

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

KARINA MICENO JUNCKS

**A DOAÇÃO DE ÓRGÃOS *POST MORTEM* E AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE
VONTADE**

São Paulo

2020

KARINA MICENO JUNCKS

A DOAÇÃO DE ÓRGÃOS POST MORTEM E AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE
VONTADE

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

Orientador: Prof. Dr. Diogo Leonardo Machado De Melo

São Paulo

2020

KARINA MICENO JUNCKS

**A DOAÇÃO DE ÓRGÃOS *POST MORTEM* E AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE
VONTADE**

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

Aprovada em: __/__/____

BANCA EXAMINADORA

Examinador: Prof. Dr. Diogo Leonardo Machado de Melo

Examinador: Prof. Dr. Marcelo Romão Marineli

Examinador: Prof. Dr. Fabricio Favero

A DOAÇÃO DE ÓRGÃOS *POST MORTEM* E AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

Análise (i) do eventual conflito entre a disposição da Lei nº 9.434/1997 e as diretivas antecipadas de vontade e (ii) da possibilidade de responsabilização dos familiares pela não-observância deste instrumento jurídico vinculante

Karina Miceno Juncks¹

RESUMO

Este trabalho visa analisar o possível conflito entre a exigência de autorização dos familiares para a doação de órgãos de um falecido – em conformidade com a Lei nº 9.434/1997 – e as disposições expressas em suas diretivas antecipadas de vontade. Além disso, busca-se entender aqui se é admissível a responsabilização destes familiares caso a vontade do falecido – exposta neste instrumento jurídico vinculante – seja desrespeitada.

Palavras chaves:

Doação de órgãos. Diretivas antecipadas de vontade. Responsabilização dos familiares pela não observância do testamento vital do falecido.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the possible conflict between the requirement for authorization from family members to donate organs of a deceased – as provided by Law nº 9.434/1997 – and their advance directives of will. In addition, it seeks to understand whether the liability of these family members is admissible if the will of the deceased – exposed in this legal and binding instrument – is disrespected.

Key words:

Organ donation. Advance directives of will. Liability of the relatives for not complying with the vital testament of the deceased.

¹ Graduanda do Curso de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.
E-mail: karina.juncks@hotmail.com

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

..... 2

1. A LEGISLAÇÃO SOBRE A DOAÇÃO DE ÓRGÃOS NO BRASIL

..... 3

1.1. Regulamentações anteriores 3

1.2. Regulamentação atual 4

1.3. Projeto de lei em tramitação 8

2. O CONSENTIMENTO PARA A DOAÇÃO DE ÓRGÃOS

..... 9

2.1. No Brasil 11

2.2. Na Espanha 11

2.3. Na Holanda 12

2.4. Em Portugal 12

3. AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

..... 13

4. O CONFLITO ENTRE A LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA E A RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

..... 15

4.1. Hierarquia entre as espécies normativas 15

4.2. Constitucionalidade da Resolução nº 1.995/2012 do CFM 16

4.3. Projeto de lei ordinária federal regulamentando as diretivas antecipadas de
vontade 18

4.4. Implicações do conflito entre a lei ordinária e a Resolução em um cenário de
doação de órgãos 20

5. A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DOS FAMILIARES PELO DESRESPEITO ÀS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

..... 21

CONCLUSÃO

..... 23

REFERÊNCIAS

..... 24

INTRODUÇÃO

A Lei nº 9.434/1997 trata da doação de órgãos e da doação de medula óssea *inter vivos e mortis causa*. A redação original do artigo 4º desta Lei determinava que, salvo disposição em contrário, presumia-se autorizada a doação de órgãos *post mortem* com a finalidade de utilização em transplantes.

Em 2001, a Lei nº 10.211 alterou o supracitado artigo para constar que a doação de órgãos *post mortem* “dependerá da 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”.

Com o advento desta alteração, ainda que o falecido tenha “carteirinha de doador de órgãos”, sua família será chamada a decidir e poderá optar pela não doação. Da mesma forma, se a família não se manifestar expressamente, não será possível a doação de órgãos.

As diretivas antecipadas de vontade são um instrumento jurídico – de força vinculante – que tem como objetivo garantir que a vontade do paciente seja respeitada e efetivada, ainda que em momentos nos quais ele não possa exprimi-la. Não temos no nosso país Lei específica dispendo sobre o tema e definindo sua forma ou conteúdo, mas sabe-se que, nos termos do parágrafo 3º do art. 2º da Resolução nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina, orienta-se que estas declarações prevalecerão sobre a vontade dos familiares.

Neste artigo será analisado o conflito entre a disposição da Lei nº 9.434/1997 e as diretivas antecipadas de vontade – a maior expressão da autonomia do paciente –, bem como se é possível a responsabilização dos familiares que desrespeitem o que está exposto neste instrumento jurídico.

1. A LEGISLAÇÃO SOBRE A DOAÇÃO DE ÓRGÃOS NO BRASIL

O tema recebeu sua primeira regulamentação apenas em 1963 e sofreu diversas alterações significativas ao longo dos anos. A legislação atual foi publicada em 1997.

1.1. Regulamentações anteriores

A **Lei nº 4.280/1963** foi a primeira a regular a doação de órgãos no Brasil. Permitia apenas a “extirpação de partes de cadáver, para fins de transplante” e, para que ocorresse tal extração, era necessária autorização escrita do falecido ou, em caso de não haver tal autorização escrita, a não oposição por parte do (i) cônjuge ou (ii) dos parentes até o 2º grau ou (iii) de corporações religiosas ou civis responsáveis pelo destino das partes do cadáver.

A referida Lei determinava que, para dar início a qualquer retirada de órgãos, seria imprescindível a prova definitiva e absoluta da morte atestada pelo diretor do hospital onde ocorreu o falecimento. Além disso, limitava-se a doação a apenas uma extirpação em cada cadáver: desta forma, seria possível apenas a doação de um órgão por pessoa.

Após o crescimento do número de doação de órgãos no país, foi publicada a **Lei nº 5.479/1968**. Logo de início esta norma trazia uma inovação em relação à Lei anterior, ao permitir a doação de “uma ou várias partes do corpo *post mortem*”.

A prova absoluta da morte continuou a ser requisito imprescindível para autorizar a retirada dos órgãos. A permissão para doação poderia ser dada por: (i) manifestação expressa da vontade do disponente (somada à autorização do diretor da instituição onde ocorreu o falecimento); (ii) no caso de analfabetos ou relativamente incapazes, manifestação da vontade através de instrumento público (somada à autorização do diretor da instituição onde ocorreu o falecimento); (iii) autorização escrita do cônjuge, e sucessivamente de descendentes, ascendentes e colaterais ou das corporações religiosas ou civis responsáveis pelo destino dos despojos (somada à autorização do diretor da instituição onde ocorreu o falecimento); e (iv) na falta de responsáveis pelo cadáver, autorização do diretor da instituição onde ocorreu a morte.

