

A JURIDICIDADE DO TESTAMENTO VITAL ELABORADO POR SUJEITOS CIVILMENTE INCAPAZES

The Legality Of The Living Will Drawn Up By The Incapazed Persons

Hilbert Melo Soares Pinto¹
UniNassau

Tanise Zago Thomasi²
UniNassau

RESUMO

Este artigo analisa a possibilidade de sujeitos tidos como incapazes elaborarem o testamento vital, diante do ordenamento jurídico brasileiro vigente, através de uma pesquisa exploratória, qualitativa, bibliográfica e documental, realizada pelo método dedutivo. Primeiramente, analisa-se o conceito jurídico do mencionado instrumento, perscrutando as suas perspectivas normativas. Em seguida, investiga-se a formatação do testamento vital nos planos jurídicos de existência, validade e eficácia. Depois, avalia-se se o regime de capacidade civil, reestruturado a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n.º 13.146/2015), implica a invalidade do testamento vital quando manejado por pessoas abrangidas pela norma restritiva. Ainda nessa seção, indaga-se essa mesma questão em relação aos menores de idade, dialogando com fundamentos inferidos do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90). Ao final, conclui-se que os sujeitos incapacitados civilmente por força de lei ou sentença de interdição, acaso demonstrem discernimento, não devem ser impedidos de utilizar o testamento vital, enquanto forma de autodeterminação e liberdade em relação a direitos existenciais, consubstanciados na dignidade humana. Diante disso, estampa-se a necessidade de intervenção regulatória específica, de modo que transpareçam os inequívocos requisitos de validade da diretiva em comento, incluindo a possibilidade que menores e pessoas com deficiência se valham deste instrumento.

Palavras-chave: Testamento vital. Sujeitos incapazes. Capacidade civil. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Estatuto da Criança e do Adolescente.

ABSTRACT

This article analyzes the possibility of subjects considered incapable to prepare the living will, in view of the current Brazilian legal system, through an exploratory, qualitative, bibliographic and documentary research, carried out by the deductive method. First, the legal concept of the aforementioned instrument is analyzed, examining its normative perspectives. Then, the formatting of the living will in the legal plans of existence, validity and effectiveness is investigated. Then, it is assessed whether the civil capacity regime, restructured based on the Statute of the Person with Disabilities (Law No. 13,146 / 2015), implies the invalidity of the living will when handled by people covered by the restrictive rule. Still in this section, the same question is asked in relation to minors, dialoguing with foundations inferred from the Child and Adolescent Statute (Law No. 8.069 / 90). In the end, it is concluded that subjects who are civilly incapacitated by force of law or prohibition sentence, should they show discernment, should not be prevented from using the living will, as a form of self-determination and freedom in relation to existential rights, embodied in human dignity. In view of this, there is a need for specific regulatory intervention, so that the unequivocal validity requirements of the directive under review, including the possibility that minors and people with disabilities use this instrument.

Key-words: Living will. Incapazed persons. Civil capacity. Statute of the Person with Disabilities. Child and Adolescent Statute.

1 Professor de Direito no Centro Universitário Maurício de Nassau (UNINASSAU). Doutorando em Direito Civil pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS).

2 Professora na Universidade Federal de Sergipe (UFS). Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pelotas (1999). Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (2009). Doutora em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (2017).



1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O homem é um ser social, ou seja, que vive em grupos. Esta convivência exige determinadas regras de conduta que, por sua vez, limitam a autodeterminação do sujeito. Surgem, então, os fenômenos jurídicos, capazes de tutelarem e representarem acerca do mínimo de condições existenciais nas relações entre outros indivíduos. Essas interações são dotadas de eficácia estatal igualitária, concretizando a vida como ela “deve ser”, competindo ao Direito essa atuação.

As condutas individuais devem ser pautadas pela Ética, que possui conteúdo mais abrangente que o Direito, pois compreende as normas jurídicas e as morais; e revelam regras comportamentais. As normas jurídicas são marcadas pela coercitividade, através da sanção, e se traduzem no poder cogente estatal, constringendo a fazer ou deixar de fazer algo, diferentemente das normas morais, que se limitam ao foro íntimo (consciência) da pessoa. Exemplo clássico é o dever de cuidado dos genitores para com sua prole, embora não se tenha como obrigá-los a amar os filhos.

O modo de ser e de agir das pessoas também é preocupação estatal em seus aspectos individuais. Existe disciplinamento legal desde a concepção até a morte, além de conferir eficácia *post mortem* da última vontade (testamento), bem como da exigência de respeito à memória dos mortos – exemplos são: prole eventual (artigo 1.799, I, do Código Civil); embrião excedentário (art. 1.597, IV, do Código Civil); testamento (artigo 1.857 do Código Civil) e memória aos mortos (artigo 12, parágrafo único, do Código Civil). Relações familiares e patrimoniais entrelaçam-se nas situações cotidianas, valorizando a singularidade da pessoa humana em suas respectivas relações sociais, criando, modificando e/ou extinguindo direitos.

Basta nascer com vida para adquirir personalidade, ressalvando-se que, desde a concepção, os seres têm seus direitos assegurados. Portanto, qualquer pessoa é capaz de adquirir direitos e contrair obrigações ou deveres na ordem civil. Constitui-se, então, por si só, o pressuposto básico da sua inserção na ordem jurídica e, conseqüentemente, dos direitos básicos: vida, liberdade e igualdade, dentre outros. Contudo, nem todos os sujeitos detêm capacidade plena para exercê-los, conceito ressaltado neste trabalho.

Diante dessa particularidade, surge a problemática de investigar se os chamados “incapazes” podem manifestar-se livremente quanto aos cuidados, tratamentos



e procedimentos terapêuticos relacionados ao próprio corpo para o caso de, na posteridade, padecerem de doença terminal em estado de total inconsciência, circunstância consubstanciada no conhecido testamento vital.

Neste intuito, e em caráter exploratório, dividimos a pesquisa em subtópicos, priorizando a compreensão teórica da temática, ainda controvertida no ordenamento jurídico nacional. Inauguramos a celeuma com a análise jurídica do testamento vital, a partir da doutrina encabeçada, principalmente, por Luciana Dadalto, e do panorama normativo no Brasil acerca deste instituto. Em seguida, perpassamos pela teoria do fato jurídico através do marco teórico referencial de Marcos Bernardes de Mello, esmiuçando o tema em seus planos da existência, da validade e da eficácia. Após a referida compreensão, questionamos essa mesma possibilidade jurídica para os indivíduos com restrições de capacidade civil, em decorrência de limitações patológicas e etárias (menores de idade), a partir da promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n.º 13.146/2015).

2. CONCEITO JURÍDICO DE TESTAMENTO VITAL

As relações humanas e a forma de compreender os fatos sociais já não são as mesmas. A globalização, os avanços tecnológicos e científicos, a chamada Era Digital e questões bioéticas são alguns dos temas em voga no mundo contemporâneo. Tais reflexões são estimuladas justamente em razão dos novos elementos sociais, políticos, econômicos e, inclusive, jurídicos, que, com ineditismo, desconfortam as instituições e institutos mais tradicionais, os quais são compelidos a se transmutarem para abarcar essas novidades.

Bem assim ocorreu com as chamadas diretivas antecipadas de vontade e, particularmente, com o testamento vital, concepção jurídica pouco aprofundada até então, mas que já sinaliza a sua complexidade pelo termo através do qual se propaga³. Tais mecanismos têm sido discutidos principalmente no campo do Direito, da Bioética e das ciências da saúde em geral, sendo, por vezes, associados, equivocadamente, ao suicídio assistido e atos afins.

