda não é aceita de forma plena pela sociedade. As famílias neste ponto também ficam muito abaladas, uma vez que também não estão preparadas para o final da vida.

### 3.3 AUTONOMIA PRIVADA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA: O CASO DA INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ DE FETOS ANENCEFÁLICOS

No Supremo Tribunal Federal em 2012 mereceu destaque a discussão da ADPF 54 onde foi exaustivamente debatido a possibilidade de aborto de fetos anencefálicos. Tal fato trouxe a luz os princípios da autonomia privada, quando ficou evidente a prevalência da mulher decidir sobre o seu corpo alicerçada no princípio da dignidade humana.

ESTADO LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ MULHER LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA SAÚDE DIGNIDADE AUTODETERMINAÇÃO DIREITOS FUNDAMENTAIS CRIME INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencefalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. (STF - ADPF: 54 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 12/04/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013)

A ação de descumprimento de preceito fundamental 54 foi proposta em 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde e julgada em 2012 pelos ministros do STF, sobre a possibilidade de interrupção da gravidez em casos de fetos anencefálicos. Foi declarada a inconstitucionalidade de interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencefálico é conduta tipificada nos art. 124, 126 e 128, incisos I e II, todos do Código Penal. Na votação dos 11 ministros, 8 votaram a favor e 2 contras sendo eles os ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso.

Para basear os seus votos favoráveis, os ministros do Supremo usaram principalmente o princípio da autonomia privada da mulher em poder decidir sobre o que seria melhor para o seu corpo e principalmente também o princípio da dignidade humana. Ambos os princípios se relacionam com o testamento vital que será analisado no próximo capítulo.

Na ADPF 54 decidiu-se que a autonomia privada deve prevalecer sobre o interesse do Estado poder interferir na vida privada quando se demonstra que a pessoa tem autonomia para a decisão sobre se gostaria de abortar em casos de anencefalia ou não. Tal decisão se relaciona com o testamento vital tendo em vista que ambos utilizam a autonomia privada para decisão e o princípio da dignidade humana para uma melhor qualidade de vida ou final de vida.

### 3.4 AUTONOMIA PRIVADA EM QUESTÕES EXISTENCIAIS

Situações de patrimônio giram em volta da propriedade. O voluntarismo e o individual sofreram limitações como consequência a aplicação da autonomia privada. Abandonando-se o princípio da autonomia da vontade em benefício as necessidades sociais e material.

A propriedade passa a cumprir uma função social, sendo as mudanças internas no direito subjetivo de propriedade e na forma de execução dos contratos.

Para Perlingieri seria:

Não é possível, portanto um discurso unitário sobre a autonomia privada: a unidade é axiológica, porque unitário é o ordenamento centrado no valor da pessoa, mas é justamente essa conformação do ordenamento que impõe um tratamento diversificado para atos e atividades em que modo diferenciado tocam esse valor e regulamentam situações ora existentes, ora patrimoniais, ora umas e outras juntas. (2002, p. 18)

Portanto hoje em dia o Direito coloca o ser humano no centro do ordenamento jurídico, cabendo ao Estado garantir as condições humanas para sua autodeterminação e poder exercer a sua liberdade. Já no testamento vital a autonomia privada seria uma questão existencial tendo em vista que é um requisito a pessoa poder decidir sobre a sua vontade de morrer ou não com dignidade.

### 3.5 QUESTÕES EXISTENCIAIS E LIMITES A AUTONOMIA PRIVADA

A necessidade de se ter limite a essas questões de liberdade individual se justificaria pelo interesse social envolvido se determinando a compatibilidade do ato e a atividade de outro. Submetendo a juízos de licitude.

Para Stuart Mill (2000, p. 18) a conduta humana só deve ser limitada quando causar prejuízo a outras pessoas. Dessa maneira, legitima-se a atuação do Estado para impedir que a pessoa aja de tal modo que sua conduta possa prejudicar outras pessoas ou pode o Estado compelir uma pessoa a agir de maneira que essa ação possa beneficiar a sociedade.

Tento em vista isso, pode se diz que no testamento vital, não deve ser proibido pelo Estado, pois cabe somente a pessoa a sua decisão de qual tratamento seguir com o seu corpo em casos de final de vida e que estaria impossibilitado de decidir-se por si próprio.

### 3.6 PRINCIPIO DA DIGNIDADE HUMANA E O TESTAMENTO VITAL

O princípio da dignidade humana é considerado um direito fundamental e esta elencada em nossa Constituição no artigo 1º inciso III. Tal princípio é atribuído a pessoa humana pelo simples fato de alguém "ser humano", se tornando automaticamente merecedor de respeito e proteção, não importando sua origem, raça, sexo, idade, estado civil ou condição econômica.

Neste sentido discorre Ingo Sarlet:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos". (2007, p.62)

O princípio traz conceitos que devem ser adequados à realidade, para que possam acompanhar a evolução da sociedade e as tendências atuais das necessidades dos seres humanos.

O princípio da dignidade da pessoa humana somente terá efetiva validade, quando cada membro da sociedade possuir acesso justo e igual aos direitos que lhe são legalmente oferecidos, quando houver consciência da real dimensão da liberdade civil e que dela origina-se deveres, que ao serem cumpridos se transformam em direitos.

Por certo, os avanços tecnológicos surgidos ao longo dos anos contribuíram sobremaneira para a melhora na qualidade de vida. É indiscutível que os novos tratamentos médicos aumentaram a probabilidade de cura, gerando a esperança de que doenças até então consideradas terminais possam ser superadas.

Tendo em vista, esses avanços tecnológicos o testamento vital baseia no princípio da dignidade humana como um alicerce para as suas diretrizes, tendo em vista que busca uma melhor qualidade de vida ao paciente no final de vida.

Considera que cada um dos princípios constitucionais deve ser valorado e interpretado de acordo com cada momento histórico, a manutenção artificial do paciente com uma doença incurável ou que se encontre em estado terminal irreversível não nos parece assegurar a verdadeira dignidade da pessoa humana.

### 3.7 DIRETRIZES DE ANTECIPAÇÃO DE VONTADE

O instituto surge nos Estados Unidos da América, após a criação de uma lei federal denominada ato de autodeterminação do paciente, onde pretendeu-se o paciente expressar seus desejos em situações futuras em que isso não seja possível, buscando preservar sua autonomia e sua dignidade quando estiver incapacitado.

Alguns países no mundo, já regulamentaram sobre o uso das DAV, como a Espanha, França, Holanda e diversos outros.