A Constituição Federal de 1988 trouxe a previsão de que uma lei ordinária disporia sobre as condições e requisitos para a remoção de órgãos e tecidos humanos para fins de transplante, sendo vedada qualquer comercialização².

Assim, surgiu a **Lei nº 8.489/1992** para regulamentar o supracitado dispositivo constitucional. Assim como a Lei anterior, permitia-se a disposição gratuita de uma ou várias partes do corpo *post mortem* para fins terapêuticos, mas adicionalmente a disposição para fins científicos.

A retirada dos órgãos deveria ser precedida de prova incontestável da morte encefálica, atestada por dois médicos não integrantes da equipe de retirada e de transplante. Em razão de grande polêmica ao redor do tema “morte encefálica” – pelo fato de outras condições de morte permitirem de imediato a retirada de órgãos e tecidos –, tal dispositivo foi vetado da lei com justificativa de ser contrário ao interesse público.

A permissão para doação poderia ser dada pelo desejo expresso do disponente, manifestado em vida, através de documento pessoal ou oficial. No caso de não haver tal documento, a doação ocorreria, desde que não houvesse manifestação em contrário por parte do cônjuge, de ascendente ou descendente.

1.2. Regulamentação atual

A **Lei nº 9.434/1997** é a que regula atualmente os diversos assuntos acerca da doação de órgãos e transplantes no nosso país. Permite a doação de tecidos, órgãos e partes do corpo humano (excluídos o sangue, o espermatozoide e o óvulo) para fins de transplante e tratamento. A realização dos transplantes só pode ser feita por estabelecimentos de saúde e por equipes médico-cirúrgicas de remoção e transplante previamente autorizados pelo órgão de gestão nacional do Sistema Único de Saúde (SUS).

A retirada *post mortem* dos tecidos, órgãos ou partes do corpo humano para doação deve ser precedida de prova da morte encefálica, constatada e registrada por

² Art. 199 da Constituição Federal: [...]

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante (sendo admitida a presença de médico de confiança da família do falecido).

Sobre a morte encefálica, a Resolução nº 1.480/1997 do Conselho Federal de Medicina determina que esta consiste na “parada total e irreversível das funções encefálicas”.

Resolução CFM nº 1.480/97

CONSIDERANDO que a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a retirada de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, determina em seu artigo 3º que compete ao Conselho Federal de Medicina definir os critérios para diagnóstico de morte encefálica;

CONSIDERANDO que a parada total e irreversível das funções encefálicas equivale à morte, conforme critérios já bem estabelecidos pela comunidade científica mundial.

A grande polêmica da Lei nº 9.434/1997 gira ao redor do seu artigo 4º. A redação original da Lei previa que:

[REDAÇÃO ORIGINAL]

Art. 4º da Lei 9.434/97 Salvo manifestação de vontade em contrário, nos termos desta Lei, presume-se autorizada a doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, para finalidade de transplantes ou terapêutica post mortem.

Desta maneira, de acordo com a redação original da Lei, os órgãos seriam doados (i) se a pessoa manifestasse, em algum documento oficial (carteira de identidade ou CNH), sua vontade de ser doadora; ou (ii) se a pessoa não manifestasse de forma expressa que não tinha a intenção de ser doadora.

Este consentimento presumido foi altamente criticado, tendo sido inclusive questionada a constitucionalidade do dispositivo por afronta à indisponibilidade dos direitos da personalidade.

Diante do descontentamento social com o consentimento presumido para a doação de órgãos, foi apresentada em 2001 a **Medida Provisória nº 2.083-32**, que alterou a redação do art. 4º da Lei nº 9.434/1997 para constar que a retirada de órgãos e tecidos e partes do corpo de pessoas falecidas “dependerá da autorização de qualquer um de seus parentes maiores, na linha reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, ou do cônjuge, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte”.

Tal medida provisória foi convertida em lei (**Lei nº 10.211/2001**), com a pequena alteração de que a autorização será “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”, restando inválidas as manifestações de vontade do falecido sobre o tema nos documentos oficiais.

Art. 2º da Lei 10.211/01 As manifestações de vontade relativas à retirada "post mortem" de tecidos, órgãos e partes, constantes da Carteira de Identidade Civil e da Carteira Nacional de Habilitação, perdem sua validade a partir de 22 de dezembro de 2000.

Isto posto, atualmente no Brasil quem tem a palavra final sobre a doação de órgãos, tecidos ou partes do corpo humano para transplantes ou outros fins terapêuticos é a família do *de cuius*.

[REDAÇÃO ATUAL]

Art. 4º da Lei 9.434/97 A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da 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.

Para os casos de pessoas juridicamente incapazes, a doação de órgãos dependerá de autorização expressa por ambos os pais ou por seus responsáveis legais. Quanto às pessoas que não possam ser identificadas por algum motivo, fica vedada a remoção de órgãos, tecidos ou partes do corpo.

	OBJETO E FINALIDADE DA DOAÇÃO	AUTORIZAÇÃO DA DOAÇÃO	PROVA DA MORTE
Lei nº 4.280/63	Extirpação de partes do cadáver, autorizada apenas a doação de um órgão por pessoa	Autorização escrita do falecido ou a não oposição por parte do cônjuge, dos parentes até o 2º grau ou de corporações religiosas ou civis responsáveis pelo destino das partes do cadáver	Prova definitiva e absoluta da morte, atestada pelo diretor do hospital onde ocorreu o falecimento
Lei nº 5.479/68	Disposição gratuita de uma ou várias partes do corpo para fins terapêuticos	Manifestação expressa da vontade do disponente <u>ou</u> autorização escrita do cônjuge, e sucessivamente de descendentes, ascendentes e colaterais <u>ou</u> das corporações religiosas ou civis responsáveis pelo destino dos despojos, todas estas hipóteses somadas à autorização do diretor da instituição onde ocorreu o falecimento	Prova absoluta da morte
Lei nº 8.489/92	Disposição gratuita de uma ou várias partes do corpo para fins terapêuticos e científicos	Desejo expresso do disponente, manifestado em vida, através de documento pessoal ou oficial <u>ou</u> a não manifestação em contrário por parte do cônjuge, ascendente ou descendente	Prova incontestável da morte encefálica, atestada por dois médicos não integrantes da equipe da retirada e de transplante (vetado em razão da polêmica ao redor da morte encefálica)
Lei nº 9.434/97	Doação de tecidos, órgãos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento	Autorizada a doação, salvo manifestação em contrário	Prova da morte encefálica, constatada e registrada por 2 médicos não participantes das equipes de remoção e transplante
MP 2.083-32/01	N/A	Autorização de qualquer um de seus parentes maiores, na linha reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, ou do cônjuge, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte	N/A
Lei nº 10.211/01	N/A	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	N/A

Quadro 1: Comparação entre as diferentes legislações sobre a doação de órgãos no Brasil, levando-se em conta seus principais elementos.

