

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

GABRIELLE DE MAIO ARAUJO

**ANÁLISE DA VALIDADE DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NA LEI DE
DOAÇÃO DE ÓRGÃOS NO DIREITO BRASILEIRO**

São Paulo

2022

GABRIELLE DE MAIO ARAUJO

Trabalho de Graduação Interdisciplinar apresentado
como requisito para obtenção do título de Bacharel no
Curso de Direito da Universidade Presbiteriana
Mackenzie.

ORIENTADOR: PROF. DR. MARCELO ROMÃO MARINELI

São Paulo

2022

GABRIELLE DE MAIO ARAUJO

ANÁLISE DA VALIDADE DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NA LEI DE
DOAÇÃO DE ÓRGÃOS NO DIREITO BRASILEIRO

Trabalho de Graduação Interdisciplinar apresentado
como requisito para obtenção do título de Bacharel no
Curso de Direito da Universidade Presbiteriana
Mackenzie.

Aprova(d)o(a) em:

BANCA EXAMINADORA

Examinador(a): Prof. Dr. Marcelo Romão Marineli

Examinador(a): Prof. Dr. Diogo Leonardo Machado de Melo

Examinador(a): Prof. Ms. Fabricio Favero

AGRADECIMENTOS

Existem muitas pessoas que me ajudaram durante toda essa trajetória, por essa razão, a todos o meu muito obrigada.

Agradeço a Deus por tudo;

Agradeço a toda a minha família, em especial a minha mãe, Marta de Maio Araujo, e a minha irmã, Danielle de Maio Araujo, por todo o incentivo e força que sempre me deram;

Agradeço ao meu orientador, Marcelo Romão Marineli, por toda a paciência, dedicação e conhecimentos passados durante todo o processo de elaboração deste trabalho;

Agradeço a todos os meus professores que contribuíram com a minha evolução por meio do aprendizado;

Agradeço a todos os meus amigos que encontrei no curso, pela oportunidade de convívio e pela cooperação mútua durante estes anos.

Também agradeço a Universidade Presbiteriana Mackenzie como um todo, por todos que a compõe terem demonstrado seu comprometimento com a qualidade e excelência do ensino oferecido.

ANÁLISE DA VALIDADE DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NA LEI DE DOAÇÃO DE ÓRGÃOS NO DIREITO BRASILEIRO

Gabrielle de Maio Araujo

Resumo: O presente trabalho de conclusão de curso tem como objetivo, analisar a Lei n° 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, alterada pela Lei n° 10.211 de 23 de março de 2001, a qual trata da doação de órgãos, sendo que em seu artigo 4° define que a decisão de autorizar ou não a doação fica a cargo da família, independentemente da manifestação de vontade do doador quando em vida. Assim, observa-se que a decisão do doador, por si só, não se faz suficiente para ser reconhecida, por isso a relevância do estudo do tema, uma vez que o instrumento das diretivas antecipadas de vontade, atualmente regulado apenas pela resolução do Conselho Federal de Medicina n° 1.995 de 31 de agosto de 2012, poderia oferecer essa segurança. Dessa forma, busca-se verificar se tal instrumento não possui a validade necessária para garantir maior força a decisão do doador ou quais alternativas, reconhecidas pelo direito brasileiro, poderiam ser implementadas para conferir maior autonomia ao paciente, o que modificaria esse cenário de vácuo legislativo.

Palavras chaves: Diretivas Antecipadas de Vontade. Doação de Órgãos. Autonomia.

Abstract: This course conclusion work aims to analyze Law No. 9,434, of February 4, 1997, amended by Law No. 10,211 of March 23, 2001, which deals with organ donation, and in its Article 4 defines that the decision to authorize or not the donation is the responsibility of the family, regardless of the donor's will when he is alive. Thus, it is observed that the donor's decision, by itself, is not enough to be recognized, hence the relevance of the study of the subject, since the instrument of advance directives of will, currently regulated only by the resolution of the Council Federal de Medicina n° 1,995 of August 31, 2012, could offer this security. In this way, we seek to verify whether such an instrument does not have the necessary validity to guarantee greater strength to the donor's decision or which alternatives, recognized by Brazilian law, could be implemented to grant greater autonomy to the patient, which would change this scenario of legislative vacuum.

