



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

NINA ALVES GUIMARÃES

**A POLÍTICA DE DOAÇÃO DE ÓRGÃOS E A (IM)POSSIBILIDADE DA
MANIFESTAÇÃO POR DIRETIVA ANTECIPADA DE VONTADE
PREVALECER SOBRE A DECISÃO DA FAMÍLIA**

Salvador

2019

NINA ALVES GUIMARÃES

**A POLÍTICA DE DOAÇÃO DE ÓRGÃOS E A (IM)POSSIBILIDADE DA
MANIFESTAÇÃO POR DIRETIVA ANTECIPADA DE VONTADE
PREVALECER SOBRE A DECISÃO DA FAMÍLIA**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof.^a M.^a Lara Rafaelle Pinho Soares.

Salvador

2019

NINA ALVES GUIMARÃES

**A POLÍTICA DE DOAÇÃO DE ÓRGÃOS E A (IM)POSSIBILIDADE DA
MANIFESTAÇÃO POR DIRETIVA ANTECIPADA DE VONTADE
PREVALECER SOBRE A DECISÃO DA FAMÍLIA**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome:

Titulação e instituição:

Nome:

Titulação e instituição:

Nome:

Titulação e instituição:

Salvador, ___/___/2019

Ao

Meu pai, Gean Vagner, com todo o
meu amor e dedicação.

AGRADECIMENTOS

À professora Lara Soares, que me apresentou ao Direito das Sucessões, pelo qual me apaixonei. Agradeço imensamente pela orientação na realização desse trabalho, e por toda confiança e apoio. Meu muito obrigada especial.

RESUMO

A presente pesquisa tem como objetivo analisar a utilização das diretivas antecipadas de vontade, mais especificamente o testamento vital, como meio para registrar o desejo do indivíduo em tornar-se doador de órgãos, *post mortem*, e o seu confronto com a decisão da família, de acordo com o disposto no artigo 4, da Lei 9.343/97. Primordialmente, busca-se examinar a evolução do transplante de órgãos, tecidos e partes do corpo humano, e sua regulamentação no Brasil, assim como o funcionamento do Sistema Nacional de Transplantes. Em seguida, aborda-se o instituto das diretivas antecipadas de vontade, demonstrando o tratamento da matéria no direito comparado e no ordenamento jurídico brasileiro, dando especial destaque à Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina. Dedicar-se ainda ao estudo dos princípios bioéticos relacionados à pesquisa, quais sejam a beneficência, não maleficência, justiça e autonomia. Ademais, o presente trabalho volta-se ao exame dos valores da dignidade da pessoa humana e da autonomia privada, e a sua pertinência com o tema. Por fim, a presente pesquisa volta-se à análise da Lei 9.434/97, as alterações realizadas em seu texto original, e as repercussões jurídicas e sociais da redação atual, em especial, do artigo 4, no que tange à prevalência da decisão da família sobre a vontade do doador *post mortem*.

Palavras-chave: Doação de órgãos. Diretivas antecipadas de vontade. Manifestação da vontade do doador. Família. Testamento vital.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art Artigo