1.3. Projeto de lei em tramitação

Em maio de 2019, foi apresentado no Senado Federal o **Projeto de Lei nº 3.176**. Tal Projeto, dentre outras disposições, altera a Lei nº 9.434/1997 para tornar novamente presumida a doação de tecidos, órgãos e partes do corpo humano. A redação do tão polêmico art. 4º da Lei nº 9.434/1997 passaria a ser a seguinte:

[REDAÇÃO NO PROJETO DE LEI Nº 3.176/2019]

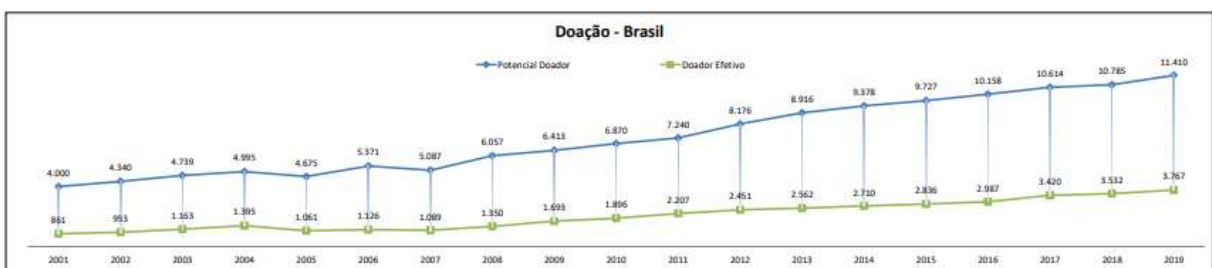
Art. 4º da Lei 9.434/97 Fica presumida a autorização para doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, de pessoas maiores de 16 (dezesesseis) anos, para finalidade de transplantes ou terapêutica post mortem, salvo manifestação de vontade em contrário, nos termos desta Lei.

De acordo com este Projeto, a vontade de uma pessoa em não ser doadora de órgãos seria manifestada em documento público de identidade e os órgãos emissores destes documentos comunicariam ao Sistema Nacional de Transplantes a situação de doador ou não. Antes da realização de transplantes, os dados deste Sistema deveriam ser checados para verificar eventual manifestação em contrário.

A justificativa apresentada pelo autor do PL nº 3.176/2019 foi a de que, com a evolução científica, há cada vez uma demanda maior por doadores de órgãos e tecidos. No entanto, a legislação atual – ao determinar que é a família quem decidirá se haverá ou não a doação – não tem se mostrado tão eficaz quanto o esperado, muitas vezes por falta de informações ou de mecanismos que facilitem a manifestação de vontade do falecido.

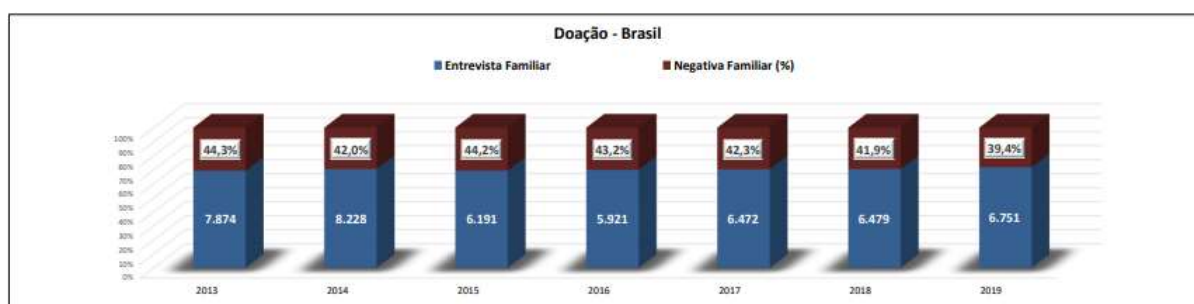
Observando as estatísticas do Sistema Nacional de Transplantes publicadas pelo Ministério da Saúde, há grande discrepância entre o número dos potenciais doadores e o número de doadores efetivos, muitas vezes em razão da negatória dos familiares.

Em 2019, por exemplo, cerca de apenas 33% dos potenciais doadores efetivamente tiveram seus órgãos doados no Brasil.



Quadro 2: Número de potenciais doadores *versus* o número de doadores efetivos no Brasil. <<https://www.saude.gov.br/saude-de-a-z/doacao-de-orgaos/#estatisticas>>.

No mesmo ano, aproximadamente 40% das entrevistas familiares realizadas tiveram como resultado a não-autorização da família para doar os órgãos do seu parente falecido. Dentre as justificativas, há a opção religiosa e o desconhecimento da vontade do *de cuius* (algo que poderia facilmente ser mudado se as campanhas de doação tivessem, desde o início, instruído as pessoas a comunicarem às suas famílias sua opção).



Quadro 3: Estatísticas das negativas familiares em relação à doação de órgãos no Brasil. <<https://www.saude.gov.br/saude-de-a-z/doacao-de-orgaos/#estatisticas>>.

O Projeto de Lei ora analisado seria uma possível forma de contribuir com o aumento dos índices de doadores efetivos no nosso país, o que consequentemente salvaria as vidas de milhares de pessoas que estão há anos esperando por um transplante. Atualmente, o PL nº 3.176/2019 – já distribuído ao Relator na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – aguarda a emissão de relatório (desde dezembro de 2019).

2. O CONSENTIMENTO PARA A DOAÇÃO DE ÓRGÃOS

A palavra “consentimento” vem do latim “*consensus*”, que significa acordo ou juízo unânime. O dicionário define consentimento como “manifestação favorável a que alguém faça algo; permissão, licença” e ainda como “tolerância, condescendência”.

Para que um consentimento seja considerado juridicamente válido, é necessário que estejam presentes dois fatores: a capacidade da pessoa em consentir e a liberdade no momento do consentimento.

Primeiramente, quanto à capacidade para consentir, devemos nos lembrar que há diferença entre a capacidade de direito, a capacidade de fato e a capacidade plena. A primeira é comum a todas as pessoas, vigorando até a morte. A segunda

relaciona-se com a aptidão para ser titular de uma relação jurídica, praticando atos da vida civil. Por sua vez, a última é a soma da capacidade de direito e da capacidade de fato, resultando na aptidão para exercer atos jurídicos (após os 18 anos completos, nos termos do art. 5º do Código Civil Brasileiro³).

Já a liberdade para consentir é expressão da autonomia da pessoa. Qualquer restrição a esta liberdade nos leva aos chamados vícios de consentimento (tais como o erro, o dolo e a coação), que resultam, de acordo com o Capítulo IV do Código Civil Brasileiro, na anulação do negócio jurídico celebrado.