Key words: Advance Will Directives. Organ donation. Autonomy.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 LEI DE DOAÇÃO DE ÓRGÃOS NO BRASIL	9
2.1 DIREITOS DA PERSONALIDADE: TÉRMINO DA VIDA	12
3 DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NA LEI DE DOAÇÃO DE ÓRGÃOS.....	14
3.1 PRINCÍPIOS NORTEADORES: MANIFESTAÇÃO DE VONTADE.....	16
3.2 CONFERINDO VALIDADE PARA AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE.....	19
4 CONCLUSÃO	21
REFERÊNCIAS	22

1 INTRODUÇÃO

A hipótese a ser verificada neste estudo se fixa na análise da aplicação das diretivas antecipadas de vontade, tendo como referência prática a Lei de doação de órgãos, a fim de se compreender como este instrumento seria utilizado de forma a ser válido pelo nosso ordenamento jurídico brasileiro, considerando alguns princípios norteadores, como da dignidade humana e da autonomia da vontade do paciente.

A Lei nº 9.434 de 1997, integrada pela Lei nº 10.211 de 2001, trata da doação de órgãos no Brasil, sendo esta a atual legislação regulamentadora, que em seu artigo 4º prevê que a decisão sobre a disposição do corpo da pessoa falecida para fins de transplantes ou mesmo outra finalidade terapêutica precisa de autorização do “cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte” (BRASIL, 1997b).

Isto é, entende-se ser necessária a anuência da família para que seja possível a realização de doação de órgãos e tecidos do parente falecido, sendo preciso, ainda, consolidar expressamente tal decisão em documento assinado por duas testemunhas que confirmem a morte da pessoa.

Não obstante, observa-se que a doação de órgãos, devendo ser consentida pela família, acaba por retirar do indivíduo sua autonomia privada de livre dispor de seu próprio corpo, sendo que mesmo que este se manifeste, quando em vida, acerca de sua vontade de ser doador ou não, a decisão final será de seus familiares.

Diante desse cenário, temos a possibilidade de introdução das diretivas antecipadas de vontade que serviriam para garantir a efetivação da manifestação de vontade do sujeito, sendo concretizado por meio deste instrumento que se faz utilizado para dispor sobre métodos e procedimentos para tratamento de doenças

que são previamente escolhidos pela pessoa interessada a serem realizados em um momento em que esta não possa mais expressar sua vontade de forma espontânea.

Com isso, por intermédio da metodologia de pesquisa histórica, doutrinária e legislativa busca-se percorrer brevemente o histórico do surgimento da Lei de doação de órgãos, das diretivas antecipadas de vontade, a fim de entender seus conceitos, formas e objetivos, bem como os princípios que envolvem a manifestação de vontade do paciente, visando examinar se esta poderia ser reconhecida perante o ordenamento jurídico brasileiro ou quais as alternativas para que se consiga de forma satisfatória garantir maior proteção aos que sintam a necessidade de conservar de alguma maneira sua opinião acerca de intervenções médicas.

2 LEI DE DOAÇÃO DE ÓRGÃOS NO BRASIL

Na década de 1960 ocorreram os primeiros transplantes no Brasil (MALUF, 2013, p. 339), porém somente em 1963 que se teve o surgimento da primeira legislação para regulamentar a doação de órgãos, por meio da Lei nº 4.280 de 6 de novembro de 1963, a qual dispunha sobre “a extirpação de órgão ou tecido de pessoa falecida” (BRASIL, 1963), além disso, também estabelecia que a extirpação do cadáver só se realizaria com autorização escrita do sujeito já falecido, ou desde que não houvesse oposição do cônjuge ou dos parentes até segundo grau.

Mas a partir da atual Lei nº 9.434 de 1997 (BRASIL, 1997b), se obteve uma regulamentação dos processos de doação de órgãos e tecidos humanos para fins de transplantes no Brasil, sendo esta regida, primeiramente, pelo Decreto nº 2.268, de junho de 1997 (BRASIL, 1997a), que dispôs sobre a criação do Sistema Nacional de Transplantes, responsável pelo processo de doação e transplantes realizados no país, assim como também a existência da doação presumida (DINIZ, 2011, p. 351).

Assim, de 1997 a 1998, a doação presumida era adotada pelo Brasil, onde todos os indivíduos eram reconhecidos como doadores, exceto os que se declarassem não doadores de órgãos e tecidos especificamente na carteira de identidade civil ou na carteira nacional de habilitação, podendo a informação ser alterada a qualquer momento (ROZA *et al.*, 2009, p. 43).