CC Código Civil

CF/8 Constituição Federal da República

CFM Conselho Federal de Medicina

SNT Sistema Nacional de Transplantes

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS	12
2.1 UM BREVE PANORAMA HISTÓRICO	12
2.2 CONCEITO E MODALIDADES	14
2.2.1 Definições: transplante, enxerto e implante	14
2.2.2 Modalidades de transplantes de órgãos e tecidos	15
2.3 TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA....	16
2.3.1 Regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro	16
2.3.2 Transplante de órgãos <i>inter vivos</i>	18
2.3.3 Transplante de órgãos <i>post mortem</i>	20
2.3.3.1 Morte encefálica	22
2.3.4. Utilização de órgão, tecido ou parte do corpo de pessoa vulnerável	24
2.3.5 Mercado de órgãos	26
2.4 SISTEMA NACIONAL DE TRANSPLANTES	28
2.4.1 Funcionamento	28
2.4.2 Principais problemas enfrentados pelo sistema	30
3 DIRETIVAS ANTECIPADAS DA VONTADE	32
3.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS	33
3.2 TESTAMENTO VITAL E MANDATO DURADOURO	34
3.3 O INSTITUTO NO DIREITO COMPARADO	34
3.3.1 Estados Unidos da América	35
3.3.2 Europa	36
3.3.3 América Latina	37
3.4 RECONHECIMENTO NORMATIVO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NO BRASIL	39
3.4.1 Tratamento da matéria na Constituição e leis brasileiras	39
3.4.2 Resolução nº 1995/2012 do CFM	41
3.4.3 Princípios da bioética	45
3.4.3.1 Princípio da beneficência	45
3.4.3.2 Princípio da não maleficência.....	46
3.4.3.3 Princípio da justiça	46
3.4.3.4 Princípio da autonomia.....	47
3.4.4 Autonomia privada	47

3.4.5 Dignidade da pessoa humana	48
3.4.5.1 Natureza jurídica	50
4 A LEI DE TRANSPLANTES E SUAS IMPLICAÇÕES NO CENÁRIO SOCIAL BRASILEIRO	52
4.1 LEI N° 9.434, DE 04 DE FEVEREIRO DE 1997.....	53
4.1.1 Do advento de Lei n° 10.211/01 e do Decreto n° 9.175/17	54
4.1.2 Aspectos polêmicos da Lei	59
4.2 DOAÇÃO DE ÓRGÃOS CONTEMPLADA NAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE	62
4.3 VONTADE DA FAMÍLIA SOBRE A VONTADE DO DE CUJUS E AS REPERCUSSÕES SOCIAIS E JURÍDICAS.....	65
CONCLUSÃO	68
REFERÊNCIAS	71

1 INTRODUÇÃO

A humanidade tem se desenvolvido cada vez mais rápido e, com isso, incalculável é o progresso científico e tecnológico, voltado à saúde, ocorrido nos últimos anos no mundo. Os benefícios que tais avanços têm gerado na Medicina são inegáveis. Porém, novas situações também surgem a partir disso, alterando o modo de atuar e tomar decisões sobre as questões envolvendo a ciência médica, e levantando debates de cunho ético-jurídico. Diversos temas tornaram-se foco de debates, entre os quais está o transplante de órgãos, tecidos e partes do corpo humano.

Nesse sentido, foi criado um sistema para viabilizar a doação de órgãos no país, tanto entre vivos, quanto *post mortem*, qual seja o Sistema Nacional de Transplantes (SNT).

A presente pesquisa busca, então, analisar o regramento e as especificidades da disposição de órgãos e tecidos, no Brasil, para fins de transplante e tratamento, e como está regulamentada a doação, especialmente quando realizada *post mortem*.

Assim, volta-se para o estudo detalhado da Lei nº 9.434/97, a Lei de Transplantes, em sua redação atual, com foco no modo de manifestação de vontade exigida para tornar-se doador de órgãos, tecidos e partes do corpo humano.

Por conseguinte, trata-se ainda das diretivas antecipadas de vontade, em especial, o testamento vital. Nesse contexto, será analisada a possibilidade da utilização desse instituto como meio legal, válido e eficaz através do qual seja possível manifestar a vontade de tornar-se doador de órgãos, após a morte.

Importa, ainda, identificar os conceitos da bioética que se relacionam com o tema.

Por fim, apontará os impactos sociais e jurídicos da Lei 9.434 de 1997, em especial do seu artigo 4.

Em suma, dentro do estudo da doação *post mortem*, o trabalho desenvolvido propõe uma análise sobre a impossibilidade da manifestação do indivíduo, por meio das diretivas antecipadas de vontade, prevalecer sobre a decisão da família.