Portando as diretivas antecipadas seriam uma autodeterminação do paciente, usando a sua autonomia, seus valores pessoais, recusa tratamentos que não adiantariam, em situações em final de vida e seu diagnóstico de doença incurável.

#### 3.7.1. Benefícios do aconselhamento médico e jurídico a pacientes nas diretivas antecipadas da vontade

O advogado tem um papel fundamental na administração da justiça, colaborando para um Estado Democrático de Direito, tendo em vista que ajuda a população a ter seus interesses tutelados por meio de interpretação das leis.

Sua assistência jurídica não se resume a só sua presença para validar o ato, deve também esclarecer dúvidas e elaborar a minuta que dará origem ao testamento. Nas diretivas antecipadas, tem função essencial onde garantira que os direitos da parte deve ser cumpridos e respeitados, evitando interpretações que podem trazer dúvidas aos médicos.

Já a função do médico vai além de curar, ele também cuida e sua função baseia-se em valores éticos, morais e culturais. Possuindo formação técnica que poderá mostrar os benefícios e malefícios de cada procedimento que o paciente poderá sofrer.

Portando ambos os profissionais devem trabalhar em conjunto para trazer uma melhor qualidade de vida ao paciente, devendo respeitar as suas vontades e trazer o que tem de melhor em aconselhamentos para que ele se sinta seguro e amparado a tomar suas decisões no final de sua vida.

Neste capítulo foi abordado sobre a autonomia privada, dignidade da pessoa humana e sobre o assunto das diretrizes de antecipação da vontade. No próximo iremos alisar o testamento vital em si e como ele ocorre no ordenamento jurídico brasileiro, estrangeiro e bem como a sua história.

## 4 TESTAMENTO VITAL: UMA EXPRESSÃO DA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE

Com os avanços tecnológicos da medicina nas últimas décadas, a busca de novas formas de se morrer com dignidade tem sido uma constante. Diante disto, o direito tem enfrentado com dificuldades a elucidação de quais seriam os direitos dos pacientes em relação aos novos paradigmas. Em decorrência, o testamento vital em função das suas características tem se mostrado como uma alternativa para garantir a autonomia do indivíduo.

### 4.1 TESTAMENTO VITAL: FUNDAMENTOS E CARACTERÍSTICAS

O testamento vital é um documento, onde a pessoa ainda com consciência e livre de impedimentos, deixa sua manifestação de últimas vontades que gostaria de se ter no final da vida para serem respeitadas e efetivadas.

Nas palavras de Lippmann (2013, p.17), o testamento vital seria “uma declaração escrita da vontade de um paciente quanto aos tratamentos aos quais ele não deseja ser submetido caso esteja impossibilitado de se manifestar”.

Para Lobo (2014, p.227), o testamento vital seria um ato que se produz em vida mediante ato público, expresse e particular que não deseja prolongamento artificial da vida após ser atingido por uma cirurgia, doença ou até mesmo quando se perde a consciência.

No mesmo sentido Gonçalves (2017, p.324) declara que seria uma vontade unilateral sobre o desejo de ser submetido a determinado tratamento ou não, sendo que deve ser feito enquanto capaz e por escrito.

Portando, o testamento seria um uma declaração de vontade destinada à produção de efeitos jurídicos, unilateral por estar relacionado como a última vontade da pessoa, revogável a qualquer tempo pelo testador, podendo ser mudado quantas vezes for necessário. É personalíssimo porque somente pode emanar da vontade do testador, de forma individual, exclusiva e direta.

### 4.2 TESTAMENTO VITAL: ORIGENS E EVOLUÇÃO

Na idade média a morte era esperada no leito, onde eram cumpridos rituais, porém sem grandes demonstrações de afeto e de forma dramática. Entretanto, a partir dos séculos XVIII e XIX a morte passa a ser encarada a partir de uma visão mais romântica. Neste aspecto Pona (2015, p.33) afirma: “o século XVIII e a primeira

metade do século XIX arrogaram à morte caráter romântico, muito tratado nas artes, de modo que o luto passou a ser exagerado e a morte chamada de morte do outro“.

A partir do século XX a relação médico-paciente sofreu profundas alterações. A relação verticalizada existente naquela época de que o médico detinha o conhecimento e que respeitar o doente não significava que este tinha liberdade para escolher como seria tratado.

Com os experimentos na Segunda Grande Guerra realizado nos campos de concentração ganhou força como norma jurídica no Código de Nuremberg em 1947.

Surge nesta época (pós Segunda Guerra) a Bioética, que visa segundo Maluf (2010, p.16), o estudo dos avanços tecnológicos da medicina e biotecnologia baseado no princípio da dignidade da pessoa humana.

Com os avanços da medicina no século XX e em especial os avanços das práticas de tratamento em UTI (Unidade de Tratamento Intensivo), intensificaram os esforços de se manter o paciente com vida a todo custo pelos profissionais da saúde. Entretanto, questionamentos sobre o dilema do prolongamento da vida passaram a ser discutidos. Neste contexto discorre Junior (2005, p.18): “prolongamento indefinido da vida faz com que a morte fosse percebida sob enfoque essencialmente negativo, uma disfunção orgânica e, portanto, algo a ser evitado, suprimido e, se possível, eliminado”.

Em decorrência, o testamento vital surge como um instrumento que pode garantir a manifesta vontade da pessoa, enquanto consciente, de procedimentos que devem ser adotados em manter ou não a sua vida quando estiver em situação que impossibilita a sua manifestação.

O primeiro país do mundo que se tem notícia sobre o testamento vital foi os Estados Unidos em 1969, quando o advogado e defensor dos Direitos Humanos, Luiz Kutner publicou o primeiro artigo científico a tratar do direito de morrer que se tem notícia.

Em relação a este trabalho, Dadalto (2015, p.4) comenta que o autor propôs que se colocasse uma cláusula sobre consentimento utilizados para realização de cirurgias e procedimentos radicais por meio da qual o paciente recusava tratamento, caso sua condição se tornasse incurável ou caso ele ficasse em estado vegetativo. Neste contexto, o autor ainda reconheceu sobre ilicitude da eutanásia e do suicídio

assistido, defendendo a ideia de que o paciente possa tomar decisões sobre seu tratamento.

Em decorrência do artigo de Luiz Kutner surgiu a expressão *living will*<sup>25</sup> que nas palavras de Pona (2015, p.46), “seria a modalidade de diretiva antecipada mais amplamente difundida” que um paciente deixaria escrito a recusa de se submeter a determinados tratamentos. Entretanto, esta vontade pode ser revogada antes do paciente atingir o estado de inconsciência.