No entanto, ainda de acordo com o anteriormente citado, em razão de diversas discussões sobre as problemáticas desta legislação, haja vista tal disposição provocar interferência na autonomia das pessoas que permanecessem inertes em manifestar oposição a doação presumida, a partir de 2001, com o advento da Lei nº 10.211, que trouxe alterações a Lei nº 9.434 de 1997, voltou-se a reconhecer como válida a doação consentida que era aplicada antes de 1997, dessa forma, a autorização para que a doação fosse realizada passou a ocorrer com o consentimento da família do falecido.

Todavia, a decisão de autorizar ou não a doação ficando a cargo da família, retirou a necessidade de manifestação de vontade do próprio doador quando em vida.

Desse modo, observa-se que a decisão do doador, por si só, não se faz suficiente para ser reconhecida, por isso a relevância do estudo do tema, uma vez que o instrumento das diretivas antecipadas de vontade, atualmente regulado apenas pela resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.995 de 2012, poderia conceder maior força a decisão do doador, o que modificaria esse cenário, se fosse reconhecido pelo direito brasileiro.

De acordo com o Código Civil (BRASIL, 2002), em seu artigo 538, temos a definição do que se entende pelo termo doação que se realiza por intermédio de um contrato em que um indivíduo transfere, por livre e espontânea vontade, bens ou vantagens de seu patrimônio para outro indivíduo.

Tal liberdade de contratar se faz limitada pelo direito, em consideração ao princípio da dignidade da pessoa humana, como, por exemplo, é possível observar da leitura dos artigos 548 e 549 ambos do Código Civil, nos quais temos que o doador não pode dispor de todos os seus bens a ponto de não poder mais manter o mínimo para sua subsistência, bem como não é permitido que exceda a parcela testamentária disponível.

Dessa forma, se restringe a autonomia privada do indivíduo, visando a garantia dos direitos fundamentais.

Nesse mesmo sentido, podemos também mencionar os artigos 13 e 14 do Código Civil que asseguram o direito de disposição ao próprio corpo, a fim de que os indivíduos tenham sua autonomia privada respeitada, havendo certos limites na tentativa de se impedir a ocorrência de abuso por terceiros, vejamos as disposições legislativas mencionadas:

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

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

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

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo. (BRASIL, 2002)

Outrossim, a respeito da doação de órgãos, há previsão na Constituição Federal (BRASIL, 1988) que em seu artigo 199, §4º estabelece ser devida a criação de legislação específica para dispor sobre doação de órgãos e tecidos para fins de transplantes, assim como pontua ser proibida a sua comercialização.

Além do conceito de doação trazido pelo Código Civil, temos no artigo 1º da Lei nº 9.434 de 1997, uma explicação acerca do que consiste ser a doação de órgãos:

Art. 1º A disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou post mortem, para fins de transplante e tratamento, é permitida na forma desta Lei.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, não estão compreendidos entre os tecidos a que se refere este artigo o sangue, o esperma e o óvulo. (BRASIL, 1997b)

Com isso, observamos que há possibilidade da doação de órgãos se realizar em vida ou *post mortem*.

Ainda, conforme se depreende da Lei de doação de órgãos, em seu artigo 9º, temos que a doação intervivos pode ocorrer quando tratar-se de cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, ou qualquer outra pessoa, desde que se tenha autorização judicial, não sendo necessária em relação à medula óssea.

Ademais, temos nos parágrafos 6º e 7º do artigo 9º, que ao juridicamente incapaz, que apresente compatibilidade imunológica comprovada, é permitida a doação de transplante de medula óssea, devendo haver o consentimento de ambos os pais ou seus responsáveis legais, além da autorização judicial e a confirmação de que o ato não promoverá risco para a sua saúde; e a gestante pode realizar doação de tecido que seja para transplante de medula óssea, bem como se verificado que o ato não promoverá risco à sua saúde ou ao feto.

Por outro lado, temos a possibilidade da doação *post mortem*, prevista no artigo 3º da Lei de doação de órgãos, que determina ser necessário o prévio diagnóstico de morte encefálica:

Art. 3º A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina. (BRASIL, 1997b)

Ressalta-se também, consoante previsão no artigo 4º da mesma Lei, que a doação dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, devendo ser obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau, por meio documental que será assinado por duas testemunhas presentes que confirmem a morte do possível doador.