O art. 4, da Lei 9.434/97, ao estabelecer que é a decisão da família do de cujus prevalecerá sobre a vontade do indivíduo manifestada, em vida, de forma prévia e consciente, confronta com o ordenamento jurídico brasileiro, os objetivos do Sistema Nacional de Transplantes, os princípios da bioética e, especialmente, os valores da dignidade da pessoa humana e da autonomia privada?

Para construção do estudo sobre o referido tema, serão desenvolvidos três capítulos de desenvolvimento.

O segundo capítulo do trabalho volta-se para o exame do transplante de órgãos, tecidos e partes do corpo humano, a partir da análise de seu conceito, modalidades e regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro.

Mostra-se necessária a demonstração das diferenças entre a realização do transplante *intervivos* e após a morte do indivíduo. A pesquisa volta-se de forma especial à análise da disposição *post mortem*.

Sendo assim, passa-se a uma definição dos parâmetros clínicos exigidos para constatação da morte encefálica, imprescindível para remoção de órgão, tecido ou parte do corpo, para fins de realização de transplante e tratamento, post mortem.

Em seguida, será feita uma análise sobre o Sistema Nacional de Transplantes, sua criação, funcionamento e os principais problemas que enfrenta, dando maior atenção à prática da comercialização de órgãos.

Em seu terceiro capítulo, abordar-se-á o instituto das diretivas antecipadas de vontade, apontando definições e características, com destaque no testamento vital. Nesse ponto, impende ressaltar a ausência de lei específica sobre o tema, demonstrando o tratamento da matéria no direito comparado, na Constituição Federal, nas leis brasileiras e, principalmente, na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina.

Serão analisados, ainda nesse capítulo, os princípios da bioética relacionados ao tema, quais sejam a beneficência, não maleficência, justiça e autonomia. Em seguida, volta-se para a análise dos valores da dignidade da pessoa humana e da autonomia privada, diante da pertinência desses para a pesquisa.

No quarto e último capítulo será trazida a problemática desta pesquisa envolvendo a doação de órgãos no Brasil, iniciando com uma análise da Lei 9.434/97, as alterações realizadas em seu texto original e seus pontos polêmicos.

Esclarecer, portanto, a mudança do modelo de consentimento presumido para consentimento autorizado, traz à tona a constatação de que, no ordenamento jurídico brasileiro, inexistente hoje forma de o indivíduo decidir acerca dos seus órgãos, tecidos e partes do corpo, para após a sua morte, visto que, independente de manifestação realizada em vida, a vontade da família prevalecerá.

Além do estudo das repercussões jurídicas, há que se falar nas repercussões sociais geradas por esta situação, frente a um sistema altamente deficitário, no qual a oferta de órgãos não consegue acompanhar o ritmo da demanda. Diante de um fosso que só aumenta, a existência de um sistema cujo procedimento impede a realização da doação *post mortem*, mesmo com a prévia e expressa manifestação de vontade do doador, diante da negativa da família, evidencia a relevância social da presente pesquisa.

Para tanto, o presente trabalho será realizado por meio de uma pesquisa qualitativa, desenvolvida através do método hipotético-dedutivo, com emprego de fontes bibliográficas e documentais.

2 TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS

Os transplantes de órgãos e tecidos vêm sendo objeto de pesquisas e estudos médicos por muitos anos. Diversos relatos compõem tal panorama histórico.

2.1 UM BREVE PANORAMA HISTÓRICO

Em 1880 surgiram os primeiros casos de realização de transplantes de córneas de um indivíduo para outro.¹ Pouco depois, em 1890, realizou-se o primeiro transplante ósseo, na cidade escocesa de Glasgow. Os avanços médicos e tecnológicos no tema continuaram e, em 1931, foi realizado um transplante de glândulas genitais, na Itália.² O progresso seguia num ritmo crescente e então, na década de 50, surgiram os primeiros casos de transplantes renais realizados, nos Estados Unidos.³

Paralelamente à incontestável evolução das Ciências da Medicina e da Tecnologia acerca da realização de transplantes de tecidos e órgãos, surgiram também diversas outras questões de cunho técnico, ético e até mesmo jurídico a serem analisadas.