As diretivas antecipadas de vontade (DAV), isto é, o testamento vital e o mandato duradouro, foram concebidas no século passado a partir da superação da

³ GODINHO, Adriano Marteleto. Diretivas antecipadas de vontade: testamento vital, mandato duradouro e sua admissibilidade no ordenamento brasileiro. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, n. 1, p. 945-978, 2012.



abordagem paternalista presente nas relações entre médicos e pacientes. Outrora, o médico, de acordo com seu juízo particular, decidia qual tratamento seria aplicado sobre os pacientes, que, então, se submetiam sem margem para discordância⁴. A relação médico-paciente, originalmente, era marcada pelo paternalismo, de maneira que o médico tinha passa livre para intervir sobre o corpo do paciente⁵.

Entretanto, progressivamente, introduziu-se o sistema dialético no seio dessas relações, de modo que, atualmente, os profissionais de saúde, além de considerarem as medidas mais adequadas disponíveis, devem levar em conta e respeitar os interesses dos enfermos⁶. Essa mudança de perspectiva é consequência da solidificação da Bioética, enquanto proposta de conciliação entre a tecnologia e dignidade humana, tendo, como um de seus princípios, a autonomia⁷.

Dessa forma, enfim, reconheceu-se, ao paciente, o *status* de pessoa, e não mero objeto, visto que se garantiu, daí em diante, a liberdade para tomar as decisões acerca dos tratamentos e cirurgias disponíveis, porquanto se é ele “o titular dos bens da personalidade cuja preservação se coloca em pauta, será ele o melhor juiz para decidir sobre os cuidados com sua saúde”⁸.

Com essa projeção, as diretivas antecipadas de vontade se capilarizaram em diversos países, ainda que de maneira bastante incipiente, como forma de atender aos anseios das pessoas nas relações médicas, especialmente em razão da vulnerabilidade dos pacientes durante o período de guerra mundial⁹.

Para salvaguardar o princípio da autonomia e dignidade, construiu-se, em 1969 nos Estados Unidos¹⁰, o testamento vital, espécie de DAV compreendida como um negócio jurídico unilateral sob condição suspensiva (nos tópicos seguintes, explana-se com maior profundidade tais características), destinado a dispor sobre os procedimentos médicos para a eventual ocasião em que o paciente esteja em quadro clínico irreversível e com completa

⁴ GODINHO, Adriano Marteleto. Diretivas antecipadas de vontade: testamento vital, mandato duradouro e sua admissibilidade no ordenamento brasileiro. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, n. 1, p. 945-978, 2012.

⁵ KIRSTE, Stephan. Autonomia e direito à autolesão. Para uma crítica do paternalismo. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 14, n. 14.1, p. 73-86, 2013.

⁶ GODINHO, op. cit.

⁷ DADALTO, Luciana. História do testamento vital: entendendo o passado e refletindo sobre o presente. **Rev Mirabilia Medicinæ**, v. 4, p. 23-42, 2015.

⁸ GODINHO, op. cit., p. 955.

⁹ DADALTO, Luciana. A judicialização do testamento vital: análise dos autos n. 1084405-21.2015. 8.26. 0100/TJSP. **civilistica.com**: revista eletrônica de direito civil, v. 7, n. 2, p. 1-16, 2018.

¹⁰ DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas Antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. **Revista Bioética**, v. 21, n. 3, p. 463-476, 2013.



ausência de discernimento¹¹. Godinho conceitua esse instrumento como um documento através do qual o interessado “declara quais tipos de tratamentos médicos aceita ou rejeita, o que deve ser obedecido nos casos futuros em que se encontre em situação que o impossibilite de manifestar sua vontade”¹².

Contudo, não se trata de expressão de liberdade ilimitada do paciente, pois a sua elaboração “pressupõe o aconselhamento médico”, de maneira que compreenda, com clareza, “seu estado de saúde, quais suas predisposições, o que a medicina pode informá-lo acerca de doenças familiares”¹³. Assim se projeta a autêntica autonomia do paciente, quando há a interação entre a autodeterminação e racionalidade, consistente na obtenção de informações para a tomada de decisão¹⁴.

Normalmente devido ao apego dos familiares, os tratamentos acabam sendo aplicados e continuados insistentemente em pacientes terminais e, com isso, prolongam o processo de morte, o que afronta a sua dignidade humana. Nesse sentido, há de se questionar se prestigiar o desejo da família, em detrimento da dignidade do paciente, é a postura mais adequada diante dos preceitos constitucionais¹⁵.

O testamento vital, portanto, mostra-se viável quando se verifica que as medidas médicas possíveis não conferem ao paciente uma vida minimamente digna, “mas apenas retarda indefinidamente a morte”¹⁶. É, desta maneira, uma alternativa útil à preservação da vontade da pessoa humana em situações tais, não se amoldando em forma de abreviação de vida, “mas sim de consentir com o desfecho natural da doença”¹⁷ (CERVI, 2018, p. 107).

No Brasil, particularmente, ainda inexiste legislação em vigência que verse acerca das diretivas antecipadas de vontade de modo específico. Entretanto, tem-se, como base normativa em sentido amplo destinada a suprir essa lacuna, a Resolução do Conselho

¹¹ DADALTO, Luciana. A judicialização do testamento vital: análise dos autos n. 1084405-21.2015. 8.26. 0100/TJSP. **civilistica.com**: revista eletrônica de direito civil, v. 7, n. 2, p. 1-16, 2018.

¹² GODINHO, Adriano Marteleto. Diretivas antecipadas de vontade: testamento vital, mandato duradouro e sua admissibilidade no ordenamento brasileiro. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, n. 1, p. 945-978, 2012, p. 956.

¹³ CERVI, Taciana Damo. Cuidados paliativos e autonomia do paciente terminal: reflexões sobre o testamento vital no Brasil. **Revista Videre**, v. 10, n. 20, p. 99-113, 2018, p. 103.

¹⁴ KIRSTE, Stephan. Autonomia e direito à autolesão. Para uma crítica do paternalismo. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 14, n. 14.1, p. 73-86, 2013, p. 75.

¹⁵ CERVI, Taciana Damo. Cuidados paliativos e autonomia do paciente terminal: reflexões sobre o testamento vital no Brasil. **Revista Videre**, v. 10, n. 20, p. 99-113, 2018, p. 105.

¹⁶ GODINHO, op. cit., p. 965.

¹⁷ CERVI, op. cit., p. 107.



Federal de Medicina n.º 1.995/2012. Tal norma, porém, omitiu-se no tocante ao testamento vital e seus requisitos, limitando-se a tratar do gênero “diretivas” com o escopo de disciplinar a conduta do médico em face da manifestação expressa da autonomia do paciente, mesmo porque fora instituída para a relação casuística no âmbito hospitalar.

Como forma de remediar a omissão, em 2018, apresentou-se, no Senado Federal, o Projeto de Lei n.º 149, que visa dispor, detidamente, sobre as diretivas antecipadas de vontade. A proposta legislativa, no artigo 2º, traz várias definições relevantes para a compreensão da natureza jurídica e pressupostos do instituto em comento, a expressar, com precisão, as circunstâncias em que ele deve ser realizado. Chama atenção, aliás, o fato de que o legislador preferiu se referir às diretivas antecipadas de vontade sem tocar, separadamente, em suas espécies, tratando de um único documento em que o declarante pode manifestá-las concomitantemente, conforme previsão do artigo 6º. No entanto, apesar da relevância e urgência, desde o ano de sua propositura, o referido projeto está engessado na casa legislativa, deixando de normatizar a temática em questão.

De todo modo, é forçoso concluir que o testamento vital já permeia o Direito e, inclusive, o ordenamento jurídico brasileiro, apesar da ausência de previsão legal especial. Isso porque a existência de um fato sensível à órbita jurídica independe de prescrição normativa. Esta última se mostra relevante para a apuração da validade e eficácia do fato, mas jamais influenciará em sua exteriorização. Examinamos, em seguida, detalhadamente, a juridicização do instituto em estudo.