Assim, podemos concluir que mesmo a legislação buscando priorizar a integridade do doador, retirando a antiga disposição que impunha a doação de órgãos a todos, ainda se pode verificar certa restrição quanto a liberdade de manifestação de vontade deste, e por se tratar de tema delicado merece análise quanto as possibilidades de alteração e inclusão de alternativas no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 DIREITOS DA PERSONALIDADE: TÉRMINO DA VIDA

O diagnóstico da morte, segundo Adriana Maluf, seria pela “ausência das funções vitais: cerebrais, cardíacas e de respiração” (2013, p.373). Contudo, o entendimento, consolidado no Brasil, que se sobrepõe é o de que a morte encefálica marca o fim da vida, sendo essa definida como a constatação irreversível da lesão nervosa central e significa morte, seja clínica, legal e/ou social (MORATO, 2009, p. 228), portanto, é com a constatação de morte encefálica que se declara o fim da vida,

sendo este um dos requisitos essenciais para que o procedimento de doação de órgãos possa ser realizado.

Isto porque deve-se garantir, como disposto pela própria Lei de transplantes, a inexistência de circulação cerebral para que não ocorra nenhum equívoco quanto a constatação de morte do paciente e não se provoque, por exemplo, a mistanásia que se dá quando se tem a retirada de um órgão vital antes da real morte (MALUF, 2013, p. 354).

Assim, com a declaração da morte real e a confirmação da autorização para doação de órgãos, nos termos do artigo 13 da Lei 9.434 de 1997, a equipe médica entra em contato com a Central de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos do respectivo estado.

Apurada a morte real que implica no término da existência da pessoa natural, conforme art. 6º do Código Civil, também temos o fim da personalidade jurídica, a qual ocorre com o diagnóstico de paralisação da atividade encefálica, nos termos do art. 3º da Lei nº 9.434 de 1997, assim extingue-se a capacidade do indivíduo, dissolvendo todos os seus direitos e deveres adquiridos em vida, sendo tal momento denominado pela doutrina como *mors omnia solvit*, deixando de ser o falecido sujeito de direitos e obrigações (GONÇALVES, 2022, p. 151).

Não obstante, mesmo se tendo a declaração de morte real, ainda resta a vontade manifestada pelo sujeito em vida que deve ser respeitada, consoante expõe Washington de Barros Monteiro ao afirmar que “não é completo o aniquilamento do de cuius pela morte” (MONTEIRO apud GONÇALVES, 2022, p. 151). Ou seja, a manifestação de vontade deste sobrevive a sua morte por intermédio do testamento.

Nesse sentido, cabe esclarecer que devem ser observados os direitos inerentes à condição de falecido, assim como a aplicação de princípios, sendo direitos adquiridos em vida que se estendem para além da vida.

3 DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NA LEI DE DOAÇÃO DE ÓRGÃOS

Conforme demonstrado anteriormente, a decisão autônoma do indivíduo sobre o seu corpo *post mortem* se mostra pouco eficaz, uma vez que a previsão legislativa considera necessária a autorização expressa da família para que a doação de órgãos ocorra, consoante artigo 4º da Lei nº 10.211 de 2001, o que gera uma desvalorização quanto a autonomia privada do sujeito.

Assim sendo, uma possível solução a esse cenário poderia se realizar pela utilização das diretivas antecipadas de vontade. Pelo Conselho Federal de Medicina, na resolução n. 1.995 de 2012, temos a definição das diretivas nos seguintes termos:

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.

Nesse mesmo sentido podemos compreender o instituto das diretivas como um instrumento documental criado a princípio para que as pessoas portadoras de doenças graves ou doentes terminais pudessem dispor sobre questões relacionadas às terapias e medidas médicas a serem tomadas quando do fim de suas vidas. Desse modo, as diretivas se referem a um gênero de documento utilizado para manifestação de vontade de uma pessoa, do qual se originam outras espécies, como o mandato duradouro e o testamento vital (DADALTO, 2013b, p. 107).

Isto é, de acordo com Luciana Dadalto (2013), o testamento vital trata-se de um documento pelo qual o indivíduo dispõe sobre o tipo de tratamento que prefere ou não receber para o momento em que se encontrar doente, em estado incurável ou terminal, e estando incapaz de manifestar sua vontade.