Assim, as atenções se voltaram à necessidade da definição dos critérios de morte encefálica e então diversos estudos começaram a ser realizados na França, principalmente a partir de 1959, desenvolvendo os conhecimentos nesse tema, até que, em 1968, a Universidade de Harvard trouxe a figura do "doador-falecido" e publicou um dos primeiros trabalhos definindo critérios para a constatação da morte encefálica, para fins de realização de transplantes de órgãos e tecidos *post mortem*.⁴

¹PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de Bioética**. 7. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2005. p. 333.

²SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 290.

³PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *op. cit.*, p. 333.

⁴ROZA, Bartira de Aguiar; ODIERNA, Maria Teresa Aparecida da Silva; GLEZER, Milton; SÁ, João Roberto de. **Captção de órgãos para transplantes**. Disponível em: <http://www.abto.org.br/abtov03/Upload/file/Biblioteca_Teses/Textos/CaptacaodeOrgaosLivroEliasKnobellBartira.pdf>. Acesso em: 20 out. 2018. p. 1753-1755.

Apesar dos avanços nas técnicas cirúrgicas, havia ainda problemas médicos a se enfrentar com relação à rejeição biológica dos receptores dos tecidos e órgãos. Por esse motivo, aprofundaram-se os estudos buscando o desenvolvimento de medicamentos imunossupressivos, de modo que o desenvolvimento dessas medicações, na década de 60, gerou um salto no índice de transplantes de órgãos e tecidos bem sucedidos e oportunizou o início da realização com novos órgãos e tecidos que até então não tinham sido utilizados. Assim, começou-se a realizar transplantes também de medula, pâncreas, fígado e pulmão.⁵

Impende ressaltar ainda que ocorreu, em 1967, na África do Sul, uma das conquistas mais importantes em se tratando da questão dos transplantes no mundo. O médico Christian Barnard realizou o primeiro transplante cardíaco de um ser humano para outro. O transplante fora realizado *post mortem*, retirado de uma mulher falecida em um acidente de trânsito e colocado em um homem.⁶

A partir desse marco, os estudos e avanços em torno do transplante cardíaco foram crescendo exponencialmente, gerando a criação de programas de transplantes de coração no mundo todo, inclusive no Brasil. Em 1968, o médico Euryclides de Jesus Zerbini, no Hospital das Clínicas da Universidade de São Paulo, liderou a equipe que realizou o primeiro transplante de coração no Brasil, em João Ferreira da Cunha, porém, o receptor faleceu 27 dias depois. Na França, contudo, no mesmo ano, fora realizado um transplante cardíaco em Emmanuel Vitria, que viveu por mais de 18 anos com o novo coração.⁷

Em 1968 fora realizado ainda, no Brasil, o primeiro transplante renal da América Latina utilizando o órgão de uma pessoa morta. A cirurgia ocorreu no Hospital das Clínicas de Ribeirão Preto e completou, em 2018, 50 anos da sua realização, sendo então avultadamente lembrada e comentada, valendo transcrever as palavras de Antônio Carlos Pereira Martins, um dos médicos que participaram do transplante:

Sinto orgulho pelo que foi feito, porque poucos centros no mundo faziam transplantes, então, nós tivemos que treinar em cães. Nós ficamos treinando de 1965 até 1968, semanalmente nós fazíamos um transplante

⁵PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas Atuais De Bioética**. 7. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2005. p. 333-334.

⁶SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 290.

⁷PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de, op. cit, p. 333-334.

num cão. Quando nos sentimos preparados para fazer a cirurgia, ficamos aguardando a oportunidade.

O curioso é que naquela época a definição de morte era diferente de hoje, considerava-se morte, pela lei, a parada respiratória e isso é um erro. [...] O conceito atual é a morte do cérebro, o que é diferente de coma. Naquela época tivemos que ficar esperando o coração parar de bater.

Basicamente se precisa dos instrumentos cirúrgicos que são os mesmos de hoje, não houve avanço. O avanço que houve foi nos remédios imunossupressores para evitar a rejeição.