3. MANIFESTAÇÃO PESSOAL QUANTO AOS CUIDADOS, TRATAMENTOS E PROCEDIMENTOS TERAPÊUTICOS COMO FATO JURÍDICO PASSÍVEL DE EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA

Todo aquele que nasce com vida torna-se pessoa e, portanto, sujeito de direitos e deveres. Esta conceituação diz respeito à personalidade de cada indivíduo, que é justamente “a *possibilidade de agir* no campo do direito, que a ordem jurídica atribui a certos entes. Por possibilidade de agir entende-se “(...) a possibilidade de praticar atos jurídicos”¹⁸. A regra é que toda pessoa humana seja plena em seus direitos e deveres. Contudo, há situações em que essa capacidade é limitada por força de lei. Partiremos da regra geral

¹⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 33.



para posteriormente discutirmos a viabilidade jurídica da manifestação da vontade dos incapazes quanto aos seus cuidados, tratamentos e procedimentos terapêuticos para a terminalidade da vida. Segue a análise jurídica do testamento vital enquanto fato jurídico capaz de criar, modificar e extinguir direitos e, portanto, passível de juridicização.

3.1 Existência jurídica do testamento vital

O desejo íntimo do sujeito quanto aos cuidados, tratamentos e procedimentos terapêuticos para a eventual e futura ausência de discernimento, ainda permanece no âmbito dos fatos da vida. Nenhuma norma jurídica nacional atentou para a sua regulamentação, ou seja, sua juridicização ainda não é exauriente. Na atualidade, apenas a Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 1.995/2012 observou essa possibilidade – diante da pendência do Projeto de Lei n.º 149/2018. Questionou, inclusive, sua imputação, pois a morte é fato biológico, enquanto os demais atos anteriores a ela precisam ingressar no mundo jurídico, originando uma novel norma no plano do dever ser - exemplo disto foi a alteração da capacidade civil quanto ao aspecto etário a partir do Código Civil de 2002 (Lei n.º 10.406/02), que a reduziu de 21 para 18 anos, sem nenhuma influência no aspecto natural do ser humano. Assim, modificou sua conceituação jurídica, possibilitando a realização de atos autônomos por pessoas até então consideradas relativamente incapazes.

Nossa referência diz respeito ao fato, evento ou conduta que ocorre, ainda sem correspondência no mundo jurídico (juridicização), pela inexistência da equivalente norma em seu sentido estrito. Ser “incapaz é estado decorrente do fato jurídico da menoridade, por exemplo”¹⁹. E apesar de carente de capacidade para agir, é sujeito de direitos e obrigações, de modo que seu desejo íntimo ainda permanece desconsiderado pelo direito. Contudo, como não ocorre norma proibitiva, os capazes podem decidir livremente a respeito do seu corpo e seus correspondentes tratamentos médicos.

A morte na sua essência, por ser um fenômeno natural e com a consequência jurídica da sucessão, já foi juridicizada, diferentemente dos atos anteriores a ela, envolvendo exclusivamente questões de intervenções médicas para momento futuro.

¹⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 92.



Contudo, tais situações predecessoras enquadram-se como declarações unilaterais de vontade (na modalidade de testamento vital, conforme abordagem acima).

Em verdade, a produção de consequências no universo do Direito por determinado ato independe de disciplina legal específica, haja vista que os “efeitos imputáveis aos fatos jurídicos são praticamente ilimitados, pois, sendo a imputação, criação humana, está sujeita, apenas, aos modelos criados pela inteligência, estimulada e orientada pela experiência”²⁰, de modo a atender às necessidades da convivência social. Desta forma, o testamento vital possui incidência jurídica, caracterizando-se como fato jurídico e propiciando por si só os efeitos normativos, ou seja, interferindo no plano do Direito, independentemente de tipificação própria. O importante é o fato da vida em si, ou o conhecido “suporte fático”.

É necessário, não obstante, que o fato jurídico contenha elementos gerais, sob pena de inexistir na órbita do Direito, “e, como tal, as regras jurídicas a aplicar não serão sequer as das nulidades”²¹. Trata-se de um conteúdo mínimo que implicará a intromissão da manifestação exteriorizada no mundo, a ponto de ser percebida pela ciência do Direito.

Assim, a partir da exteriorização da declaração de vontade consciente sobre seu desejo íntimo quanto aos cuidados, tratamentos e procedimentos médicos condicionada à futura ausência de discernimento e irreversibilidade de quadro clínico, estamos diante de verdadeiro fato jurídico *stricto sensu* ou negócio jurídico. Ademais, não há nada que proíba essa manifestação, mesmo porque vigora o princípio da liberdade da forma e, sob outra perspectiva, se trata do direito à saúde e, para alguns, do direito à própria vida.

Nesse ponto, esclareça-se que a validade em nada afeta a existência do fato jurídico. Dito de outro modo, para que se visualize a ocorrência de determinado fato no mundo do Direito, pouco importa a observância de postulados e requisitos de validade. Isso porque, como consignava Pontes de Miranda, “existir, valer e ser eficaz são conceitos tão inconfundíveis que o fato jurídico pode ser, valer e não ser eficaz, ou ser, não valer e ser

²⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 114.

²¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 40.



eficaz”²². No mesmo sentido, Marcos Bernardes de Mello afirma que o “ser, valer e ser eficaz são situações distintas, com consequências específicas e inconfundíveis”²³.

Posto isto, ao analisar o artigo 104 do Código Civil, infere-se que, para que o ato exista juridicamente, sem se ater à sua validade – frise-se –, é suficiente a presença de pelo menos um agente, um objeto e uma forma mínima. Logo, para que o testamento vital seja, ao menos, sentido no universo jurídico, ele deve ser externado por um agente, sendo irrelevante a sua idade e a retidão da intenção; deve ter como objeto, exatamente, a estipulação dos tratamentos rejeitados para a hipótese de padecer de doença irreversível e carecer de discernimento; e, por fim, deve ser formalizado expressamente, sem qualquer rigor específico, porém, diante da ausência de regra para tal.

Portanto, o testamento vital possui existência jurídica para aqueles que o aderirem, desde que respeitados seus pressupostos básicos enquanto fato jurídico. Entretanto, há limites à própria manifestação de vontade, permitindo-a, proibindo-a ou a restringindo quanto ao conteúdo, delimitando a autonomia privada dos indivíduos.

Na “escada ponteana”, o fato de existir não significa validade, nem, tampouco, produção de efeitos. Necessário discorrer, então, a respeito dos elementos complementares, residentes nos planos da validade e da eficácia, que, não obstante, em nada comprometem a existência jurídica do testamento vital.

3.2 Validade do testamento vital

Após a confirmação da possibilidade de existência jurídica do testamento vital, analisamos seus requisitos de validade, pois as normas jurídicas cogentes devem ser respeitadas por qualquer ato ou fato jurídico, sob pena de este último contaminar-se de nulidade ou anulabilidade²⁴. Dito de outra forma, o testamento vital existe juridicamente, mas, acaso contrarie regra expressa, será eliminado deste mundo, por ser eivado de alguma inobservância complementar, nulificando-o ou podendo ser aproveitado, desde que esse defeito seja suprido, em casos de anulação. Essas situações funcionam como penalidades para o descumprimento de requisitos da norma, relativizando a liberdade,

²² MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 2. ed. Tomo IV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 15.

²³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 167.

²⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 152.



abrangendo inclusive a moralidade e a impossibilidade natural do objeto²⁵. Neste caso, há deficiência, mas, frise-se, jamais inexistência.

A validade do ato ou negócio jurídico é exatamente o que lhe confere tal condição e categoria, ou seja, é o que o justifica e o qualifica no universo do Direito, e se mede a partir de sua congruência com determinadas regras jurídicas preexistentes²⁶.