#### 4.3 TESTAMENTO VITAL PELO MUNDO

Após os debates iniciais mostrados, vários países pelo mundo têm avançado sobre o assunto e implantado em seus ordenamentos jurídicos a prática do testamento vital, bem como, intensificados os debates sobre a importância do instituto do mesmo.

##### 4.3.1 Estados Unidos da América

Conforme já trazido, começou em 1967 quando a Sociedade Americana para a Eutanásia publicou um documento onde o indivíduo poderia mostrar o seu desejo de não ser tratado e ter uma manutenção da vida prolongada e inovou com a expressão *living will*.

Porém, foi em 1969 quando Luiz Kutner fixou a possibilidade de trazer ao testamento uma cláusula onde o paciente poderia recusar tratamentos em caso de doença incurável ou se ficasse vegetativo. Segundo Dadalto (2015, p.107), “o paciente deixaria escrita a recusa a se submeter a determinados tratamentos quando o estado vegetativo ou a terminalidade fosse comprovada...”.

O primeiro caso americano ocorreu em 1976 onde, Karen Ann Quilan de vinte e dois anos, entrou em coma<sup>26</sup> misteriosamente. Após os pais de Karen saberem do quadro, solicitaram que se tirasse o respirador, porém diante da recusa do médico, ingressaram na justiça solicitando a suspensão do tratamento médico. Foi negada em primeira instância, e na segunda, o tribunal após alguns trâmites burocráticos<sup>27</sup> deu

---

<sup>25</sup> Em relação a autoria deste termo existem controvérsias. EMANUEL, E.; EMANUEL, L (1990) afirmam que o termo não foi cunhado por Kutner, tendo aparecido pela primeira vez em 1967, em uma proposta da Sociedade Americana para a Eutanásia.

<sup>26</sup> As causas do como nunca forem esclarecidas pela doutrina, onde ocorre tem teses que sustentam que ela sofreu um acidente de carro e outra que ocorreu por grande quantidade de drogas e álcool.

<sup>27</sup> Diante da decisão do tribunal, houve a necessidade de se criar um Comitê de Ética, onde após análises clínicas, emitiu um parecer que não seria possível salvar a sua vida.

autorização para os médicos desligar os aparelhos médicos. Karen morreu nove anos após diante de uma pneumonia.

O Estado da Califórnia, foi o primeiro Estado a criar leis sobre o *living will* e em 1983 criou a primeira, tendo em vista a grande repercussão do caso de Karen Quinlan, e após isto, vários Estados Americanos criaram leis semelhantes. Porém, foi só em 1991 que foi criada uma lei federal legislando sobre o assunto. Isto após outro caso de maior repercussão, onde os pais de Nancy Cruzan x Estado de Missouri debatiam sobre o estado de sua filha após um acidente de carro que a deixou em coma.

Outro caso famoso foi ex-primeira-dama dos EUA, Jaqueline Kennedy, diante do diagnóstico de um linfoma em estágio avançado defendeu sobre o uso do testamento vital, preparando um documento três meses antes do falecimento. Decidiu morrer em casa. Pouco tempo depois, a equipe médica avisou que o tumor havia atingido o cérebro e o fígado. Em 19 de maio de 1994 morreu em casa como era o seu desejo.

Em relação aos Estados Unidos, Emanuel (1990) ressalta que existe cerca de 35 Estados Americanos que possuem alguma lei sobre o *living will*.

O estudo do testamento vital no sistema americano nos traz grandes benefícios tendo em vista que foi o primeiro lugar do mundo onde houve disposições sobre a última vontade do testador por influência do sistema *common law*<sup>28</sup>.

Porém, devemos considerar que há grandes diferenças entre o sistema brasileiro e o americano, onde as leis e a cultura dos povos são diferentes, mas devemos levar o estudo do testamento vital americano como um norte para os outros países.

#### 4.3.2 Austrália

Foi em 1995 quando a Austrália aprovou a primeira lei sobre o consentimento para tratamentos médicos, que passou a existir dividida em seis partes.

A primeira discorre sobre quem tem competência para tomar as decisões relativas sobre tratamentos e estabelece a faixa etária de 16 anos.

---

<sup>28</sup> Seria onde o judiciário extrai de precedentes históricos as bases para a sua decisão para casos iguais ou futuros.

Na segunda parte, mostra que adolescentes entre 16 e 18 anos, podem tomar decisões sobre o tratamento de saúde que desejam, mas só maiores de 18 anos podem efetivamente manifestar a decisão sempre por escrito e na presença de duas testemunhas.

A terceira parte demonstra acerca do mandato duradouro que deverá ser feito por maior de 18 anos e casos em que o procurador poderá tomar decisões de não decidir sobre suspender drogas que aliviam a dor. E que a justiça poderá reavaliar casos em que uma parte legítima ou o médico sobre as decisões do procurador, salvo em casos onde o paciente encontra-se no fim da vida.

Na quarta, diz sobre tratamentos específicos em crianças onde se pode levar em conta a opinião das mesmas.

A quinta parte dispõe sobre tratamentos médicos em caso de emergências, onde os médicos deverão desenvolver todos os métodos possíveis para salvar a vida do paciente estando ele sendo incapaz ou estando inconsciente e não tiver deixado sua manifestação.

A última dispõe acerca das formalidades de como deve ser feita esta manifestação de vontade, criando um registro nacional de acesso ao tripé, outorgante, procurador e médico.

Por ser uma lei complexa, Dadalto (2015, p.117) nos mostra que a experiência australiana deveria ser mais estudada, tendo em vista que traz possibilidades sobre a experiência em emergências e tratamentos em crianças e ainda no qual desobriga o médico a manter tratamentos em pacientes no fim da vida.

#### 4.3.3 Portugal

Foi criada a lei 25/2012 que regula as disposições sobre o testamento vital e desde o início causa uma confusão, pois traz a igualdade do testamento vital e as diretrizes de antecipação da vontade e trazendo o instituto de mandato duradouro como instituto jurídico.

A confusão fica clara no artigo 1º da lei, pois deixa claro que a lei se refere ao testamento vital e diretivas antecipadas de vontade são sinônimos e não haveria porque afirmar que a lei regulamenta as DAV<sup>29</sup>.

Porém inova em dois pontos, o primeiro seria a instituição de um prazo de 5 anos para a eficácia do documento e o outro ponto seria a criação de um registro nacional, por onde o médico do incapaz de expressar sua vontade.