A legislação brasileira era omissa em relação a doação de órgãos naquela época.⁸

A evolução da medicina é constante, de modo que, a cada dia, surgem novos métodos e tipos de transplantes.

2.2 CONCEITO E MODALIDADES

A importância de definir o conceito de transplante e a classificação de suas modalidades reside na delimitação da abrangência do objeto desse trabalho. Além disso, tratam-se de termos técnicos da área da saúde, gerando a necessidade da realização de maiores esclarecimentos quando às suas terminologias, para permitir uma total compreensão, até mesmo da linguagem utilizada pela legislação.

2.2.1 Definições: transplante, enxerto e implante

Transplante, de acordo com o Ministério da Saúde, é a reposição de um órgão ou tecido de um indivíduo doente, denominado de receptor, por outro órgão ou tecido saudável, retirado de um indivíduo, ainda em vida ou *post mortem*, através de um procedimento cirúrgico.⁹

⁸ MARTINS, Antônio Carlos Pereira. **Depoimento de Antônio Carlos Pereira Martins**. Jornal da USP, 08 fev. 2018. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/atualidades/transplantes-no-brasil-uma-historia-de-50-anos/>>. Acesso em: 20 out. 2018.

⁹ BIBLIOTECA VIRTUAL DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Transplante de Órgãos**. Disponível em: <http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/dicas/142transplante_de_orgaos.html>. Acesso em: 21 out. 2018.

No dicionário da Academia Brasileira de Letras, encontra-se a definição da palavra transplantar como sendo a transferência de um órgão a um corpo distinto daquele que o pertence.¹⁰

José Todoli conceitua transplante como sendo a "amputação ou ablação de um órgão, com função própria, de um organismo para instalar-se em outro, a fim de exercer nesse as mesmas funções que o anterior".Assevera o autor ainda que enxerto, por sua vez, é a seção de uma parte do organismo próprio ou alheio, sem haver o exercício de uma função autônoma, com finalidades estéticas ou terapêuticas.¹¹

Já implante, é a integração de tecidos mortos ou conservados no corpo de um indivíduo.¹²

2.2.2 Modalidades de transplantes de órgãos e tecidos

Autotransplante ou autoenxerto é o transplante de órgão ou tecido no qual doador e receptor são a mesma pessoa, de modo que se retira uma parte do organismo de um indivíduo para ser transplantado nele mesmo.¹³

O alotransplante ocorre quando o transplante é realizado entre pessoas que não possuem os mesmos caracteres genéticos, ou seja, pessoas geneticamente diferentes.¹⁴

Já o isotransplante ou isoenxerto é o caso em que o transplante de órgão ou tecido se dá entre gêmeos univitelinos, ou seja, pessoas geneticamente iguais.¹⁵

¹⁰ ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. **Dicionário escolar da língua portuguesa**. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008. p. 1250.

¹¹ TODOLI APUD CHAVES, Antônio. Direito à vida e ao próprio corpo. **Revista da Faculdade de Direito**: Universidade de São Paulo, São Paulo, v.72, n.1, p. 280, 1977. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66797> . Acesso em: 21 out. 2018.

¹² SGRECCIA, Elio apud DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 366.

¹³ VARGA, Andrew C. **Problemas de bioética**. São Leopoldo: Editora Unissinos, 1990. p.189.

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**.10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 366.

¹⁵ VARGA, Andrew C..*op. cit.*, p. 189.

Há ainda que se falar no xenotransplante, que consiste no transplante de órgão ou tecido no qual o doador é um animal e o receptor um ser humano, ou seja, realizado entre seres de espécies diferentes.¹⁶

2.3 TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Por ser relativamente nova a possibilidade de realização de transplantes de órgãos, tecidos e partes do corpo humano, gerada pelo progresso das ciências médicas, demonstra-se recente também o início do tratamento dessa matéria pelo ordenamento jurídico brasileiro.