Contudo, a perfeição ou não da exteriorização da vontade pode ser juridicamente irrelevante, por isso, somente atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos transitam, necessariamente, neste plano da validade²⁷. A razão é que “fatos da natureza ou do animal, e aos atos-fatos, que são realidades físicas decorrentes da ação humana, até involuntária, seria ilógico considerá-los deficientes e punidos com a invalidade pelo direito”²⁸. Exemplos oferecidos pelo mesmo autor questionam como declarar nulo um nascimento, assim como não pode ser nula a sementeira que gerou a plantação²⁹. São situações que simplesmente acontecem, tais como a morte, a implementação da idade, entre outras. Distintamente, para cotejar determinados fatos à luz do Direito, mostra-se imprescindível atravessar os pressupostos que lhe conferem validade, como é o caso do testamento vital.

A análise da validade consiste nos elementos complementares do suporte fático do ato jurídico, já presente no plano da existência, são eles: a capacidade de fato do sujeito; a licitude, determinação e possibilidade do objeto; e a forma prescrita ou não defesa em lei, consoante teor do indigitado artigo 104 do Estatuto Civil.

Desta forma, o testamento vital, enquanto fato jurídico, adentra o plano da validade especificamente a partir da exteriorização expressa e consciente do elemento volitivo, tendo como finalidade, justamente, a disposição acerca de tratamentos e intervenções médicas ou cirúrgicas que não queira, o testador, experimentar se, futuramente, estiver em quadro clínico irreversível e sem mínimas condições de discernimento.

Na prática, então, a validade cinge-se acerca da manifestação da vontade, visando resguardá-la em face da consciência e autenticidade (cunho protetivo pessoal e

²⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 44.

²⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 41-42.

²⁷ MELLO, op. cit., p. 158.

²⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 163.

²⁹ Ibid.



patrimonial), aliada à natureza das coisas (licitude, moralidade, determinabilidade e possibilidade do objeto), além da obediência à forma determinada ou não proibida³⁰.

O desejo de esclarecer a condução dos próprios tratamentos médicos, apesar de acontecer no mundo da realidade, está sujeito ao cumprimento dos valores complementares, pois diz respeito ao mundo do dever ser. Particularmente, ressalta-se não haver norma restritiva quanto a essa possibilidade, ratificando a regra jurídica basilar de que o “que não é proibido, é permitido”.

Assim, a problemática reside basicamente em analisar o discernimento das pessoas para conhecer e avaliar as consequências práticas materiais (não jurídicas) de seus atos, conforme a experiência de vida refletida pela idade, o estado de sanidade física ou mental, e até mesmo a condição cultural, segundo esclarece Mello³¹. Detalharemos *a posteriori* cada um desses aspectos.

3.2.1 Condições do sujeito

A adversidade reside na perfeição da manifestação, seja pela compatibilidade com a realidade dos fatos, devendo ser livre e espontânea, bem como consciente do seu conteúdo sem lesionar terceiros³². Problema intrínseco à presente análise é constatar a não incidência dos vícios de consentimento (erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão e fraude contra credores), pois sua presença pode ocasionar a anulabilidade da respectiva declaração de vontade, por não ser livre e consciente. Importante também a constatação da boa-fé, da equidade e da probidade na configuração do agir do agente.

O poder de dispor (legitimação) sobre o próprio tratamento de saúde configura direito sobre o corpo e, conseqüentemente, direito à vida. Entretanto, no caso de incapazes, esta titularidade é transferida aos representantes ou assistentes legais, que agem em nome alheio, exercendo o querer do dono. A situação pode ser exercida ainda através de mandato, quando o titular constitui seu procurador para atuar em seu próprio nome, desde que sejam direitos disponíveis (assunto do próximo subitem).

³⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 58.

³¹ Ibid, p. 60.

³² Ibid., p. 60.



Dessa forma, quem é capaz pode não ser legitimado a algo, e vice-versa, como no caso dos incapazes. Nesta última situação, se não houver assistência de terceiro, o ato ou fato jurídico poderá vir a ser anulado. Historicamente, o Direito Civil preocupou-se de instituir, como instrumentos protetivos, a assistência e representação em relação ao exercício de direitos civis pelos incapazes, como requisitos de validade do ato. Contudo, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n.º 13.146/2015) nos alertou para a injustiça de tais disposições protetivas, na medida em que as limitou significativamente, razão pela qual defendemos a possibilidade daqueles sujeitos outrora incapazes em regra serem competentes para a diretiva antecipatória quanto aos cuidados, tratamentos e procedimentos médico (item 4 deste estudo).

Neste momento do estudo analisamos apenas a regra geral, ou seja, a capacidade de exercício plena, composta pelo desejo íntimo autêntico e íntegro, configurando-a como perfeita. Isto posto, passamos ao segundo requisito legal de validade.

3.2.2 Condições do objeto

O objeto da disposição do testamento vital, ou seja, o direito à saúde, sendo para outros, o direito à vida e, ainda ao corpo, deve ser juridicamente admissível sob pena de comprometer sua validade: de modo que seu cumprimento deve criar, modificar ou extinguir relações jurídicas a partir da sua licitude, possibilidade e determinabilidade. Caso contrário, o ato será inválido.

Nessa hipótese, estariam incluídas disposições que, de maneira direta ou indireta, podem abreviar a vida de fato e de direito. Por exemplo, o desejo de jamais deixá-lo morrer ou de ser ministrada determinada droga capaz de abreviar a vida. A licitude vai além da pura legalidade, englobando os bons costumes e o respeito à ordem pública.

Resta saber se a pessoa (capaz) é titular do seu próprio corpo, ou seja, de que forma se consuma sua configuração como direito disponível. O questionamento suscita a legitimação ao suicídio assistido, e outras nuances do avanço tecnológico da medicina, comprometendo, por si só, sua licitude. O cerne da polêmica inclui o prolongamento da vida e sua obrigatoriedade pelo paciente. É preciso compreender o que significa vida e até que momento ela realmente está configurada (distanásia). No Brasil, é proibido disciplinar sobre eutanásia e seus desdobramentos, sendo que, internamente, envolve discussão de cunho



religioso e moral. Porém, a possibilidade de determinar como deseja seus cuidados, tratamentos e procedimentos médicos, em nada compromete a vida.

A possibilidade depende da configuração da vida como direito ou dever. No primeiro caso, há a possibilidade de não desejar viver com uma doença terminal; sendo dever, torna-se incongruente, pois se trata de bem indisponível. Contudo, o Código Civil, artigo 15, prescreve que ninguém é obrigado a se submeter a tratamento médico ou intervenção cirúrgica em caso de risco de vida. Logo, o direito à saúde e, portanto, ao corpo enquanto instrumento daquele, são objetos lícitos, possíveis e determinados, em sentido negativo, ou seja, condizentes para recusar tratamentos.

Em outras palavras, o testamento vital é plenamente lícito, na medida em que se fundamenta na dignidade da pessoa humana e autonomia privada, sem atritar com qualquer norma jurídico ou costumes; aliás, não se trata de dispor da própria vida, porque a morte é evento futuro e certo, mas sim de falecer dignamente³³. Da mesma forma, é possível e, também, determinado, dado que são especificados os tratamentos os quais não pretende se sujeitar o testador³⁴.

A constatação acima explanada, contudo, não significa dizer que o indivíduo pode fazer tudo aquilo que lhe der vontade. Seus desejos são limitados pelo ordenamento jurídico interno, diante da sua natureza social, ou seja, considerando seu convívio com os demais. Embora “sujeito de direitos, o homem tem sua ação restringida pela norma: é livre, mas não autônomo”³⁵. O conceito de vida também é individual e constitui direito de personalidade, consubstanciando sua dignidade.