Por outro lado, temos a possibilidade da procuração para cuidados de saúde ou mandato duradouro, no qual se tem a nomeação de uma pessoa que será responsável pela tomada de decisões referentes aos procedimentos médicos a serem

feitos ou não, quando o outorgante não puder mais demonstrar sua vontade de forma temporária ou permanente.

Segundo Affonso (2020, p.7-10), quanto a aceitação deste procurador entende-se que não haveria prejuízo se esta ocorresse no momento da confecção do documento ou mais tarde quando necessário assumir seu encargo, pois o importante seria o cumprimento da manifestação de vontade expressada pelas diretivas, devendo, ainda, ser de ciência do paciente que o procurador nomeado poderia não aceitar o encargo.

Nesse sentido, vale abordarmos também a eleição de procuradores substitutos sucessivos, assim, caso um nomeado não queira ou não possa assumir o encargo tem-se a possibilidade de indicação sucessiva. Outra possibilidade seria uma eleição de junta de procuradores, que nesse caso atuariam conjuntamente para tomar as decisões necessárias, podendo previamente ser estabelecido na nomeação se caberia posteriormente a substituição dos procuradores ou se apenas os designados até que estes não possam ou não queiram mais exercer essa função.

Desta feita, se faz possível concluir que na ausência de procurador, a responsabilidade de tomada de decisões ficaria a cargo da família, sendo que na ausência desta restaria aos médicos. Com isso, se estabelece uma certa segurança ao paciente, que objetiva o atendimento a sua vontade o máximo o possível, sem que interesses alheios possam o prejudicar enquanto este não possa opinar, temporária ou permanentemente, sobre intervenções em seu corpo.

Ainda, cabe melhor especificar que por ser a vontade do paciente tratada como soberana, caso após se ter elaborado o instrumento das diretivas antecipadas de vontade e se passe algum tempo em que o paciente mude sua vontade sobre as disposições, os familiares poderiam ajuizar ação com a documentação que comprove essa mudança para que este documento das diretivas não fosse aplicado (AFFONSO, 2020, p. 12).

Tal instrumento, porém, não possui regulamentação própria no ordenamento jurídico brasileiro, e sim apenas sendo regulado pela resolução nº 1.995 de 2012 do

Conselho Federal de Medicina, por meio da qual se fez possível estabelecer os requisitos formais necessários à elaboração do documento (DADALTO, 2013b, p. 108).

Entretanto, ainda, deve-se entender que a referida resolução nº 1.995 de 2012 do Conselho Federal de Medicina possui força de lei somente no meio médico, sendo previsto a adesão do médico as diretivas do paciente e não a vontade da família, desde que não se estabeleça contrariedade com o Código de Ética Médica.

Ademais, esta se faz fundamentada nos Princípios da Dignidade Humana e da Autonomia, nesse sentido, temos o art. 5º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, no qual se prevê que ninguém poderá ser submetido a tratamento desumano.

3.1 PRINCÍPIOS NORTEADORES: MANIFESTAÇÃO DE VONTADE

Aprofundando um pouco mais a análise sobre as diretivas antecipadas de vontade, temos que estas se baseiam em princípios jurídicos, os quais se encontram presentes na manifestação de vontade a ser declarada por meio de tal instrumento, vejamos os princípios aplicados nessa temática:

- **Princípio da Autonomia**

A palavra “autonomia” deriva do grego *autos* que significa “próprio” e *nomos* que significa “lei, norma”, assim expressando “auto-imposição de leis”, que pode ser entendido por auto-governo. Tal princípio implica na liberdade do paciente em escolher seu tratamento, estando a liberdade prevista como direito fundamental, previsto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal. Portanto, há aqui a relação entre liberdade e capacidade do indivíduo poder manifestar suas decisões que devem ser respeitadas (DALL’AGNOL, 2004, p. 30).

No entanto, se o paciente estiver em coma, este não conseguirá exprimir sua vontade, ficando a cargo da família o fazer, daí a importância de se deixar registrado oficialmente sua vontade para que seja possível que as pessoas que precisem saber

de tal informação tomem conhecimento das disposições deixadas pelo paciente (RODRIGUES *et al.* 2013, p. 276-277).

Nesse sentido, o indivíduo deve poder exercer seus direitos com autonomia e liberdade, em relação a sua própria vida e saúde. Sendo que o não respeito quanto a sua manifestação de vontade se revela como verdadeira afronta mesmo a sua dignidade.