Uma interessante visão sobre o consentimento está disposta no chamado “Código de Nuremberg”, desfecho do julgamento – pelo Tribunal de Nuremberg – das pessoas que atuaram nos campos de concentração da Segunda Guerra Mundial realizando experimentos:

1. O consentimento voluntário do ser humano é absolutamente essencial. Isso significa que as pessoas que serão submetidas ao experimento devem ser legalmente capazes de dar consentimento; essas pessoas devem exercer o livre direito de escolha sem qualquer intervenção de elementos de força, fraude, mentira, coação, astúcia ou outra forma de restrição posterior; devem ter conhecimento suficiente do assunto em estudo para tomarem uma decisão. Esse último aspecto exige que sejam explicados às pessoas a natureza, a duração e o propósito do experimento; os métodos segundo os quais será conduzido; as inconveniências e os riscos esperados; os efeitos sobre a saúde ou sobre a pessoa do participante, que eventualmente possam ocorrer, devido à sua participação no experimento. [...]

Esta ideia de consentimento informado visa dar à pessoa todos os elementos necessários para que ela, com base nas suas crenças e determinações, decida o que melhor respeitará sua vontade.

Podemos classificar ainda o consentimento em três outras espécies: o explícito, o presumido e o por representação. No contexto da doação de órgãos, temos o consentimento presumido e o consentimento por representação (concretizado na

³ Art. 5º do Código Civil Brasileiro: A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezoito anos completos;

II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;

V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezoito anos completos tenha economia própria.

manifestação de vontade familiar). Países como a Áustria, a Bélgica, a Croácia, a Espanha, a França, a Holanda, a Noruega e Portugal adotam hoje o consentimento presumido. Cada um destes países tem, porém, seus procedimentos específicos para a doação: na Espanha e na Holanda, por exemplo, é necessário consultar a família do falecido antes da doação para que estes deem o seu consentimento (o que, de certa forma, tira a validade do consentimento presumido).

2.1. No Brasil

Inicialmente, durante os anos de 1997 a 2001 – período em que vigorou a redação original da Lei nº 9.434/1997 –, adotávamos no Brasil o consentimento presumido para a doação de órgãos: não havendo manifestação em contrário, estaria autorizada a doação.

Por entender que esta forma de consentimento acabaria levando a uma doação de órgãos compulsória, a Lei foi alterada para constar que é necessário o consentimento familiar para a doação de órgãos, tecidos e partes do corpo do falecido: assim, ainda que a pessoa tenha se declarado em vida como doadora de órgãos, sua família pode decidir de forma diversa.

Como visto anteriormente, é necessária autorização dos responsáveis legais para a doação quando se tratar de pessoas juridicamente incapazes e pessoas que não possam ser identificadas não podem ter seus órgãos, tecidos ou partes do corpo removidas, em respeito à necessidade de capacidade plena e de liberdade para consentir (em concordância com os preceitos do nosso Código Civil).

2.2. Na Espanha

A Espanha ocupa há mais de 20 anos o primeiro lugar no ranking mundial de doação de órgãos. Adota-se o consentimento presumido, estando autorizada a doação desde que não haja manifestação do falecido em sentido contrário, conforme dispõe a Ley nº 30/1979⁴.

Apesar da previsão legal de consentimento presumido, a ONT (Organización Nacional de Transplantes) determinou que a família do *de cuius* será consultada para

⁴ Artículo quinto da Ley nº 30/1979: [...]

Dos. La extracción de órganos u otras piezas anatómicas de fallecidos podrá realizarse con fines terapéuticos o científicos, en el caso de que éstos no hubieran dejado constancia expresa de su oposición.

dar o seu próprio consentimento sobre a doação, que, portanto, prosperará apenas se os familiares não se opuserem à vontade do falecido de doar seus órgãos. Caso contrário, não há que se falar em doação. Com isso, o consentimento dado pelo falecido ainda em vida fica condicionado à vontade de sua família.

Ainda assim, os números de doações na Espanha se mostram muito maiores que os números de doações no Brasil, talvez porque o modelo espanhol é muito melhor estruturado, com a figura do chamado “coordenador do transplante”, profissionais constantemente treinados e capacitados para fazer as entrevistas familiares e a disponibilização de diversos meios informativos sobre o processo de doação e transplante.

2.3. Na Holanda

A Holanda aprovou em 2018 uma lei que tornou automaticamente todos os maiores de 18 anos do país como doadores de órgãos, a não ser que expressamente manifestem sua vontade em contrário. A família também tem a última palavra, a não ser que o falecido em vida tenha declarado que não queria ser doador.

2.4. Em Portugal

Inicialmente, Portugal adotava o chamado consentimento informado: caso fosse a sua vontade, a pessoa deveria deixar expresso – por escrito – seu consentimento para a doação de seus órgãos *post mortem*. No entanto, notou-se que o número de doações era baixo, muito influenciado pelo fato de as pessoas não terem a iniciativa de expressar sua vontade em doar.

Assim surgiu a Lei nº 12/93⁵, que atualmente disciplina a doação de órgãos no país e traz o consentimento presumido. Aqueles que não querem ser doadores de órgãos devem se cadastrar no Registro Nacional de Não Dadores. Se não estiverem cadastrados, os órgãos serão doados (não havendo aqui nenhuma influência da família na decisão, diferentemente do que ocorre na Espanha e na Holanda).

⁵ Art. 10 da Lei nº 12/93: São considerados como potenciais doadores post mortem todos os cidadãos nacionais e os apátridas e estrangeiros residentes em Portugal que não tenham manifestado junto do Ministério da Saúde a sua qualidade de não doadores.

O art. 16 da lei portuguesa sobre a doação de órgãos prevê ainda que quem infringir alguma de suas disposições será responsabilizado civil, penal e disciplinarmente⁶.

3. AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

As diretivas antecipadas de vontade classificam-se como um negócio jurídico unilateral e têm força vinculante. Podem ser definidas como o instrumento jurídico utilizado para fazer com que o consentimento do paciente seja efetivado em momentos em que ele não consiga exprimir sua vontade (por estar inconsciente ou acometido por doença grave, por exemplo).

Nesse sentido, dizem Carlos Eduardo Nicoletti Camillo e Willis Santiago Guerra Filho:

O testamento vital consiste numa declaração de vontade, por meio da qual o interessado e juridicamente capaz declara quais tipos de tratamentos médicos aceita ou rejeita, o que deve ser obedecido nos casos futuros ou iminentes em que acaso venha a se encontrar em situação que o impossibilite de manifestar livremente sua vontade [...]⁷.

No Brasil, não há uma lei sobre as diretivas antecipadas de vontade. A regulamentação do tema atualmente fica a cargo da Resolução nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina, que busca disciplinar a conduta dos médicos perante tais documentos.

Não há uma forma definida de como tais diretivas devem ser feitas: o importante é que possam ser comprovadas. Quando forem manifestadas apenas de forma verbal pelo paciente, devem ser registradas no seu prontuário. Na ausência de maior regulamentação, o Enunciado 37 da I, II e III Jornadas de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça traz a seguinte orientação:

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

⁶ Art. 16 da Lei nº 12/93: Os infractores das disposições desta lei incorrem em responsabilidade civil, penal e disciplinar, nos termos gerais de direito.