A realidade comprova a busca constante da universalização dos direitos subjetivos a partir do papel do cérebro e da mente, em uma lógica pós-metafísica, resignificando o próprio existir-e-viver da pessoa e de sua personalidade, de maneira que a “pessoa é um processo, um vir-a-ser que implica, necessariamente ações, como forma de se posicionar ante valores que, quando vividos, dão forma e sentido à existência humana”³⁶.

³³ SILVA, Divina Gleicy Gonçalves Batista da. **A possibilidade do testamento vital a luz da Escada Ponteaana**. Monografia (Graduação) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017, p. 53.

³⁴ Ibid., p. 54.

³⁵ SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer**: eutanásia, suicídio assistido. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 9.

³⁶ STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao exercício de Direitos de Personalidade**: ou como alguém se torna o que quiser. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 2.



Portanto, gradativamente o “viver humano” transmuda-se para objeto lícito, possível e determinado, consubstanciando as diretivas antecipadas de vontade e, especialmente, o testamento vital. Por fim, segue a análise da sua forma e solenidade.

3.2.3 Condições de formalidade

Se a lei previr determinada forma, esta deve ser respeitada, sob pena de invalidade. Do mesmo modo, se for proibida a sua utilização, comprometerá a validade do ato, nos termos do artigo 166, IV do Código Civil. Tanto que, se a reserva mental de querer não foi exteriorizada, ela não será levada em conta, a não ser comprovando que o destinatário possuía conhecimento.

Toda declaração de vontade deve possuir forma, ainda que seja livre (escrita, oral ou gestual). Tanto que o próprio silêncio pode implicar sua anuência, caso as circunstâncias ou usos o autorizarem, nos termos do artigo 111 do Código Civil. A forma, então, consiste no “tipo de manifestação que veste a declaração (escrita, oral, mímica, através do silêncio etc)”³⁷. Efetivamente, ela visa conferir certeza nas declarações de vontade e, curiosamente, quanto mais importante o ato, maiores as solenidades (vide artigos 212 a 232 do Código Civil). Via de regra, sua desobediência constitui nulidade do ato, principalmente no caso de testamentos, apesar de vigorar o princípio da liberdade de forma.

Sabe-se que, até então, o ordenamento carece de tratamento normativo específico acerca do testamento vital, razão pela qual, para fins de validade, em virtude do preceito da liberdade da forma, tal instrumento jurídico pode ser realizado de qualquer maneira, sem comprometer a sua validade. Todavia, há recomendações para que o testamento vital seja realizado por escritura pública perante o Tabelionato de Notas, de modo a garantir segurança jurídica, o que, entretanto, não afigura como requisito indispensável, pelas disposições legais acima referidas³⁸.

Na mesma linha, Adriano Godinho esmiúça a validade do testamento vital e, recorrendo à analogia, conclui que ele deve acompanhar, quando menos, as mesmas formalidades necessárias para o testamento particular, apesar de advertir e recomendar

³⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 32.

³⁸ DADALTO, Luciana. Permissão para partir. *In*: LIMA, Maria Macena de Lima; SÁ, Maria de Fátima Freire de e MOUREIRA, Diogo Luna (coordenadores). **Direitos e Fundamentos entre Vida e Arte**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 170.



que é ideal que se proceda com a feitura perante o Tabelionato de Notas, em virtude da fé pública que assumirá³⁹.

Certamente, uma boa razão jurídica para denominar tal espécie de diretivas antecipatórias de vontade como “testamentos vitais” é a imposição da forma escrita mais complexa (pública ou particular) consistente em solenidades próprias (ritual), destinadas exclusivamente a constituir prova transparente dos desejos íntimos.

Superada a análise dos dois primeiros planos, passamos aos seus efeitos, ou ao plano da eficácia.

3.3 Eficácia do testamento vital

Existindo e sendo válido, o testamento vital é capaz de produzir efeitos jurídicos. Valida-se que é no plano da eficácia que as situações, ou relações jurídicas, são criadas e representadas pelos direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações, exceções, podendo ser também onde elas são extintas⁴⁰.

O testamento tradicional, de previsão legal, está subordinado a um termo (evento futuro e certo), isto é, a morte do testador, para produzir efeitos. Logo, tal instrumento, antes da morte do testador, é válido, porém, ineficaz, ou seja, não é apto a criar, modificar ou extinguir direitos, porquanto ausente a implementação do termo. Contudo, o testamento vital, em verdade, não se amolda tecnicamente na figura concebida pelo Código Civil, visto que possui eficácia para durante a vida⁴¹. Assim, enquanto o primeiro faz alusão a um termo, como elemento accidental, o segundo pressupõe duas condições suspensivas, a saber, o estado clínico irreversível e a perda de discernimento pelo paciente⁴².

Assim, somente quando implementada a condição, verifica-se a eficácia jurídica do fato jurídico, a designar as consequências, irradiando direitos e deveres, pretensões e

³⁹ GODINHO, Adriano Marteleto. Diretivas antecipadas de vontade: testamento vital, mandato duradouro e sua admissibilidade no ordenamento brasileiro. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, n. 1, p. 945-978, 2012, p. 962-963.

⁴⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 163.

⁴¹ GODINHO, Adriano Marteleto. Diretivas antecipadas de vontade: testamento vital, mandato duradouro e sua admissibilidade no ordenamento brasileiro. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, n. 1, p. 945-978, 2012, p. 956.

⁴² DADALTO, Luciana. A judicialização do testamento vital: análise dos autos n. 1084405-21.2015. 8.26. 0100/TJSP. **civilistica.com**: revista eletrônica de direito civil, v. 7, n. 2, p. 1-16, 2018, p. 8



obrigações, ações e exceções, entre outros, ocasionando verdadeira mudança no mundo jurídico (efeitos)⁴³.

Dessa forma, para efetivar essa vontade íntima, deve-se exercê-la com o rigor exigido a título geral pelo Código Civil, para, então, formar a relação jurídica e, tornando-a, eficaz e, por conseguinte, vinculativa⁴⁴. Neste caso, o ato jurídico será apto a produzir direitos e deveres toda vez em que o sujeito necessitar de tratamento médicos terapêuticos ou curativos, conforme a manifestação individual exteriorizada previamente. Por conseguinte, a juridicização do testamento vital tornar-se-á importante instrumento de efetivação da dignidade do testador paciente, mesmo quando este for pessoa com deficiência ou menor de dezesseis anos.

3.4 Juridicização do testamento vital como prerrogativa da dignidade dos sujeitos incapazes

Considerando a teoria do fato jurídico proposta por Marcos Bernardes de Mello, preconizamos pela necessidade de o ordenamento jurídico nacional concretizar o suporte fático do testamento vital, enquanto tal. Incumbe ao legislador delimitar o pressuposto normativo para sua existência, criando-o, ou seja, juridicizando-o. Audaciosamente, propugnamos ainda pela inclusão de hipóteses legais que atendam a necessidade dos incapazes, em respeito à sua dignidade, efetivando-a. A inclusão do testamento vital no ordenamento jurídico proporcionará o respeito e consideração à singularidade dos indivíduos, tornando realidade seus desejos íntimos quanto ao cuidado, tratamento e procedimentos médicos.

Se superada a celeuma da sua existência jurídica, será facilitada a compreensão de que a capacidade sanitária é independente daquelas de caráter patrimonial, e, portanto, sujeitos incapazes por motivos etários, dependendo das circunstâncias, também poderão ser beneficiados, assim como aconteceu com as pessoas com deficiência, após a edição da Lei Brasileira de Inclusão (Lei n.º 13.146/2015), como se defenderá em seguida.

O meio social será impactado pela novel concepção envolvendo o término da vida das pessoas e, posteriormente, romperá com o estigma que envolve as questões sobre

⁴³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 18.