Tendo semelhanças entre o Brasil e Portugal Dadalto (2015, p.134) nos ensina que “a proximidade histórica com Portugal, consubstanciada na atualidade com a ajuda da APB prestou ao CFM na elaboração da resolução sobre as DAV, dá indícios de como o tema será tratado no Brasil”.

#### 4.3.4 Argentina

O primeiro caso de positivação da norma ocorreu na província de Rio Negro em 2007, ainda que apenas na região, mas foi em 2009 com a lei 26.529 onde ocorreu a aprovação de uma lei a nível federal.

A lei logo em seu primeiro artigo nos traz a disposição de que toda pessoa capaz tem o direito de expressar seu consentimento em relação a tratamentos médicos devendo ser feito por uma declaração de vontade. E como influência da Espanha e Estados Unidos da América deveria ter a criação de um registro estadual sobre a vontade antecipada.

Porém, conforme Dadalto (2015, p.154), “a Argentina deu um importante passo ao reconhecer as DAV (Diretrizes de Antecipação da Vontade) em uma legislação federal; contudo, essa lei não pode ser vista como uma verdadeira lei de DAV, vez que não pormenoriza as questões do tema”.

#### 4.3.5 Brasil

Diferentemente de outros países, o Brasil não possui nenhuma lei específica que aborde o assunto, isto, porque o nosso país é formado por leis e princípios que variam caso a caso o que torna difícil a aplicação.

---

<sup>29</sup> Artigo 1.º: A presente lei estabelece o regime das diretivas antecipadas de vontade (DAV) em matéria de cuidados de saúde, designadamente sob a forma de testamento vital (TV), regula a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV).

Porém, existe alguns princípios e garantias fundamentais cravadas em nossa Constituição Federal entre eles o princípio da Dignidade da Pessoa Humana<sup>30</sup> um dos pilares da nossa Constituição, pois norteia todos os ramos do direito e o princípio do Tratamento Desumano<sup>31</sup>, onde o direito ao cidadão em se ter um tratamento digno.

Mas foi em 2012 quando o Conselho Regional de Medicina, publicou a resolução 1995/2012 onde reconheceu pela primeira vez em nosso ordenamento jurídico o uso do testamento vital e disposições de ultima vontade. Contudo, teve a sua validade questionada na ação civil pública 0001039-86.2013.4.01.3500 onde posteriormente reconheceu a validade do testamento vital e a vontade do paciente.

A citada resolução foi basicamente dividida em cinco artigos, onde cada um traz uma disposição a ser seguida pelo médico ou paciente.

No primeiro artigo<sup>32</sup>, basicamente nos traz o que seria as disposições de ultima vontade devendo ser prévia, livre e autônoma.

Já no segundo artigo<sup>33</sup>, envolve cinco parágrafos onde o primeiro diz que o paciente deverá deixar documentado para uma pessoa sua vontade e deverá ter a mesma considerada pelo médico; no segundo parágrafo engloba que se a vontade do paciente estiver em desacordo com o Código de Ética Médica, o médico deixará de aplicar as disposições de ultima vontade do paciente; no terceiro parágrafo deixa claro

---

<sup>30</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>31</sup> 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>32</sup> Conselho Federal de Medicina, Resolução 1995/2012. Art. 1º Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

<sup>33</sup> Conselho Federal de Medicina, Resolução 1995/2012. Art. 2º Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade. § 1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico. § 2º O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica. § 3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares. § 4º O médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente. § 5º Não sendo conhecidas as diretivas antecipadas de vontade do paciente, nem havendo representante designado, familiares disponíveis ou falta de consenso entre estes, o médico recorrerá ao Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender esta medida necessária e conveniente.

que a vontade do paciente deve prevalecer sobre um parecer que não é médico e inclusive sobre a vontade dos próprios familiares; o quarto parágrafo diz que deverá obrigatoriamente constar no prontuário do paciente as suas disposições de ultima vontade, visando a relação médico paciente; por último, no quinto parágrafo, dispõe que não se tendo conhecimento das disposições de ultima vontade do paciente o médico deverá recorrer aos órgãos como o comitê de ética do hospital ou na falta desde, aos conselhos estaduais ou federais de medicina.

Diante disso, nota-se que a Resolução do CFM representa importante instrumento para inserção definitiva do testamento vital no cenário médico brasileiro, na medida em que tem por objetivo informar ao profissional de medicina que a conduta ética da profissão está alinhada à necessidade de se respeitar os desejos e vontades previamente expressados pelo paciente.

Por fim, esta resolução busca trazer uma solução para as dificuldades que os pacientes ou o próprio médico enfrentam no dia a dia visando prevalecer as disposições de ultima vontade do paciente.

#### 4.4 A INTERFERÊNCIA HUMANA NO PROCESSO DE MORTE

A morte é considerada um verdadeiro tabu no Brasil, e principalmente na cultura ocidental, onde grande parte vem associa-la com a igreja. Neste contexto, desde de sempre, a mesma é considerada como uma coisa sombria, dolorosa e assustadora. Porém, com o passar dos anos e influência de outras culturas vem se tentando mudar esse pensamento e trazê-la como sendo algo natural e o fim de um ciclo.

Quando se analisa a percepção das pessoas de um modo geral sobre a morte, faz-se necessário discorrer sobre os diferentes processos que levam a ocorrência da mesma, o que será feito nos tópicos a seguir.

##### 4.4.1 Eutanásia

A palavra Eutanásia, vem do grego e significa morte boa. É um tema polêmico pois envolve vários ângulos como, ético, moral e científico. Para Bermejo e Belda (2015, p.43), seria o “ato que tem por objetivo terminar deliberadamente com a vida de um paciente com doença terminal ou irreversível, que padece de sofrimentos vividos por ele como intoleráveis e a pedido deste”.

Deverá ser ativa, pois necessita de uma ação como administrar um veneno em uma dose letal, direta, tendo em vista que visa acabar com a vida e um requisito obrigatório. Seria a voluntária, pois necessita da pessoa interessada para pôr fim a vida.

Vale ressaltar que ela pode ser dividida em dois grandes grupos: o primeiro como ativa que seria ações que têm por objetivo pôr término à vida, na medida em que é planejada e negociada entre o doente e o profissional que vai levar a termo o ato. O segundo seria a passiva que consiste em com o passar do tempo e interrupção dos tratamentos de saúde o doente acaba falecendo. A eutanásia é proibida no Brasil, sendo legal na Holanda, Bélgica e Luxemburgo.