- **Princípio da Dignidade Humana**

Presente no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, por não se ter uma conceituação formal exata pela doutrina, podemos dizer que o princípio da dignidade humana se liga aos demais princípios constitucionais e direitos fundamentais, conferindo maior valor as garantias a vida, liberdade, igualdade, entre outros.

Assim como discorre Ingo Wolfgang Sarlet, vejamos:

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 assegurem 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 corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos. (SARLET, 2001, p. 60.)

Dessa forma, a dignidade da pessoa humana busca assegurar a defesa dos indivíduos por simplesmente serem pessoas, dignas de serem respeitadas em si mesmas.

- **Princípio da Beneficência**

Pelo princípio da beneficência temos o fazer o bem, a busca do bem estar do paciente. Podendo ser entendido, ainda, como uma obrigação do profissional de

saúde em fornecer ao paciente seu máximo para garantir sua saúde (Dall'Agnol, 2004, p. 44).

Assim, o princípio objetiva sempre se atentar ao que é melhor para o paciente.

- **Princípio da Não-maleficência**

O princípio da não-maleficência se encontra implícito no princípio anterior da beneficência, significando a não produção do mal, o não causar danos. Nesse sentido, pode-se entender como a obrigação que o profissional da saúde possui de não causar dano ao paciente (DALL'AGNOL, 2004, p. 38-39).

De todo modo, vale ressaltar, que nenhum princípio é absoluto ou pode se sobrepor a outro, e se for verificado que há riscos de toda forma, deve-se escolher o menor dano, como explicam Soares e Piñeiro (2006, p. 32):

Em casos em que o risco não pode ser afastado, o médico deverá, utilizando-se de sua perícia, apontar numa escala qual dos riscos é menor. Quando não houver diferença quantitativa entre eles, é o médico deverá optar pelo que trouxer menos sofrimento ao paciente.

Assim, a atuação do profissional deve ser sempre transparente para passar ao paciente todas as opções e riscos existentes em cada uma destas, sempre buscando escolher a menor gravosa e, portanto, mais benéfica.

- **Princípio da Justiça**

O princípio da justiça pode ser entendido como um tratamento equitativo que pondere para observar o que cabe aplicar a cada caso de forma a se buscar o mais justo e equilibrado, conferindo oportunidade de acesso de todos à saúde (2001, p. 226, apud DALL'AGNOL, 2004, p. 48).

Dessa forma, se reconhece sua previsão legislativa ligada ao direito à saúde no artigo 196 da Constituição Federal, no qual se objetiva a garantia de saúde a todos independente de qualquer distinção.

3.2 CONFERINDO VALIDADE PARA AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

Considerando o anteriormente exposto, tem-se que em análise do ordenamento jurídico brasileiro verifica-se a inexistência de regulamentação acerca das diretivas antecipadas de vontade, por esse motivo que o Conselho Federal de Medicina, pela resolução nº 1.995 de 2012, acabou por delimitar requisitos para a elaboração de tal documento (DADALTO, 2013b, p. 108).

Com isso, a referida resolução do Conselho Federal de Medicina possui força de lei tão somente no meio médico, sem caráter jurídico (DADALTO, 2015, p. 173), inclusive, esta não se faz suficiente para regulamentar toda a temática, por isso se observa a necessidade de criação de norma jurídica apropriada.

Não obstante, segundo Luciana Dadalto (2013a, p. 65), ainda pode-se reconhecer a validade deste documento no Brasil se lhe atribuirmos uma interpretação mais extensiva com a integração das normas constitucionais, infraconstitucionais e até mesmo dos princípios para se ter um embasamento jurídico mais concreto.

O que, no entanto, não obsta futura criação de disposição legislativa, ao contrário, seria necessário se fixar de forma mais clara e pontual as normas para que esse processo ganhasse mais segurança para sua devida aplicação e produção de efeitos de acordo com seus fins.

Assim, as diretivas antecipadas de vontade seriam utilizadas como a exteriorização da vontade do sujeito em relação ao seu próprio corpo, sendo este, inclusive, o entendimento destacado no enunciado de nº 277 da Jornada de Direito Civil, o qual estabelece:

O art. 14 do Código Civil, ao afirmar a validade da disposição gratuita do próprio corpo, com objetivo científico e altruístico para depois da morte, determinou que a manifestação expressa do doador de órgãos em vida prevalece sobre as vontades dos familiares, portanto, a aplicação do art. 4º da Lei n. 9.434/97 ficou restrita à hipótese de silêncio do potencial doador.