⁴⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 244.



morte, efetivando a melhora da qualidade de vida, fim primordial da ciência jurídica. Dessa forma, transparecerá que o testamento vital, ainda que manejado por sujeitos reconhecidamente incapazes, existirá, será válido e eficaz, por consubstanciar a manifestação de vontade do sujeito quanto ao seu direito à saúde, seu corpo ou ainda a sua vida.

Na contemporaneidade, apenas o Conselho Federal de Medicina preocupou-se com o testamento vital, contudo, sem força cogente, por ser desconexo ao mundo jurídico. Segundo Mello, porém, “isso não quer dizer, que o mundo jurídico seja um compartimento estanque dentro do mundo geral”⁴⁵. Ao contrário, significa que os “fatos jurídicos coexistem e convivem com os fatos não juridicizados”⁴⁶. Em suma, ele passa a ser “qualificado, especificado, por força da incidência, estando no mundo geral, mas com uma adjetivação a mais”⁴⁷.

A partir dessa harmonização com o mundo jurídico, não há como negar a incumbência do Direito em resolver eventuais conflitos e se fazer aplicável de forma justa e saudável. Em seguida, seguem os fundamentos jurídicos que julgamos pertinentes para tal proposição normativa.

4. RAZÕES PARA A DISPONIBILIZAÇÃO DO TESTAMENTO VITAL PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA EM CONFORMIDADE COM AS DISPOSIÇÕES DA LEI Nº 13.146/2015

O Estatuto da Pessoa com Deficiência concedeu capacidade civil plena para as pessoas com deficiência, sejam quais forem sua natureza e o grau de sua limitação (artigos 6º e 84 da Lei n.º 13.146/2015). Mesmo a pessoa com deficiência mental no mais elevado grau, poderá compreender, no momento de sua prática, a irregularidade do fato jurídico ou de determinar-se conforme esse entendimento⁴⁸.

A Lei Brasileira de Inclusão é reflexo do giro de perspectiva global acerca do conceito de deficiência, a partir da concepção do modelo social de abordagem, instituído em 1960 como reação à defasada compreensão estritamente médica e assistencialista. A

⁴⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 25.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 297.



partir de então, “a deficiência não deve ser entendida como um problema individual, mas como uma questão eminentemente social”⁴⁹. É que a deficiência é um problema atrelado à estigmatização, inferiorização e discriminação, que possui “raízes sociais, econômicas, culturais e históricas, e sua resolução passa por uma sociedade acessível a todos os seus membros, sem distinção”⁵⁰.

Nesse novo paradigma, a incapacidade civil constitui exceção, porquanto restringe à autonomia, liberdade e autodeterminação das pessoas com deficiência. Assim, “a proteção jurídica dos incapazes se concretiza por meio da concessão de direitos diferenciados, e não pela retirada plena da capacidade”⁵¹. Todos, portanto, são capazes para exercer direitos e deveres na ordem civil, excluídos apenas aqueles que a lei excetua, ou seja, os menores de dezesseis anos, as pessoas inteiramente incapazes de entender o caráter do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento⁵². É assente que a inconsciência da manifestação da vontade conduz à própria inexistência do ato jurídico e, neste propósito, o ordenamento jurídico estabelece critérios gerais para essa constatação⁵³.

O propósito jurídico no tocante à capacidade sempre foi protetivo e patrimonialista⁵⁴, partindo da premissa de que, por alguma razão específica relacionada ao modo de viver, à sanidade física ou mental, questões culturais ou até mesmo à inexperiência de administrar os próprios bens, determinadas pessoas, apesar de atingirem a maioria civil, não eram dotadas de discernimento suficiente para avaliar as consequências práticas dos seus atos. A legislação nacional era uníssona em entender essa limitação como referente aos menores de dezesseis anos e aos curatelados, até a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n.º 13.146/2015).

Desde o Código Civil anterior, há graus diferentes de atuação na ordem civil, configurados na incapacidade absoluta e na incapacidade relativa. A incapacidade e seus

⁴⁹ MEDEIROS, Marcelo; DINIZ, Debora. Envelhecimento e deficiência. *In*: CAMARANO, Ana Amélia (Org.). **Os novos idosos brasileiros**: muito além dos 60? Rio de Janeiro: IPEA, 2004, p. 108.

⁵⁰ MADRUGA, Sidney. Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 37.

⁵¹ TATSCH, Ricardo Luís Lenz. Novo regime da Incapacidade Civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Direito & Justiça**, v. 42, n. 2, p. 324-344, 2016, p. 327.

⁵² MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 298.

⁵³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 59.

⁵⁴ NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. **Revista Quaestio Iuris**, v. 9, n. 3, p. 1545-1558, 2016, p. 1547.



graus se situavam no quadro individualista e patrimonialista do Código de 1916, sob o fundamento de que o poder de autodeterminação poderia ser subtraído em função do desenvolvimento de relações econômicas⁵⁵. A última hipótese confere delimitado poder ao incapaz, quanto à prática de determinados atos, ou ao modo de praticá-lo. Mas o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n.º 13.146/2015), após conceder capacidade plena a essas pessoas, restringindo as situações que ensejam interdição/curatela (total ou parcial) a questões patrimoniais, rompe-se com a uniformidade reinante quanto ao exercício desse direito. A normativa inclusiva, a partir disso, transita do paternalismo, isto é, da proteção excessiva e excludente, para a consagração da autonomia⁵⁶.

Dito isto, compreendemos que o interdito pode deter capacidade para determinar-se quanto aos desejos íntimos de cuidados, tratamentos ou procedimentos médicos, não conexos com questões econômicas, para momento posterior. Com efeito, tais ações não devem acarretar a delegação do poder de escolha a um representante ou assistente, pois violaria o núcleo duro da dignidade humana, na medida em que atreladas à personalidade do indivíduo com deficiência⁵⁷.

A afirmativa consiste na possibilidade de possuir consciência da sua decisão pessoal, ou seja, ser autodeterminado nesse aspecto, em analogia ao artigo 6º da Lei n.º 13.146. O respectivo dispositivo legal disciplina que a deficiência não compromete a capacidade civil, autorizando o indivíduo a casar-se e a constituir união estável, exercer seus direitos sexuais reprodutivos, escolher seu planejamento familiar, conservando sua fertilidade, além de vivenciar o direito à família e sua convivência através da guarda, tutela, curatela e à adoção, em igualdade de oportunidade com as demais pessoas.

Mais adiante, entre os artigos 11 e 12, a mencionada legislação assegura, com clareza, o direito de a pessoa com deficiência rejeitar intervenção clínica ou cirúrgica a tratamento ou institucionalização forçada, instituindo a exigência de seu consentimento prévio, livre e esclarecido para tais procedimentos, compreensão que pode regularmente ser transportada para o contexto do testamento vital.

Após esse avanço legislativo, qual a fundamentação para impedir o sujeito na referida condição de decidir sobre sua própria saúde, seu corpo e sua vida? A novel

⁵⁵ BOTH, Laura Jane Ribeiro Garbini; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. A complexidade do reconhecimento da (in) capacidade da pessoa com deficiência no direito brasileiro: da codificação à jurisprudência. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 22, n. 2, p. 225-254, 2017, p. 236.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 231.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 237.



legislação o limitou apenas em questões patrimoniais, não atingindo sua dignidade. Expressamente, o artigo 85 da mesma lei determina: “a curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial”. Aclarou ainda: a “curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto”. Reconhece o direito de participação na vida pública e política dos incapazes, concedendo direito ao voto e de ser votado.

Portanto, a regra é que as pessoas sejam plenamente capazes, inclusive a pessoa com deficiência, podendo, todavia, excepcionalmente, serem levadas à curatela, nas hipóteses remanescentes do artigo 4º do Código Civil. Entretanto, ainda assim, a interdição jamais comprometerá o exercício de direitos extrapatrimoniais ou existenciais, de modo a preservar a dignidade da pessoa humana.