#### 4.4.2 Ortotanásia

Vem do grego também, e significa morte no momento certo e permite ao paciente uma morte digna, sem sofrimento, deixando a evolução e percurso da doença. Portanto, evitam-se métodos de suporte de vida, como medicamentos e aparelhos, em pacientes irrecuperáveis e que já foram submetidos a suporte avançado de vida.

Nas palavras de Lobo (2014, p.239) “seria a expressão morte digna, entendida como morte rápida, fulminante, sem dor, sem angustia, o que incluiria a própria eutanásia e o suicídio assistido”.

Em relação a isto, Gonçalves (2017, p.325-326) ressalta: “permite-se que a vida do paciente cesse naturalmente, admitem-se cuidados paliativos a fim de garantir ao paciente o maior conforto possível em seu tempo restante de vida”.

Seria uma forma mais natural de morte, porém por diretrizes da organização mundial de saúde o médico deverá dar ao paciente tratamentos que amenizem a sua dor e problemas espirituais, sociais e de psicológica. Essa prática é legalmente aceita em países como Estados Unidos, Itália, Canadá, França, Inglaterra e Japão.

Desta forma, a morte passa a ser vista como uma condição natural de todo ser humano, sendo ideal a busca da aceitação desse fato, garantindo a dignidade daquele que está partindo e trazendo um maior conforto a este.

#### 4.4.3 Distanásia

Seria o inverso da eutanásia, neste caso seriam usados todos os tratamentos médicos disponíveis para se prolongar a vida do paciente ao máximo, podendo ser algumas horas ou dias.

A este respeito destaca Gonçalves (2017, p.325), que “seria à prática de se prolongar a vida, mediante o uso de aparelhos ou fármacos, muitas vezes em prejuízo do conforto do paciente. A manutenção da vida passa a ser prioridade em relação à qualidade de vida”.

Também pode ser utilizada como a forma de prolongar a vida de modo artificial, sem perspectiva de cura ou melhora. É a agonia prolongada, é a morte com sofrimento físico ou psicológico do indivíduo.

No que se refere a distanásia podem ser evidenciados três problemas principais: o primeiro tem a ver com o aspecto pessoal, onde visa depender do tratamento para se manter vivo; o segundo seria o aspecto familiar, onde a família também sofre psicologicamente ou de forma financeira tendo em vista que manter um doente em estado terminal tem custo expressivo; e o último tem a ver com o aspecto social onde os cofres públicos são afetados e poderia se gastar o dinheiro onde realmente necessita.

#### 4.5 AUTONOMIA PRIVADA E O TESTAMENTO VITAL

No testamento vital o principal requisito seria a autonomia privada. Devendo a sua vontade ser levada em conta para dispor sobre sua vontade de ser submetido a tratamentos médicos em caso de alguma impossibilidade.

Para Pona e Amaral (sem data) as convicções de “cada indivíduo devem ser levadas em consideração quando da análise da possibilidade do indivíduo escolher entre a vida em condições que não considera plausíveis e a morte, serena a apaziguar sua dor, tendo em vista o que lhe é constitucionalmente garantido”.

Tendo em vista, a liberdade de o indivíduo testar sobre as possibilidades de sua autonomia sobre continuação de tratamentos médicos.

Para Maria Helena Diniz (2002, p. 31) afirma ser “direto básico de qualquer paciente a não sujeição, contra sua vontade, a tratamento, bem como reconhece também ser o direito de não aceitar continuidade terapêutica, o que significa poder o paciente exigir a suspensão dos tratamentos que lhe estejam sendo empregados”.

#### 4.6 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A MORTE

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos pilares da nossa Constituição Federal<sup>34</sup>. Conforme analisa Gomes Canotilho e Vital Moreira (2008, p.105) seria o conceito de dignidade da pessoa humana onde “obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo constitucional e não uma qualquer ideia apriorística do Homem, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência Humana.”

Os direitos da personalidade ganharam força após o termino da segunda grande guerra mundial, onde foi visto as barbáries dos nazistas perante os outros povos e após a guerra, foi editado a Declaração Universal dos Direitos Humanos visando a proteção individual de cada um onde se deve sempre ser respeitado por todos, inclusive pelo Estado que tem a responsabilidade de proteger e promover as condições que viabilizem a vida com dignidade.

O direito à vida deve sempre ser respeitado e assegurado por este princípio sendo garantido pelo caput do artigo 5º da nossa Carta Magna<sup>35</sup>. Por ser importante deve caber a pessoa as diretrizes da vontade individual sobre a sua saúde, tomando pelo paciente sobre a sua vida ou morte.

A dignidade humana não existe apenas onde é reconhecida pelo Direito e à medida que este a reconhece. O processo de morrer faz parte da vida humana, que como tal deve ser vivida com dignidade. Se a morte é parte da vida e o direito à vida implica uma garantia de uma vida com dignidade, parece possível argumentar pela existência de um direito à morte digna.

A escolha entre o não abreviar a vida e o não prolongar a agonia, o sofrimento, é de extrema importância para garantir a dignidade no momento final da vida.

#### 4.7 CASO SOBRE A APELAÇÃO CIVIL 70054988266 RS

O caso foi um dos primeiros a ser julgado envolvendo manifestação de vontade a se recusar a um tratamento prevalecendo o testamento vital. Foi julgada em 20/11/2013 onde um idoso recusou um tratamento médico sobre a amputação de

---

<sup>34</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>35</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.

sua perna necrosada, sendo interpretado como uma garantia da constituição tutelar este direito por constituir ortotanásia, através do desejo manifestado pelo paciente.

Porém, no caso, o idoso tinha um quadro depressivo e que estaria desistindo da própria vida e vendo a morte como um alívio de seu sofrimento e isto, poderia ser interpretado como um limite da capacidade civil do idoso e poderia influenciar sobre a sua decisão.

Neste sentido, Pona (2015. p.89) entendeu “o poder de tomar decisões acerca da sua própria existência, admitindo e valorizando sua autonomia, implica conceder-lhe a faculdade de dispor de bens jurídicos relacionados a essa mesma existência”.

Foi na decisão também, em que se relacionou o direito à vida com o princípio da dignidade humana ou uma razoável qualidade de vida, onde o dever da CF seria garantir uma qualidade de vida e não um dever de vida, onde foi relacionado com o artigo 15 do CC<sup>36</sup> que diz, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constrangida a fazer o tratamento ou cirurgia.

APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL. 1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para "aliviar o sofrimento"; e, conforme laudo psiquiátrico, se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida. 2. O caso se insere no denominado biodireito, na dimensão da ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural. 3. O direito à vida garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória. Ademais, na esfera infraconstitucional, o fato de o art. 15 do CC proibir tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constrangida a tal. 4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado testamento vital, que figura na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina. 5. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70054988266, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 20/11/2013) (TJ-RS - AC: 70054988266 RS, Relator: Irineu Mariani, Data de Julgamento: 20/11/2013, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/11/2013)

---

<sup>36</sup> Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

#### 4.7.1 Voto do relator Desembargador Irineu Mariani

No voto da apelação o desembargador usou três requisitos para dar o seu voto, o primeiro sendo como o usando o laudo psicológico, o paciente se opõe à amputação; o segundo como onde o médico buscou o Ministério Público para a realização da cirurgia da amputação; e o terceiro onde pedido do parquet foi rejeitado de início.

Em seu voto o magistrado entendeu que seria o caso de, ortonásia e de acordo com ele, seria onde a morte vem ao tempo sem prolongar o sofrimento do paciente. Para o magistrado, o direito à vida garantido pela CF deverá ser combinado com a dignidade humana não cabendo ao caso a obrigação de viver, apenas institui o direito à vida e não o dever dela.

Houve também, comentário sobre a resolução 1995/2012<sup>37</sup>, publicada apenas um ano após o acordão. A manifestação de vontade para se realizar o testamento vital se baseia em três requisitos segundo o desembargador, o primeiro sendo a decisão do paciente deve ser feita antes de ser acometido pela enfermidade; o segundo que o paciente deve estar plenamente consciente de sua vontade e por último; que a manifestação de vontade do paciente deve prevalecer sobre a vontade dos parentes e dos médicos.

Por último, o magistrado, ponderou a preocupação do Ministério Público e do médico sobre a saúde do senhor João, porém não pode se desconsiderar o trauma da amputação, causando sofrimento moral.

Os dois outros desembargadores seguiram com o voto do relator e, portanto, de forma unanime foi desprovida a apelação e se manteve a vontade do paciente no caso.

Levando em conta o que foi exposto e analisado, evidencia-se a importância do princípio da autonomia privada, que mesmo sendo tutelada pelo Estado deve levar em conta a autonomia do indivíduo para decidir.

Neste contexto, o princípio da vontade do indivíduo também deve prevalecer como evidencia da sua liberdade. Seja esta na forma antecipada, quando decide sobre procedimento futuros que alheios a sua vontade presente sejam tutelados pelo

---

<sup>37</sup> Onde foi instituído no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade do Testamento Vital.

direito. Neste caso, no campo do direito sucessório, o testamento de transferência de bens se adequa aos princípios referidos.

Ainda em referência ao princípio da vontade antecipada, associada ao princípio da dignidade humana e a autonomia privada, foi possível discorrer e correlacionar jurisprudências que deram amparo e solução a casos concretos. O primeiro abrangendo o aspecto da dignidade da mulher quando pode decidir sobre o seu corpo, e o segundo, onde ficou evidenciado o instituto do testamento vital quando o indivíduo pode ter a autonomia de decidir sobre o final de sua vida, estando em sã consciência, pode manifestar expressamente a sua vontade quando esteja em situação vulnerável.

#### 4.8 DIRETIVAS DE ANTECIPAÇÃO DA VONTADE

As diretivas antecipadas de vontade ou conhecidas popularmente como DAV são basicamente um gênero para manifestação da vontade para os tratamentos médicos onde inclui o testamento vital como já estudamos e o mandato duradouro.

O consentimento livre e esclarecido e o instituto das diretivas antecipadas têm um conceito próximo, pois ambas discorrem sobre aceitação de algum tratamento de saúde.

Foi em 1969 como já tratado, que o advogado estadunidense publicou o primeiro artigo sobre o *living will* e trouxe a expressão sobre as diretivas de vontade e as relações sobre médico e paciente no final da vida.

Aqui no Brasil começou com a resolução 1995/2012 do CFM onde trouxe a possibilidade da DAV onde poderá ser elaborado a qualquer momento da vida, modificado ou revogado mediante vontade do paciente sobre quais tratamentos gostaria de receber ao final da vida.

Para Dadalto (2015, p.90), após um análise sobre um estudo de Gonzales<sup>38</sup> nos traz observações importantes como que os princípios que norteiam as DAV são autonomia, respeito as pessoas e a lealdade, pois são princípios bioéticos e não pertencem ao direito. E nos traz possibilidades benéficas das DAV como redução do

---

<sup>38</sup> GONZÁLES, Miguel Angel Sánchez. O novo testamento: testamentos vitais e diretivas antecipadas. In: BASTOS, Eliane Ferreira Bastos; SOUSA, Asiel Henrique. *Família e jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.p. 91-137.

medo do paciente a situações inevitáveis, aumento da autoestima, confiança e comunicação com os médicos.

Resumidamente as diretivas seriam uma instrução e não uma obrigação antecipada são vistas como antes do momento de decisão e por último seria a vontade é uma manifestação livre e desimpedida sobre o que seria melhor para o paciente.

Mostra-se necessário o estudo das diretivas antecipada de vontade como traz novamente Dadalto (2015, p.91): “são necessárias e imprescindíveis como instrumento de respeito à dignidade humana, não como política pública no âmbito da saúde, não como meta governamental para diminuição de despesas públicas”.

#### 4.9 CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

Conforme mostra Dadalto (2015, p.59), consentimento livre e esclarecido é “a expressão da manifestação da vontade do sujeito”. Deriva após o termino da Segunda Guerra Mundial onde o Código de Nuremberg<sup>39</sup> de 1947 começou a regular as intervenções médicas não autorizadas tendo em vista os experimentos feitos pelos nazistas em prisioneiros em campos de concentração. O Código trouxe grande