⁷ CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti; FILHO, Willis Santiago Guerra. "Novas Fronteiras da Autonomia da Vontade: Ensaio sobre os fundamentos do testamento vital no direito brasileiro". Em: SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva; NETO, José Francisco Siqueira. 60 Desafios do Direito: Direito na Sociedade Contemporânea. Volume 1. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013, p. 4.

O Código Civil exige que, para que os negócios jurídicos sejam válidos, estes sejam firmados por agentes capazes, versem sobre objeto lícito, possível, determinado ou determinável e tenham forma que respeite a lei (ou não a contrarie)⁸. O art. 107 do mesmo diploma legal⁹ prevê que, a não ser que a lei expressamente assim o exija, a validade da declaração da vontade não dependerá de nenhuma forma especial. Portanto, o fato de não haver previsão legal sobre a forma das diretivas antecipadas de vontade não afasta sua validade, uma vez que não há lei que impeça sua elaboração.

Tratando-se de um negócio jurídico unilateral, não há que se falar em anuência – por parte de quem quer que seja – do que está nesse instrumento disposto. Ressalta-se, porém, que os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica não podem ser contrariados, na forma do art. 2º, parágrafo 2º da Resolução¹⁰.

Luciana Dadalto, Unai Tupinambás e Dirceu Bartolomeu Greco tratam sobre a figura do “procurador para cuidados de saúde no fim de vida”:

[...] a feitura de uma diretiva DAV aumenta a certeza de que a vontade do paciente será atendida, vez que o procurador poderá decidir pelo paciente quanto o testamento vital for omissivo e, mais, poderá auxiliar a equipe médica quando a família se colocar contra a vontade manifesta no testamento vital¹¹.

Este procurador seria o responsável por efetivar que a vontade do paciente – expressa em suas diretivas antecipadas de vontade – seja respeitada tanto pelos médicos quanto pelos familiares.

Pensando especificamente dentro do contexto da doação de órgãos, as peças parecem se encaixar: a doação é um negócio jurídico gratuito – portanto, sem caráter patrimonial (o que exigiria o testamento civil e não o vital) – e que tem como finalidade um ato altruísta de salvar as vidas de milhares de pessoas que aguardam por transplantes ao redor do mundo. Já as diretivas antecipadas de vontade visam tratar de procedimentos médicos aos quais uma pessoa quer ou não ser submetida ao final

⁸ Art. 104 do Código Civil Brasileiro: A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

⁹ Art. 107 do Código Civil Brasileiro: A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

¹⁰ Art. 2º da Resolução 1.995/2012 do CFM: [...]

§ 2º O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica.

¹¹ DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. “Diretivas Antecipadas de Vontade: Um Modelo Brasileiro”. Em. Rev. Bioét. (Impr.). 2013, p. 468.

da sua vida, pensando em garantir a ela o tão aclamado princípio da dignidade da pessoa humana não apenas em vida, mas também no leito de morte.

Entende-se, assim, que por ser a doação de órgãos *post mortem* um procedimento médico que será realizado em um momento em que a pessoa não possa expressar seu desejo, seria plausível utilizar o testamento vital para registrar o seu consentimento ou não para tanto.

Em uma combinação do art. 2º, *caput* e do parágrafo 3º deste mesmo dispositivo da Resolução do CFM¹², encontramos um ponto a ser analisado: determina-se que o médico levará em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente quando este se encontrar incapaz de se comunicar ou de livre e independentemente expressar sua vontade, ressaltando-se que tais diretivas prevalecerão sobre qualquer parecer não médico, inclusive sobre a vontade dos familiares.

Ora, se a vontade pela doação de órgãos pode ser abordada no testamento vital e este prevalecerá sobre a vontade dos familiares, não estaria a atual disposição da Lei de Doação de Órgãos dificultando as doações ao vinculá-las à vontade de outrem que não o falecido? É o que veremos a seguir.

4. O CONFLITO ENTRE A LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA E A RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Antes de verificarmos as implicações desse conflito em um cenário de doação de órgãos, analisaremos duas grandes discussões sobre o tema: (i) a suposta invalidade das diretivas antecipadas de vontade por não se encontrarem dispostas em lei federal; e (ii) a alegação de inconstitucionalidade da Resolução nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina.

4.1. Hierarquia entre as espécies normativas

Em uma primeira análise, pensar em um conflito entre o que está disposto em uma Lei Ordinária Federal e entre o que prevê uma Resolução do Conselho Federal

¹² Art. 2º da Resolução 1.995/2012 do CFM: Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade.

§ 3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares.

de Medicina (instrumento infralegal) pode nos levar erroneamente à conclusão de que prevalecerá o que diz a lei.

No entanto, no presente caso, devemos lembrar que a validade das diretivas antecipadas de vontade não é retirada da Resolução nº 1.995/2012: esta norma visa apenas dar regulamentação ao tema, mas a razão de ser do testamento vital se encontra na própria Constituição Federal (quando pensamos na dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil) e no nosso Código Civil.

O fundamento das diretivas antecipadas de vontade está no art. 14 do Código Civil Brasileiro¹³ (lei ordinária), em que se prevê que a disposição gratuita do próprio corpo após a morte – seja com objetivos científicos ou altruísticos – é válida e que este ato de disposição pode ser revogado a qualquer tempo.

Desta maneira, perde seu embasamento a alegação de que a vontade de uma pessoa por doar seus órgãos, quando expressa em um testamento vital, não teria validade pelo simples fato de este não encontrar sua fundamentação em lei federal.

4.2. Constitucionalidade da Resolução nº 1.995/2012

Sanada essa discussão sobre a hierarquia entre espécies normativas, resta ainda destacar que em 2013 levantou-se um questionamento sobre a constitucionalidade da Resolução nº 1.995/2012.

Em Ação Civil Pública proposta em face do Conselho Federal de Medicina, o Ministério Público Federal alegou que a Resolução nº 1.995/2012 teria extrapolado os poderes conferidos ao CFM pela Lei nº 3.268/1957 (que dispõe sobre os Conselhos de Medicina), ao tratar de tema que repercute nos direitos da personalidade e na esfera familiar e social. Ademais, sustentou que é competência privativa da União Federal legislar sobre direito civil e sobre condições para o exercício de profissões, na forma dos incisos I e XVI do art. 22 da Constituição¹⁴.

¹³ Art. 14 do Código Civil Brasileiro: 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.

¹⁴ Art. 22 da Constituição Federal: Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

[...]

XVI - organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões.

Ainda foi destacado pelo MPF que a Resolução do CFM teria se omitido em pontos essenciais, como a exigência de capacidade civil do paciente, o limite temporal de validade das diretivas antecipadas de vontade e suas formas de revogação, violando a segurança jurídica. Por fim, alegou-se que iria contra o art. 226, *caput* da Constituição¹⁵ não permitir a influência da família na formação de vontade.