Nesse sentido, a manifestação de vontade do sujeito deve ser respeitada e prevalecer à vontade de terceiros, haja vista a disposição do artigo 14 do Código Civil, o qual estabelece que todos possuem autonomia para dispor de seu próprio corpo.

Outro enunciado importante de ser mencionado é o de nº 37 da I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça:

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

Acerca do enunciado de nº 37 verifica-se que há restrição das diretivas a tratamentos médicos, não considerando outras possibilidades, como cuidados e até disposições sobre enterros (DADALTO, 2015, p. 176-178). Outro ponto a ser esclarecido seria o de que não se trata de um negócio jurídico, como busca-se equiparar, na verdade, as diretivas antecipadas de vontade se referem a uma declaração unilateral de vontade.

Ainda, para quem queira conferir maior segurança ao documento das diretivas antecipadas de vontade é possível levar a registro em cartório (AFFONSO, 2020, p. 5-6), a fim de garantir a publicidade e reconhecimento do instrumento, já que seria lavrado por um oficial de registros com fé pública.

Contudo, o registro não é obrigatório, uma vez que não há legislação expressa com essa determinação, mas se recomenda, considerando que, dessa forma, a vontade expressada pelo sujeito seria conhecida aos que podem concretizá-la.

Por essas razões que se cogita a criação de um registro nacional, pelo qual se teria acesso ao banco de dados, podendo verificar se aquele paciente possui ou não algum documento dessa natureza. Com isso, os hospitais poderiam consultar o banco de dados desse registro, respondendo civilmente em caso de descumprimento (DADALTO, 2015, p. 165).

Assim, diante de duas possibilidades que teriam o poder de conferir validade as diretivas antecipadas de vontade, a decisão ficaria a cargo do legislador de determinar qual a melhor forma de regulamentar este instituto.

Outro ponto que merece ser abordado seria acerca da validade e revogabilidade de tal instrumento, para Luciane Dadalto o documento poderia ser revogado a qualquer tempo, assim desnecessário a fixação de prazo de validade, além disso caso se constatasse posteriormente algum empecilho para efetivação das diretivas, entende-se que seria necessário observar as disposições que não contrariem a lei ou mesmo normas médicas (DADALTO, 2015, p. 190), já a validade por ser mais volátil, uma vez que o paciente pode mudar de vontade em um curto espaço de tempo motivado por alguma circunstância que lhe seja importante, entende que está questão deveria ser observada pela doutrina e pela jurisprudência para analisar caso a caso.

Não obstante, ainda, para que as diretivas antecipadas de vontade fossem válidas poderia bastar que estas tivessem atendidos seus requisitos formais, mesmo sem o registro, isso porque tal formalidade poderia impossibilitar que o paciente deixasse sua manifestação de vontade nesses termos.

4 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, buscou-se demonstrar por meio deste trabalho a questão das diretivas antecipadas de vontade na Lei de doação de órgãos, tendo em vista que no ordenamento jurídico brasileiro não possui regulamentação específica

sobre a temática, havendo apenas a resolução nº 1.995 de 2012 do Conselho Federal de Medicina.

Assim, foi possível identificar as alterações legislativas que ocorreram envolvendo as movimentações sociais, os aspectos que envolvem a questão da doação de órgãos, os princípios norteadores da manifestação de vontade, e as diretivas antecipadas de vontade que possibilitam maior segurança ao sujeito que deseja deixar expressamente sua manifestação de vontade sobre a disposição de seu corpo para quando este não puder mais opinar.

Com isso, foi possível melhor entender as normas que regem o tema da doação de órgãos e suas necessidades de modificação com a inclusão de disposição específica que estabeleça os critérios que devem ser observados para a utilização adequada das diretivas antecipadas de vontade, sendo que a resolução do Conselho Federal de Medicina, não possui a mesma força de reconhecimento que uma legislação desenvolvida para este fim.

Por essas razões que se entende que ao se utilizar do documento das diretivas antecipadas de vontade este pode ter sua validade reconhecida pelo ordenamento jurídico brasileiro se interpretado de forma extensiva e integrada aos princípios e normas constitucionais que servem como base jurídica.