- 
- <sup>39</sup> 1) O consentimento voluntário do ser humano é absolutamente essencial. Isso significa que as pessoas que serão submetidas ao experimento devem ser legalmente capazes de dar consentimento; essas pessoas devem exercer o livre direito de escolha sem qualquer intervenção de elementos de força, fraude, mentira, coação, astúcia ou outra forma de restrição posterior; devem ter conhecimento suficiente do assunto em estudo para tomarem uma decisão. Esse último aspecto exige que sejam explicados às pessoas a natureza, a duração e o propósito do experimento; os métodos segundo os quais será conduzido; as inconveniências e os riscos esperados; os efeitos sobre a saúde ou sobre a pessoa do participante, que eventualmente possam ocorrer, devido à sua participação no experimento. O dever e a responsabilidade de garantir a qualidade do consentimento repousam sobre o pesquisador que inicia ou dirige um experimento ou se compromete nele. São deveres e responsabilidades pessoais que não podem ser delegados a outrem impunemente.
- 2) O experimento deve ser tal que produza resultados vantajosos para a sociedade, que não possam ser buscados por outros métodos de estudo, mas não podem ser feitos de maneira casuística ou desnecessariamente.
- 3) O experimento deve ser baseado em resultados de experimentação em animais e no conhecimento da evolução da doença ou outros problemas em estudo; dessa maneira, os resultados já conhecidos justificam a condição do experimento.
- 4) O experimento deve ser conduzido de maneira a evitar todo sofrimento e danos desnecessários, quer físicos, quer materiais.
- 5) Não deve ser conduzido qualquer experimento quando existirem razões para acreditar que pode ocorrer morte ou invalidez permanente; exceto, talvez, quando o próprio médico pesquisador se submeter ao experimento.
- 6) O grau de risco aceitável deve ser limitado pela importância do problema que o pesquisador se propõe a resolver.
- 7) Devem ser tomados cuidados especiais para proteger o participante do experimento de qualquer possibilidade de dano, invalidez ou morte, mesmo que remota.
- 8) O experimento deve ser conduzido apenas por pessoas cientificamente qualificadas.
- 9) O participante do experimento deve ter a liberdade de se retirar no decorrer do experimento.
- 10) O pesquisador deve estar preparado para suspender os procedimentos experimentais em qualquer estágio, se ele tiver motivos razoáveis para acreditar que a continuação do experimento provavelmente causará danos, invalidez ou morte para os participantes.

proteção aos direitos humanos e foi o pilar para o início das discussões sobre a ética na medicina e a relação entre médico e paciente.

Já para Ruguer o consentimento informado seria:

A finalidade maior do consentimento informado é a concretização (ou não) de um acordo sobre o escopo, as finalidades e os limites da atuação médica. Além disso, consiste no único meio possível de definir, num caso concreto e unicamente aplicável a esse, aquilo que possa ser considerado como "bom" para o interessado. (2007, p.160).

Em nosso ordenamento jurídico o acesso a informação está garantido pela nossa CF<sup>40</sup> e também pelo Código de Defesa do Consumidor<sup>41</sup> tendo em vista que a relação médico-paciente é uma relação de consumo e por último no Código de Ética Médica<sup>42</sup>.

A falha ou a falta de informação pelo médico ao paciente é considerada lesão aos direitos da personalidade do paciente, inadimplemento contratual e assim enseja o dever de reparar o dano. A culpa surge pela falta do dever de informar, sobre a modalidade negligência. A falha no dever de informar será o ato ilícito, contudo, há necessidade para ensejar o dever de indenizar denexo de causalidade e dano. Os mesmos requisitos derivados da responsabilidade civil médica pelo dito "erro médico". Assim não basta apenas o ato ilícito nem a criação de um risco, tampouco que a vítima sofra um dano; é preciso que se verifique a existência do nexo de causalidade entre a conduta do agente ou sua atividade ao dano injustamente sofrido pela vítima.

Diante o exposto, mostra-se fundamentado que o médico deverá informar o paciente sobre o tratamento que deverá ser submetido e que o paciente deverá estar esclarecido sobre seu tratamento da melhor forma possível.

---

<sup>40</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:

XIV - e assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

<sup>41</sup> Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (Redação dada pela Lei nº 12.741, de 2012)

<sup>42</sup> Antes de decidir livremente sobre qualquer prática médica, o médico deve informar de maneira adequada, simples e acessível ao paciente o que será realizado para diagnosticar a doença, como se procederá ao seu tratamento, seus métodos, os riscos a que ele estará exposto, quais os resultados que vêm sendo obtidos em outros pacientes com respeito à mesma doença, dentre outras informações.

#### 4.10 RELAÇÃO MÉDICO X PACIENTE

A relação entre médico e paciente baseia-se em uma relação de confiança mútua e relaciona com o consentimento livre e esclarecido visando sempre ter como um princípio basilar tendo em vista que se busca a confiança de ambos.

Porém ela seria uma relação contratual, como afirma Dadalto (2015, p.69-70): "há resistência em aceitar a relação médico-paciente como contratual, tendo em vista que essa pauta se pauta em valores éticos". E continua "o consentimento livre e esclarecido não tem o condão de restringir a atuação do médico".

O Conselho Federal de Medicina visa a fiscalização e normatização dos médicos defendendo o exercício profissional e formação técnica. E tem como princípio basilar a liberdade do indivíduo desde que o paciente receba de forma justa, clara e adequada.

Porém para Dadalto, nos explica sobre algumas resoluções<sup>43</sup>:

Até março de 2013, o CFM editou cinco resoluções que versam sobre, exclusivamente, o consentimento livre e esclarecido. É possível perceber que o conselho não adota um critério coerente quanto à nomenclatura, pois ora fala de consentimento informado, ora de consentimento esclarecido, sem, contudo, fazer diferenciação entre os institutos, o que faz supor que este órgão entende que ambos os institutos são sinônimos. (2015, p.79)

A relação médico x paciente deve estar em constante evolução tendo em vista os avanços tecnológicos em todos os campos, e acaba atingindo a medicina e a ética. Onde deve sempre se buscar uma relação de confiança entre ambos.

O paciente que sentir lesado seu direito à autonomia, poderá ir ao judiciário reivindicar sua reparação. Porém para ensejar responsabilidade civil do médico é necessários os mesmos elementos do "erro médico" comum, ou seja, é necessário que o paciente comprove a atitude negligente do médico, caracterizada pela falha ou ausência de informação, dano e o nexo de causalidade entre a conduta do médico e o dano sofrido.

A culpa do médico surge pela falta de informação ou pela informação incorreta, não sendo necessário que haja dano decorrente da conduta culposa do médico na obrigação principal, como exemplo citamos danos iatrogênicos, ou danos advindos de riscos inerentes, que via de regra não ensejam na responsabilidade do

---

<sup>43</sup> No site do CFM há informações sobre 6 resoluções. A resolução 1.622/2005 visa somente a proibição de um procedimento oftalmológico. E em 2016 foi publicada a primeira resolução sobre o consentimento livre e esclarecido visando sobre suas distinções.

médico. Assim mesmo que no procedimento não haja falhas do médico, este responderá pelo dano advindo.