Com esses argumentos, o MPF pretendia a suspensão da aplicação da Resolução nº 1.995/2012 do CFM em todo o território nacional e o reconhecimento da sua inconstitucionalidade e ilegalidade.

Em sua contestação, o Conselho Federal de Medicina, dentre outros argumentos, sustentou que as diretivas antecipadas de vontade se fundamentam na dignidade da pessoa humana e têm como objetivo o respeito à autonomia do paciente. A Resolução visaria apenas informar aos médicos que a conduta ética esperada deles exigiria o respeito aos desejos e vontades previamente expressados pelo paciente quanto aos tratamentos a que deseja ou não se submeter.

Em que pese a alegação de contrariar o art. 226, *caput* da Constituição, o CFM apontou que, na ausência das diretivas, a família será consultada antes que seja tomada qualquer decisão.

Na sentença proferida pelo juiz federal, foi fixado o entendimento de que a Resolução é sim constitucional. Senão vejamos:

É de todo desejável que tal questão venha a ser tratada pelo legislador, inclusive de forma a fixar requisitos atinentes a capacidade para fazer a declaração, sua forma, modo de revogação e eficácia.

Todavia, dado o vazio legislativo, as diretivas antecipadas de vontade do paciente não encontram vedação no ordenamento jurídico. E o Conselho Federal de Medicina não extrapolou os poderes normativos outorgados pela Lei nº 3.268/57.

A Resolução CFM nº 1995/2012 apenas regulamenta a conduta médica perante a situação fática de o paciente externar a sua vontade quanto aos cuidados e tratamentos médicos que deseja receber ou não, na hipótese de se encontrar sem possibilidade de exprimir sua vontade.

Portanto, o entendimento atual é o de que as diretivas antecipadas de vontade são sim válidas e que não há inconstitucionalidade na Resolução nº 1.995/2012 do CFM. Assim, cai por terra mais um dos argumentos contrários à observância do testamento vital que trate da doação de órgãos.

¹⁵ Art. 226 da Constituição Federal: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

4.3. Projeto de lei ordinária federal regulamentando as diretivas antecipadas de vontade

Aos que ainda sentem falta de maior segurança jurídica para o tema, cabe aqui destacar que está em tramitação o **Projeto de Lei nº 149/2018**. Apresentado ao Senado Federal, o Projeto conta com 10 artigos que trazem, dentre outras disposições, definições e determinações sobre a forma de constituir, modificar e revogar as diretivas antecipadas de vontade¹⁶.

Pela redação original do Projeto, exigir-se-á escritura pública lavrada em Cartório para que as declarações das diretivas sejam reconhecidas pelos médicos e demais profissionais da saúde. Desde que respeitada essa forma, não apenas os médicos, mas também os familiares, responsáveis legais e o representante do declarante deverão obrigatoriamente respeitar a vontade expressa neste documento.

Em sua justificativa, o autor do Projeto destacou a necessidade de suprir a lacuna legal sobre as diretivas antecipadas de vontade, definidas por ele como

¹⁶ [REDAÇÃO ORIGINAL DO PL nº 149/2018]

Art. 2º Para os fins desta Lei, são adotadas as seguintes definições:

I – diretivas antecipadas de vontade: manifestação documentada por “escritura pública sem conteúdo financeiro” da vontade da pessoa declarante quanto a receber ou não receber determinados cuidados ou tratamentos médicos, a ser respeitada quando ela não puder expressar, livre e autonomamente, a sua vontade;

II – representante: pessoa designada pelo declarante no documento de suas diretivas antecipadas de vontade, para decidir por ele sobre os cuidados à sua saúde, nas situações em que estiver incapacitado de expressar livre e autonomamente a sua vontade;

Art. 3º Toda pessoa maior e capaz tem o direito de declarar, de forma antecipada, a sua vontade de receber ou não receber determinados tratamentos médicos em época futura, quando se vislumbra estar em condição clínica que se enquadre na situação definida no inciso III do art. 2º e não puder, em função de sua condição de saúde, expressar autonomamente a sua vontade.

§ 1º A declaração especificada no caput, para ser reconhecida pelos profissionais de saúde e pelos serviços de saúde, deverá estar expressa por meio de escritura pública sem conteúdo financeiro, lavrada em Cartório competente.

Art. 5º Desde que apresentadas em documento nos termos do § 1º do art. 3º desta Lei, as diretivas antecipadas de vontade deverão ser obrigatoriamente acatadas por profissionais de saúde e serviços de saúde, públicos ou privados, bem como por familiares, responsáveis legais e representante do declarante, naquilo em que não contrariarem as disposições desta Lei e das demais normas vigentes. Parágrafo único. É lícita aos profissionais de saúde a não observância das diretivas antecipadas de vontade nas seguintes situações, com o devido registro no prontuário do paciente:

I – quando elas estiverem em desacordo com os preceitos éticos da sua profissão;

II – em situações de urgência ou de perigo imediato para a vida do paciente, quando o acesso a elas implicar demora no atendimento e, conseqüentemente, risco para a saúde ou a vida do declarante;

III – quando elas estiverem em evidente desatualização diante do progresso dos meios terapêuticos.

Art. 6º É facultado ao declarante a designação, no documento de diretrizes antecipadas de vontade, de uma pessoa adulta e capaz como seu representante, para que tome as decisões sobre os cuidados à sua saúde, quando não o puder fazer diretamente.

Parágrafo único. O representante especificado no caput pode renunciar à função, mediante documento escrito.

“concretização do reconhecimento da autonomia dos pacientes”, visando acompanhar os avanços na área médica e respeitar a dignidade e a autonomia da pessoa.

Na deliberação pela Comissão de Assuntos Sociais – nos termos do art. 100, inciso II do Regimento Interno do Senado Federal, por versar sobre proteção e defesa da saúde –, reconheceu-se que o tema é relevante do ponto de vista ético e humano e que, por gerar grande polêmica tanto no meio médico quanto no meio jurídico, deve ser regulamentado em lei.

Como já estava em tramitação o **Projeto de Lei nº 267/2018** que versava, de forma mais abrangente, sobre o mesmo tema, o PL nº 149/2018 foi aprovado nos termos de um substitutivo¹⁷ que se embasou no conteúdo do PL nº 267/2018. De acordo com a redação do substitutivo, será exigida escritura pública ou instrumento particular (com duas testemunhas) como forma das diretivas antecipadas.

Insta destacar aqui dois pontos sobre esta redação substitutiva do PL nº 149/2018: (i) há previsão expressa pela possibilidade de o paciente manifestar-se sobre a doação de órgãos *post mortem* em seu testamento vital; e (ii) é dever do médico reportar ao Ministério Público qualquer violação à vontade do paciente, quem quer que seja o autor desta violação.

O PL nº 149/2018 está aguardando, desde setembro de 2020, a designação de relator.