A nosso ver, está comprovado que, na atualidade, incapacidade e dignidade são conceitos independentes e autônomos juridicamente, visto que o primeiro não compromete o segundo, e, nesse sentido, ainda ousamos defender que os menores de dezesseis anos sejam considerados aptos para possuir a capacidade de autodeterminar-se em relação ao próprio corpo, especificamente através do testamento vital, dependendo do seu grau de compreensão, independentemente do critério cronológico. A seguir, é abordada a fundamentação dessa afirmação.

5. FUNDAMENTOS PARA A DISPONIBILIZAÇÃO DO TESTAMENTO VITAL AOS MENORES DE DEZESSEIS ANOS EM FAVOR DE SUA DIGNIDADE HUMANA

Os menores de dezesseis anos, como regra, não são autônomos, ou seja, não se autodeterminam, justamente numa determinação que visa ser medida de proteção. O legislador retirou desses indivíduos a capacidade de agir, haja vista a pouca experiência e vivência de vida, entendendo não possuírem discernimento para a condução de seus próprios interesses. Dessa forma, são representados pelos seus guardiões legais (pais ou tutores). No caso dos maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, os mesmos sujeitos exercem a assistência em relação aqueles. Na prática, isto significa apenas um acompanhamento, legitimando a vontade íntima dos menores, que passam a receber tratamento jurídico atenuado dos seus desejos.



A limitação provém, exclusivamente, de uma valoração, isto é, de uma escolha legislativa. Deste modo, até os dezesseis anos de idade, a vontade do menor é irrelevante para o ordenamento jurídico, prevalecendo, em caso de conflito, o desejo dos representantes legais. Ao atingir esse termo (dezesseis anos), seu desejo íntimo é considerado, desde que confirmado pela assistência dos seus guardiões legais, configurando capacidade civil relativa.

Para Nevares e Schreiber, a verdade é que o legislador do Diploma Civil de 2002 “se ateve a critérios arbitrários ao tratar da incapacidade de menores de dezoito anos, deixando de considerar o real discernimento, que reflete a sua maturidade, o que deveria ser analisado particularmente”⁵⁸. Nesse sentido, os autores concluem que “a idade, por óbvio, é um importante critério, mas não pode ser o único, devendo ser avaliado o interesse subjacente ao ato a ser praticado e a sua repercussão na esfera do menor e de terceiros”⁵⁹.

Por outro lado, o Código Civil de 2002 concedeu, de maneira excepcional, a possibilidade de que o maior de dezesseis anos possa elaborar testamento, sem a anuência de seu assistente legal, nos termos do parágrafo único do artigo 1860, relativizando a concepção da sua inexperiência de vida. E, neste sentido, ainda foi expresso ao determinar que a “incapacidade superveniente do testador não invalida o testamento”.

O dispositivo legal aclara que a verificação da capacidade ocorre no momento da declaração de vontade, desde que consciente sobre suas consequências, nada impedindo que no momento da efetivação do desejo sanitário, seja novamente confirmado, no caso do menor, pelo simples transcurso do tempo. Comungamos do entendimento de Dadalto⁶⁰, quanto à flexibilização do critério de incapacidade, devendo ser utilizado, exclusivamente, o discernimento na manifestação da vontade acerca dos tratamentos. Compete ao juiz essa análise, pois a preocupação deve priorizar “a pessoa doente em vez da doença da pessoa”⁶¹.

⁵⁸ NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. *Revista Quaestio Iuris*, v. 9, n. 3, p. 1545-1558, 2016, p. 1550.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ DADALTO, Luciana. Permissão para partir. In: LIMA, Maria Macena de Lima; SÁ, Maria de Fátima Freire de e MOUREIRA, Diogo Luna (coordenadores). *Direitos e Fundamentos entre Vida e Arte*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 170.

⁶¹ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. A intermitência da Vida: Obstinação Terapêutica e a Defesa do Direito de Morrer com Dignidade. In: LIMA, Maria Macena de Lima; SÁ, Maria de Fátima Freire de e MOUREIRA, Diogo Luna (coordenadores). *Direitos e Fundamentos entre Vida e Arte*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 188.



Ademais, essas proposições em torno da capacidade civil devem estar afinadas com as disposições e preceitos do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90), cujo artigo 7º assegura o direito fundamental à saúde em favor dos menores, salientando, ainda, que o Estado deve propiciar condições dignas de existência. Mais adiante, essa norma garantista salvaguarda o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade e, ato contínuo, reconhece as crianças e adolescentes como sujeitos de direito. Ainda mais adiante, no artigo 17, confere a esse grupo de vulneráveis o direito ao respeito no sentido de inviolabilidade da sua integridade física, psíquica e moral, incluindo a autonomia, os valores, ideias e crenças etc. Na mesma linha, o dispositivo seguinte dispõe acerca do direito à proteção de tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Desta maneira, verifica-se a existência de amparo normativo suficiente ao reconhecimento do direito de os menores de idade se valerem do testamento vital, enquanto ato que prestigia os desejos dessas pessoas quanto à rejeição de tratamentos e intervenções para a hipótese de futuramente virem a perder o discernimento e estarem em quadro irreversível. Isso porque tal exercício jurídico se fundamenta, sobretudo, no direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, ratificando o preceito de que a incapacidade jamais deve afetar a prática de atos de natureza existencial.

Em consonância, Torquato e Soares propõem que, se escancarado o seu discernimento, deve ser garantido ao menor o direito de autodeterminação quantos aos procedimentos médicos afeitos à terminalidade da vida, na medida em que isto retrata direito extrapatrimonial e reconhece o princípio do melhor interesse, ou seja, “o poder familiar continua sendo exercido pelos pais, mas (...) deve ser aplicado com vistas a não anular o protagonismo dos filhos”⁶².

Nesse mesmo sentido, Lima e Menezes salientam que, hodiernamente, a capacidade de agir se concentra na pessoa humana e, portanto, havendo informação científica suficiente e clara para a compreensão da circunstância sanitária, “é fundamental que se respeite a autonomia do menor, sempre proporcional ao discernimento efetivamente alcançado”⁶³. E, depois, arrematam: “é incompatível com o princípio da dignidade da

⁶² TORQUATO, Jennifer Silveira; SOARES, Mirelle Fernandes. Diretivas antecipadas de vontade: o exercício da autonomia existencial do menor em estado terminal. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**, [S. l.], v. 7, n. 2, p. 21, 2021, p. 201-202.

⁶³ LIMA, Luciana Vasconcelos; MENEZES, Joyceane Bezerra de. A autonomia para adolescentes em relação à recusa de tratamento médico. *In*: LEAL, Larissa Maria de Moraes; GODINHO, Adriano Marteleto; LIMA,



pessoa humana e o catálogo de direitos fundamentais e de personalidade, desdenhar da vontade do paciente consciente e esclarecido, ainda que seja ele um adolescente”⁶⁴.

Diante disso, não restam dúvidas de que os direitos fundamentais que circundam a realidade jurídica das crianças e adolescentes lastreiam o uso do testamento vital por tais sujeitos, enquanto forma de exteriorização e salvaguarda da autonomia, liberdade e dignidade.

Necessário, contudo, que ocorra a regulação especial do instrumento sanitário, de modo a confirmar as presentes inferências, inclusive em relação aos menores de dezesseis anos, pois que, por ora, inconcludente o assunto. Quanto aos maiores incapazes, por outro lado, o problema já fora superado com o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n.º 13.146/2015), visto que a incapacidade se limita às questões patrimoniais, que não é o caso.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O mundo é composto por conjuntos de fatos. Contudo, nem todas as situações são dotadas de existência jurídica, ou seja, capazes de criar, modificar e extinguir direitos. A inclusão de eventos e condutas na ordem jurídica as juridiciza, isto é, as torna objeto de estudo do Direito a partir do plano da existência. Uma vez criada, poderá conter validade e a produzir efeitos de forma geral.