Dessa forma, independente da espécie do procedimento biomédico a ser praticado ou da existência ou não de previsão legal a respeito, o consentimento esclarecido será sempre ética e juridicamente necessário, pois se trata de princípio legitimador da prática médica e garantidor de direitos fundamentais dos pacientes.

A não comprovação da sua existência pode caracterizar um agir culposo do médico, uma negligência no ato de esclarecer o paciente tanto na esfera judicial como ética.

Assim, o médico, também, poderá ser responsabilizado, mesmo quando não tiver sido negligente na consecução do ato cirúrgico, porém desta ocasionar dano proveniente do nexo entre a falta de informação e o prejuízo final, onde o profissional deverá demonstrar que o dano está relacionado a um risco sobre o qual alertou o paciente.

## 5 CONCLUSÃO

O avanço tecnológico e a cultura da não aceitação da morte, principalmente no sistema brasileiro, dificulta a discussão sobre o testamento vital no Brasil. Cada indivíduo tem a própria visão do que é melhor para o momento em que vive baseada em sua crença pessoal, religiosa, e em sua experiência de vida. A morte é inevitável, portanto, a busca de torná-la mais digna e indolor cabe a nós.

Tendo em vista esta necessidade de se buscar uma morte digna, cria-se o testamento vital, onde seria uma manifestação de vontade no qual o paciente dispõe acerca dos cuidados e tratamentos que quer ou não receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

Em que pese o testamento vital, normalmente confundido, com o testamento sucessório amparado pelo nosso Código Civil, difere-se deste, principalmente devido ao fato de o testamento sucessório ter efeitos após a morte do testador, enquanto no testamento vital contém disposições a serem realizadas ainda em vida. O testamento vital está presente em diversos países estrangeiros, com diferenças em alguns aspectos formais, mas todos reconhecendo a legalidade do instrumento.

O testamento vital está disposto em nosso ordenamento, na resolução 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina, a qual considera a necessidade de disciplinar a conduta do médico, em face da inexistência de regulamentação no contexto da ética médica.

Na jurisprudência como visto, na ADPF 54 que a mulher deve ter autonomia para decidir sobre o seu corpo e o voto dos ministros foi baseado na dignidade humana, tendo em vista que ela sabe o que é melhor sobre o seu corpo e, como foi decidido, ela poder abortar em caso de bebês anencefálicos.

Já na apelação civil do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, foi um dos primeiros casos em que se tem notícia sobre a possibilidade do testamento vital. Notou-se, no julgado, sobre a possibilidade de se usar o testamento vital no Brasil mesmo que não se tenha uma legislação em nosso ordenamento jurídico. E onde o paciente pode ter autonomia para decidir sobre sua saúde.

Concluiu-se que o testamento vital, mesmo sem uma legislação específica, é válido no Brasil, fundamentado em uma interpretação constitucional do ordenamento

jurídico. A Constituição Federal garante a sua legitimidade, embasada nos princípios da dignidade da pessoa humana, da autonomia e da liberdade.

Oferecer ao cidadão a possibilidade de elaboração do testamento vital é garantir ao indivíduo a capacidade de governar sobre a própria existência, desenhando sua trajetória de vida de acordo com seus princípios e manifestação da sua vontade, do que seria melhor para si.

## REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional*. Revista de Direito Civil ano 12. São Paulo: Fórum, 1998.
- BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. *A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida*. In PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rchael Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (Coord) Vida, morte e dignidade humana. Rio de Janeiro: GZ, 2010.
- Código de Nuremberg. *Tribunal Internacional de Nuremberg – 1947* Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em: < <https://www.ufrgs.br/bioetica/nuremcod.htm> > Acesso em: 14 ago. 2017.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. A família democrática. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- EMANUEL, Ezekiel J.; Emanuel, Linda L. *Living wills: past, present, and future*. Hagerstown: The Journal of Clinical Etchis v. 1 n. 1, 1990.
- GIACOIA JUNIOR, Osvaldo. *A visão da morte ao longo do tempo*. Ribeirão Preto: Medicina- Ribeirão Preto v. 38, 2005.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, volume 7: direito das sucessões – 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- IACOMINI, Vanessa. *Biodireito e o combate a biopirataria*. Vanessa Iacomini. Curitiba: Jurua, 2009.
- LIPPMANN, Ernesto . *Testamento Vital o direito a dignidade*. São Paulo: Matrix, 2013 .
- LISBOA, Roberto Senise. Manual de direito civil. *Direito de família e sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- LOBO, Paulo *Direito civil: sucessões*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MABTUM, Matheus Massaro; Patricia Borba Marchetto, *O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade*. 1.ed. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015.
- MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus- *Curso de bioética e biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MARCHIORI, Carolina Milani. *Análise Da Adpf 54: Mapeamento Da Decisão E Verificação De Uma Possível Formação De Precedente*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, 2012.
- MILL, John Stuart. *A liberdade: utilitarismo*. Trad Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- NAVES, Bruno Torquato de oliveira Naves (Coord.); Cezar Fiuza, Maria de Fatima Freire de Sá. *Direito Civil: Atualidades II*. Belo horizonte: Del Rey, 2007.
- PEREIRA, Tânia da Silva. *O Direito à plenitude da vida e a possibilidade de uma morte digna*. In PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rchael Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (Coord) Vida, morte e dignidade humana. Rio de Janeiro: GZ, 2010.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- Princípio da Saisine: art.1.784, do Código Civil*. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/289873/principio-de-saisine>> Acesso em: 09 jul. 2017

PONA, Éverton Willian. *Testamento vital e autonomia privada: fundamentos das diretivas antecipadas de vontade*. Curitiba: Juruá, 2015.

RIO GRANDE DO SUL. *Apelação Cível nº 70054988266*. Porto Alegre, 2013. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 08 set.

RUGER, André CONFLITOS FAMILIARES EM GENÉTICA HUMANA: *O profissional da saúde diante do direito de saber e do direito de não saber*. 2007. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2007. Disponível em: < [http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_RugerA\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_RugerA_1.pdf) > Acesso em: 14 ago. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHAEFER, Fernanda. *Biodireito em discussão*. In: BLUM, Jussara Maria Leal de Meirelles. (Coord.). Curitiba: Juruá, 2007.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e PENALVA, Luciana Dadalto. *Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro*. In PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachael Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (Coord) Vida, morte e dignidade humana. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

UNIVERSIDADE TUIUTI DO PARANÁ. *Normas Técnicas. Elaboração e Apresentação de Trabalho Acadêmico-Científico*. 3. ed. Curitiba: UTP, 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*- 10 Ed.- Volume 07. São Paulo: Atlas, 2010.