¹⁷ [REDAÇÃO DO SUBSTITUTIVO DO PL nº 149/2018]

Art. 1º Toda pessoa civilmente capaz tem o direito de, livre e conscientemente, manifestar sua vontade documentada acerca dos cuidados, tratamentos e procedimentos de saúde aos quais deseja ou não se submeter, e que terão validade apenas nas seguintes situações, atestadas por dois médicos diferentes:

I - doença terminal;

II - doenças crônicas e/ou neurodegenerativas em fase avançada;

III - estado vegetativo persistente.

§ 3º A manifestação de vontade acerca do disposto no caput deste artigo prevalecerá frente à vontade das demais pessoas envolvidas nos cuidados, inclusive familiares e equipe de saúde.

Art. 3º [...]

§ 2º O declarante, em suas diretivas antecipadas de vontade, poderá:

I - manifestar-se acerca da doação de órgãos *post mortem*, com caráter vinculante.

Art. 4º Os documentos previstos no art. 1º podem ser feitos por escritura pública ou por instrumento particular, caso em que deverá ter duas testemunhas.

Art. 6º São deveres dos profissionais de saúde:

I - obedecer a vontade do paciente manifestada em suas diretivas antecipadas de vontade, quando as conhecer;

[...]

V - reportar ao Ministério Público qualquer violação à vontade do paciente, seja ela resultante da família, do procurador, de seus colegas ou da instituição hospitalar.

4.4. Implicações do conflito entre a lei ordinária e a Resolução em um cenário de doação de órgãos

Sabemos que o grande conflito entre a Lei nº 9.434/1997 e a Resolução nº 1.995/2012 do CFM gira em torno da necessidade de consentimento familiar para a doação de órgãos: enquanto a lei ordinária exige tal consentimento, a Resolução prevê que este pode ser desconsiderado (caso o falecido tenha deixado expresso em suas diretivas antecipadas de vontade sua opção pela doação).

Já vimos que a validade das previsões desta Resolução foi questionada em mais de um aspecto, sendo um tema controverso e que ainda gera aos médicos certo desconforto. O fato de não haver lei expressamente regulamentando as diretivas antecipadas de vontade, tampouco a possibilidade de estas abordarem a questão da doação de órgãos, gera insegurança.

Esse cenário de insegurança reflete nos números das doações de órgãos no nosso país: conforme já analisado, há enorme discrepância entre o número daqueles que poderiam vir a doar e o número de efetivos doadores. Grande parte dessa divergência de números se dá em razão da negatória dos familiares em seguirem com a doação de órgãos do parente falecido.

Se a pessoa de alguma forma já expressou seu desejo em doar, parece até lógico seguir com a doação: se o corpo é meu, por que outra pessoa poderia escolher o que será dele? A manifestação de vontade sobre a disposição do próprio corpo é direito personalíssimo, não podendo depender da vontade da família.

Quando a Resolução do CFM prevê que as diretivas antecipadas de vontade devem prevalecer inclusive sobre a vontade dos familiares, um dos seus objetivos é evitar interferências desnecessárias e preservar a autonomia da vontade daquele que, por algum motivo, não pode no momento falar por si.

Fica evidente, portanto, que a nossa atual redação da Lei de Doação de Órgãos cria um solo infértil para o aumento do número de transplantes no nosso país, uma vez que submete a mais de uma pessoa o consentimento para doar ou não.

Este, porém, não é o único fator para termos números ainda baixos: se as diretivas antecipadas de vontade fossem mais amplamente divulgadas e legalmente regulamentadas, provavelmente teríamos mais pessoas aderindo aos testamentos

vitais (e neles expondo sua vontade por doar ou não seus órgãos) e mais pessoas respeitando as previsões de tais instrumentos.

5. A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DOS FAMILIARES PELO DESRESPEITO ÀS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

Como citado anteriormente, o Ministério Público questionou a constitucionalidade da Resolução nº 1.995/2012 do CFM, tendo na época apontado como um dos motivos de incompatibilidade com a Constituição o fato desta retirar a influência da família na formação de vontade do paciente. A resposta do CFM foi a de que a família teria a oportunidade de se manifestar quando o paciente não tivesse deixado diretivas antecipadas de vontade.

Isso porque, se a vontade da pessoa já está expressa em um documento válido e vinculante, não há que se falar em qualquer questionamento ou complementação por quem quer que seja. Submeter a já manifestada vontade de alguém ao aval da sua família iria contra a autonomia deste manifestante.

Nossa legislação atual sobre a doação de órgãos, porém, abre margem para a relativização da vontade do falecido ainda que esta esteja expressa em diretiva antecipada de vontade. Quando tal relativização é feita pelos próprios familiares, poderíamos falar em alguma responsabilização?

Há quem defenda que o desrespeito às diretivas antecipadas de vontade poderia ser visto como uma hipótese de indignidade, na forma do art. 1.814 do Código Civil¹⁸, levando à exclusão da sucessão. Apesar de não haver previsão expressa para tanto no referido dispositivo, o atual entendimento do STJ é o de que o rol dos arts. 557 e 1.814 deste diploma legal são meramente exemplificativos, e não taxativos. É o que prevê o Enunciado 33 da I Jornada de Direito Civil:

O novo Código Civil estabeleceu um novo sistema para a revogação da doação por ingratidão, pois o rol legal previsto no art. 557 deixou de ser taxativo, admitindo, excepcionalmente, outras hipóteses.

¹⁸ Art. 1.814 do Código Civil Brasileiro: São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:
I - que houverem sido autores, coautores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;
II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;
III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

Nada impede, portanto, que a não-observância das diretivas antecipadas de vontade sejam uma dessas hipóteses.

Uma coisa é desconhecer a vontade do falecido sobre o tema e optar por não autorizar a doação. Outra é, sabendo da sua vontade expressa em instrumento legal e vinculante, propositalmente a contrariar. Neste sentido, diz Diogo Leonardo Machado de Melo:

[...] temos defendido que qualquer oposição às diretivas antecipadas emitidas pelo paciente é passível de controle jurisdicional pelo representante da saúde sendo, inclusive, passível de responsabilização civil em caso de desrespeito ao seu teor, eis que violadoras dos direitos de personalidade do paciente, um bem juridicamente tutelado, portanto¹⁹.

Nos casos mais graves das “indignidades” – em que há atentado contra a vida do cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente –, é o Ministério Público o legitimado a demandar a exclusão do herdeiro ou legatário²⁰ (que apenas se efetivará em sentença). A legitimação do *Parquet* se dá em razão da proteção constitucional conferida à família no art. 226.

Para o caso de descumprimento das diretivas antecipadas de vontade, entende-se que o procurador da saúde – nomeado pelo paciente – é quem seria legitimado a buscar judicialmente a responsabilização daqueles que desrespeitem a vontade do falecido (inclusive dos seus familiares).