Considerando essas premissas fundamentadas no referencial teórico de Marcos Bernardes de Mello e sua teoria do fato jurídico, investigamos o *status* jurídico dos testamentos vitais, espécie de diretivas antecipadas de vontade, na ordem jurídica nacional. Neste propósito, constatamos que o Brasil ainda é resistente quanto ao assunto relativo às questões sanitárias, envolvendo relações entre médico e pacientes, em termos da dignidade humana, especialmente quando se trata de testamento vital. As discussões, na maioria das vezes, limitam-se a questões consumeristas sem adentrar os aspectos humanitários, quanto à disponibilidade do próprio corpo, do direito à saúde ou da vida. Reflexo disto é a insuficiência normativa acerca do tema e a morosidade em se dar prosseguimento ao Projeto de Lei n.º 149/2018.

Raquel Moraes de (Org.). **XXIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI/UFPB**. 1. ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 151.

⁶⁴ Ibid.



Diante da relevante dificuldade teórica, utilizando a análise dos planos da existência, da validade e da eficácia, constatamos que não há óbice legal para a juridicização do testamento vital. Aliás, utilizando o princípio geral de direito de que “o que não é proibido, é permitido”, concluímos pela possibilidade da existência das diretivas antecipadas de vontade quanto aos cuidados, tratamentos e procedimentos médicos na atualidade, em particular o testamento vital, diante da única referência normativa constante da Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 1995/2012.

Contudo, preconizamos a necessidade de elaboração de instrumento normativo próprio para regular a matéria, a ratificar a existência jurídica ao testamento vital e os seus critérios específicos de validade e eficácia. Nesse intuito, comprovamos que após a promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n.º 13.146/2015), não há óbice algum, inclusive legal, para que as pessoas com impedimentos (mentais, físicos, intelectuais ou sensoriais) possam elaborá-lo, de acordo com sua compreensão intelectual, em analogia aos direitos de ordem não patrimonial concedidos a esse grupo e tendo em vista disposições expressas do mencionado diploma legal. E mais, ainda que tais sujeitos sejam submetidos à interdição, a incapacidade se estreitará em questões meramente patrimoniais, não incidindo, por conseguinte, na hipótese do testamento vital.

Todavia, ao retornar ao sistema de capacidade civil, necessitamos rediscutir a possibilidade também para os menores de idade, pois, apesar de sua vontade autônoma não ser considerada para a lei, eles também possuem direito ao próprio corpo, saúde e vida, em analogia aos que estão “sujeitos a curatela” e, especialmente, em virtude do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), o qual cataloga uma série de direitos e garantias voltadas à sua autodeterminação. Dessa forma, acreditamos que a restrição decorrente de critério etário absoluto seja injusta, na conjuntura atual, diante das inúmeras capacidades existentes, não devendo incidir, portanto, sobre a possibilidade de confeccionar a analisada diretiva antecipada de vontade.

Portanto, a juridicização do testamento vital proporcionará análises jurídicas detalhadas e particularizadas, em conformidade com a vontade de cada indivíduo. Perante os elementos complementares do plano da validade e da eficácia, a diretiva antecipada de vontade em questão possibilitará o respeito e a consideração, bem como a singularidade



REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BOTH, Laura Jane Ribeiro Garbini; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. A complexidade do reconhecimento da (in) capacidade da pessoa com deficiência no direito brasileiro: da codificação à jurisprudência. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 22, n. 2, p. 225-254, 2017.

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: República Federativa do Brasil: Poder Executivo, Brasília, 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 15 mar. 2021.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: República Federativa do Brasil: Poder Executivo, Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 6 mar. 2018.

BRASIL. Lei 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial da União**: República Federativa do Brasil: Poder Executivo, Brasília, 7 de julho de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 15 mar. 2018.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 149, de 2018. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade sobre tratamentos de saúde. **Senado Federal**: Gabinete do Senador Lasier Martins, Brasília, 3 de abril de 2018. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132773>. Acesso em: 12 mar. 2021.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. A intermitência da Vida: Obstinação Terapêutica e a Defesa do Direito de Morrer com Dignidade. *In: Direitos e Fundamentos entre Vida e Arte*. LIMA, Maria Macena de Lima; SÁ, Maria de Fátima Freire de e MOUREIRA, Diogo Luna (coordenadores). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

CERVI, Taciana Damo. Cuidados paliativos e autonomia do paciente terminal: reflexões sobre o testamento vital no Brasil. **Revista Videre**, v. 10, n. 20, p. 99-113, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.30612/videre.v10i20.7709>. Acesso em: 9 mar. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM n.º 1.995/2015. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. **Diário Oficial da União**: 31 de agosto de 2012, Seção I, p. 269-70. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1995_2012.pdf. Acesso em: 17 de mar. 2018.



DADALTO, Luciana. A judicialização do testamento vital: análise dos autos n. 1084405-21.2015. 8.26. 0100/TJSP. **civilistica.com: revista eletrônica de direito civil**, v. 7, n. 2, p. 1-16, 2018.

DADALTO, Luciana. História do testamento vital: entendendo o passado e refletindo sobre o presente. **Rev Mirabilia Medicinæ**, v. 4, p. 23-42, 2015.

DADALTO, Luciana. Permissão para partir. *In*: LIMA, Maria Macena de Lima; SÁ, Maria de Fátima Freire de e MOUREIRA, Diogo Luna (coordenadores). **Direitos e Fundamentos entre Vida e Arte**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas Antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. **Revista Bioética**, v. 21, n. 3, p. 463-476, 2013.

GODINHO, Adriano Marteleto. Diretivas antecipadas de vontade: testamento vital, mandato duradouro e sua admissibilidade no ordenamento brasileiro. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, n. 1, p. 945-978, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto Gonçalves. **Direito Civil Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

KIRSTE, Stephan. Autonomia e direito à autolesão. Para uma crítica do paternalismo. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 14, n. 14.1, p. 73-86, 2013.

LIMA, Luciana Vasconcelos; MENEZES, Joyceane Bezerra de. A autonomia para adolescentes em relação à recusa de tratamento médico. *In*: LEAL, Larissa Maria de Moraes; GODINHO, Adriano Marteleto; LIMA, Raquel Moraes de (Org.). **XXIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI/UFPB**. 1. ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 140-159.

MADRUGA, Sidney. **Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEDEIROS, Marcelo; DINIZ, Debora. Envelhecimento e deficiência. *In*: CAMARANO, Ana Amélia (Org.). **Os novos idosos brasileiros: muito além dos 60?** Rio de Janeiro: IPEA, 2004.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 2. ed. Tomo IV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.



NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. **Revista Quaestio Iuris**, v. 9, n. 3, p. 1545-1558, 2016.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível Nº 70075147025, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 08/02/2018. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/547020672/apelacao-civel-ac-70075147025-rs>. Acesso em> 17 mar. 2018.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer**: eutanásia, suicídio assistido. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SILVA, Divina Gleicy Gonçalves Batista da. **A possibilidade do testamento vital a luz da Escada Ponteano**. Monografia (Graduação) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017.

STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao exercício de Direitos de Personalidade**: ou como alguém se torna o que quiser. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

TATSCH, Ricardo Luís Lenz. Novo regime da Incapacidade Civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Direito & Justiça**, v. 42, n. 2, p. 324-344, 2016.

TORQUATO, Jennifer Silveira; SOARES, Mirelle Fernandes. Diretivas antecipadas de vontade: o exercício da autonomia existencial do menor em estado terminal. **Revista Ibero-Americana de Humanidades**, Ciências e Educação, [S. l.], v. 7, n. 2, p. 21, 2021.

RECEBIDO EM 24/12/2023
APROVADO EM 14/09/2024
RECEIVED IN 24/12/2023
APPROVED IN 14/09/2024