Contudo, concluiu-se que a criação de lei que regule as diretivas antecipadas de vontade traria maior segurança ao sujeito que venha a falecer, mas que tenha disposto, quando em vida, sobre procedimentos médicos que pudessem ser necessários, ou mesmo sobre a disposição de seu corpo para doação de órgãos.

REFERÊNCIAS

AFFONSO, Filipe José Medon. **Diretivas antecipadas de vontade no brasil: aspectos relevantes sobre a validade e a efetividade**, p. 27-49. In: Anais do I Encontro Nacional de Biodireito: biotecnologia e relações familiares. São Paulo: Blucher, 2020. ISSN 2359-2990, DOI 10.5151/ienbio-2019-ENBIO-GT-03. Acesso em: 06 fev. 2022.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro de 2002**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em:
05 nov. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm
. Acesso em: 07 nov. 2021.

BRASIL. **Decreto n. 2.268**. Regulamenta a Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília; 1997a. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/d2268.htm. Acesso em: 08 nov. 2021.

BRASIL. **Decreto n. 4.280 de 6 de novembro de 1963**. Dispõe sobre a extirpação de órgão ou tecido de pessoa falecida. Diário Oficial da União, Brasília; 1963. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14280.htm. Acesso em: 08 nov. 2021.

BRASIL. **Lei n. 9.434 de fevereiro de 1997**. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília; 1997b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm. Acesso em: 08 nov. 2021.

BRASIL. **Lei n. 10.211 de março de 2001**. Altera dispositivos da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que "dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento". Diário Oficial da União, Brasília; 2001. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110211.htm. Acesso em: 08 nov. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA; **Resolução CFM n. 1.995/12**. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2019. Disponível em: <https://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2018/05/resolu%C3%A7ao-1995-CFM.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2021.

DADALTO, Luciana Penalva. **As contribuições da experiência estrangeira para o debate acerca da legitimidade do Testamento Vital no ordenamento jurídico brasileiro**. Revista Bioética, 2013a. Disponível em:
<https://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n28/articulo5.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2022.

_____. **Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995/12.** Revista Bioética, v. 21, n.1, 2013b, p. 108. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/791/861. Acesso em: 07 nov. 2021.

_____. **Testamento Vital**, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DALL'AGNOL, Darlei. **Bioética: princípios morais e aplicações.** Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito.** 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ENUNCIADO 37 da I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/e8661c101b2d80ec95593d03dc1f1d3e.pdf>. Acesso em: 01 maio 2022.

ENUNCIADO 277 da IV Jornada de Direito Civil. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/227>. Acesso em: 01 maio 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Volume 1.** 20. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. 9786555596212. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596212/>. Acesso em: 05 abr. 2022.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito.** 2 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013.

MORATO, Eric Grossi. **Morte encefálica: conceitos essenciais, diagnóstico e atualização.** Rev Médica Minas Gerais RMMG. 2009. Disponível em: <http://rmmg.medicina.ufmg.br/index.php/rmmg/article/view/164/147>. Acesso em: 05 abr. 2022.

RODRIGUES, Carlos Frederico Almeida *et al.* **Morte encefálica, uma certeza? O conceito de “morte cerebral” como critério de morte.** Rev Bioethikos. 2013. Disponível em: <http://www.saocamillo-sp.br/pdf/bioethikos/105/1811.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2022.

ROZA, Bartira de Aguiar *et al.* **Doação de órgãos e tecidos no Brasil: podemos evoluir?** O MUNDO DA SAÚDE São Paulo: 2009; 33(1):43-48. Disponível em:

http://www.saocamilo-sp.br/pdf/mundo_saude/66/43a48.pdf. Acesso em: 06 nov. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

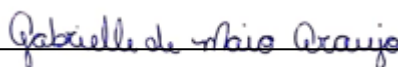
SOARES, André Marcelo M; PIÑEIRO, Walter Esteves. **Bioética e biodireito: uma introdução**. 2. ed Rio de Janeiro: Loyola, 2006.

TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Gabrielle de Maio Araujo discente regularmente matriculado(a) na disciplina TCC II, da 10ª etapa do curso de Direito, matrícula nº 4178313-1, período 10º, turma U, tendo realizado o TCC com o título: Análise da Validade das Diretivas Antecipadas de Vontade na Lei de Doação de Órgãos no Direito Brasileiro sob a orientação do(a) Professor(a) Marcelo Romão Marineli declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 19 de maio de 2022.



Assinatura do discente