Se as diretivas antecipadas de vontade são um instrumento vinculante, sua não-observância não pode ser ignorada: deve haver sim responsabilização, sob pena de que a expressão da vontade perca sua validade.

¹⁹ DE MELO, Diogo Leonardo Machado. “Doação de Órgãos e o Prestígio ao Exercício de Autonomia do Doador: Pouca Luz e Muita Sombra”. Em: CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti; DA SILVA, Paulo Fraga; DA ROCHA, Renata; CAMPATO, Roger Fernandes. Biodireito, Bioética e Filosofia em Debate. Almedina, 2020, p. 239.

²⁰ Art. 1.815 do Código Civil Brasileiro: A exclusão do herdeiro ou legatário, em qualquer desses casos de indignidade, será declarada por sentença.

§2º Na hipótese do inciso I do art. 1.814, o Ministério Público tem legitimidade para demandar a exclusão do herdeiro ou legatário.

CONCLUSÃO

A atual redação da Lei nº 9.434/1997, ao dar maior valor à vontade dos familiares do que à vontade da própria pessoa, se mostra regressista. É evidente a necessidade de revisitarmos a Lei de Doação de Órgãos, de maneira a assegurar a autonomia da vontade de cada um. Não faz sentido delegar a outrem a decisão sobre o que será do corpo de uma pessoa que tem capacidade plena para consentir.

Ao mesmo tempo, a falta de regulamentação específica sobre as diretivas antecipadas de vontade impede que este instrumento alcance papel mais significativo na sociedade. Parte disso se dá porque é desencorajador saber que há o risco de ter uma decisão sobre o seu próprio corpo negligenciada, ainda que esta esteja expressa em um documento jurídico válido e vinculante.

Tendo as diretivas antecipadas de vontade o condão de efetivar a autonomia do paciente, é de extrema importância que recebam a devida atenção do legislador. No contexto da doação de órgãos, o respeito a esta autonomia poderia elevar o índice de doações no nosso país, salvando vidas.

Os Projetos de Lei aqui analisados revelam certa evolução no olhar de alguns membros do Poder Legislativo sobre este tema, mas, infelizmente, enquanto apenas seguem em tramitação, estamos longe do ideal: uma legislação que dê a todos a segurança de que teremos nossa dignidade, autonomia e vontade respeitadas mesmo após a morte.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 4.280, de 1963. Dispõe sobre a extirpação de órgão ou tecido de pessoa falecida. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4280.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2020.

_____. Lei nº 5.479, de 10 de agosto de 1968. Dispõe sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes de cadáver para finalidade terapêutica e científica, e dá outras providências. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5479.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2020.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2020.

_____. Lei nº 8.489, de 18 de novembro de 1992. Dispõe sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, com fins terapêuticos e científicos e dá outras providências. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1989_1994/L8489.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2020.

_____. Lei nº 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. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2020.

_____. Lei nº 10.211, de 23 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". Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10211.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2020.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 18 de outubro de 2020.

_____. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1.995, de 31 de agosto de 2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Brasília, DF, Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>>. Acesso em: 10 de maio de 2020.

_____. Projeto de Lei do Senado nº 149, de 2018. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade sobre tratamentos de saúde. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132773>>. Acesso em: 18 de outubro de 2020.

_____. Projeto de Lei do Senado nº 267, de 2018. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade acerca de cuidados médicos a serem submetidos os pacientes nas situações especificadas. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133458>>. Acesso em: 18 de outubro de 2020.

_____. Projeto de Lei nº 3.176, de 2019. Altera a Lei nº 9.434/97 e a Lei nº 8.072/90, para tornar presumida a doação de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, tornar hediondos os crimes que especifica, permitir campanhas para arrecadação de fundos para financiamento de transplante ou enxerto e dá outras providências. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137006>>. Acesso em: 13 de setembro de 2020.

CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti; FILHO, Willis Santiago Guerra. “*Novas Fronteiras da Autonomia da Vontade: Ensaio sobre os fundamentos do testamento vital no direito brasileiro*”. Em: SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva; NETO, José Francisco Siqueira. 60 Desafios do Direito: Direito na Sociedade Contemporânea. Volume 1. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013, ps. 1 a 13.

Código de Nuremberg. Disponível em: <

COELHO, Gustavo Henrique de Freitas; BONELLA, Alcino Eduardo. “Doação de Órgãos e Tecidos Humanos: a Transplantação na Espanha e no Brasil”. Em. Rev. Bioét. Vol. 27, nº 3. Brasília, 2019.

COSTA, Rita Pereira do Nascimento. “Aspectos jurídicos da transplantação de órgãos”. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 2017. Disponível em: <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/84267/1/Dissertac%CC%A7a%CC%83o_Rita%20Costa.pdf>. Acesso em: 24 de outubro de 2020.

DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. “Diretivas Antecipadas de Vontade: Um Modelo Brasileiro”. Em. Rev. Bioét. (Impr.). 2013, ps. 463 a 476.

DE MELO, Diogo Leonardo Machado. “Doação de Órgãos e o Prestígio ao Exercício de Autonomia do Doador: Pouca Luz e Muita Sombra”. Em: CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti; DA SILVA, Paulo Fraga; DA ROCHA, Renata; CAMPATO, Roger Fernandes. Biodireito, Bioética e Filosofia em Debate. Almedina, 2020, ps. 229 a 241.

ESPAÑA. Ley nº 30/1979, de 27 de octubre de 1979, sobre extracción y trasplante de órganos. Boletín Oficial del Estado. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/1979/BOE-A-1979-26445-consolidado.pdf>>. Acesso em: 10 de maio de 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil 3 Esquematizado: responsabilidade civil, direito de família, direito das sucessões*. 5ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, p. 1055.

PORTUGAL. Lei nº 12/93, de 22 de abril de 1993, sobre a colheita e transplante de órgãos e tecidos de origem humana. Diário da República Eletrônico. Disponível em: <<https://data.dre.pt/eli/lei/12/1993/04/22/p/dre/pt/html>>. Acesso em: 10 de maio de 2020.

SARCINELLI, Andrezza Rocha Dias; OBREGON, Marcelo Fernando Quiroga. “A Doação de Órgãos Post Mortem à Luz das Legislações Brasileira, Espanhola e Portuguesa”. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-171/a-doacao-de-orgaos-post-mortem-a-luz-das-legislacoes-brasileira-espanhola-e-portuguesa/>>. Acesso em: 10 de maio de 2020.



TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, *Karima Nicomes Juncker*

Aluno(a), regularmente matriculado(a), no Curso de Direito, na disciplina do TCC da 10ª etapa, matrícula nº *3161425*, Período *matutino*, Turma *B*,

tendo realizado o TCC com o título: *A Doação de Órgãos Post Mortem e as Diretivas Antecipadas de Vontade*
sob a orientação do(a) professor(a): *Prof. Dr. Diego Leonardo Machado de Melo*

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, *09* de *novembro* de *2020*.

Assinatura do discente