2.3.1 Regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro

O primeiro momento em que o ordenamento jurídico brasileiro tratou de regulamentar o tema, ocorreu por meio da Lei nº 4.280/63.¹⁷ Tal lei tratava da extirpação de órgão ou tecido *post mortem*, ou seja, sendo o doador pessoa já falecida, e autorizava a realização da remoção do órgão ou tecido, para fins de transplante, mediante autorização escrita deixada pelo *de cuius* ou a não oposição do cônjuge ou parentes de até 2º grau, ou corporações religiosas ou civis que fossem responsáveis pelo restos mortais.¹⁸

Em 1968, a lei supracitada fora revogada pela Lei nº 5.470, que tratava da possibilidade da disposição das partes do corpo morto e também do vivo, desde que por pessoa absolutamente capaz.¹⁹

A Constituição da República Federativa do Brasil foi então promulgada, em 1988, e trouxe em seu bojo um dispositivo específico regulamentando a realização de procedimentos envolvendo o transplante de órgãos e tecidos no país. No seu art.

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 367.

¹⁷ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 342.

¹⁸ BRASIL. **Lei n 4.280**. Brasília, DF. 5 nov. 1963. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4280-6-novembro-1963-353353-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 21 out. 2018.

¹⁹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. op. cit., p.342.

199, § 4º estabelecendo que "a lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplantes, pesquisa e tratamento", além de vedar expressamente qualquer tipo de comercialização de órgãos e tecidos.²⁰

Em 1992, adveio a Lei nº 8.489, decretada pelo Congresso Nacional, permitindo a disposição de órgãos, tecidos e partes do corpo morto, desde que o indivíduo, absolutamente capaz, tenha autorizado expressamente em vida, ou não havendo manifestação em contrário por parte do cônjuge, ascendente ou descendente. Ressaltou ainda a necessidade de tal conduta se dar de forma gratuita.²¹

Atualmente vigora a Lei nº 9.343/97, alterada pela Lei nº 10.211/01, que revogou a Lei nº 8.489/92, tratando da disposição de órgãos, tecidos e partes do corpo humano, para fins de transplante e tratamento, tanto em casos *intervivos*, quanto *post mortem*.²² Tal lei terá seu conteúdo analisado de forma aprofundada posteriormente em capítulo específico.

A Lei 9.343/97, até 2017, era regulamentada pelo Decreto nº 2.268/97, até que foi editado o Decreto nº 9.175/17, que revogou então o ato normativo anterior.

Foram ainda editadas diversas portarias pelo Ministério da Saúde, regulamentando a realização dos transplantes de órgãos e tecidos, no Brasil.

A Portaria nº 3.407/98, fundamentada na Lei 9.343/97, visa criar um padrão de funcionamento do Sistema Nacional de Transplantes e estabelecer isonomia na distribuição dos órgãos e tecidos aos indivíduos que estejam em situação de necessidade, à espera para realização de transplante ou enxerto. Desse modo,

²⁰BRASIL. [Constituição (1998)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 21 out. 2018.

²¹BRASIL. **Lei Nº 8.489**. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1989_1994/L8489.htm>. Acesso em: 21 out. 2018.

²²SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 291.

disciplinou a realização de transplantes através da aprovação do Regulamento Técnico.²³

A Portaria nº 91/2001 estabeleceu normas de funcionamento e critérios técnicos para a realização das atividades de notificação, captação e distribuição de órgãos pela Central Nacional.²⁴

A Portaria nº 1262/06 estabeleceu as atribuições, deveres e indicadores de eficiência e do potencial de doação de órgãos e tecidos referentes às Comissões Intra-hospitalares de Doação de Órgãos e Tecidos para Transplante (CIHDOTT), mediante aprovação de Regulamento Técnico.²⁵ Esta, porém, foi revogada pela Portaria GM-MS 2.600/09.

Há ainda que se falar no Código de Ética Médica, que em diversos artigos trata de regulamentar a realização de transplantes de órgãos e tecidos, tais como os arts. 15, 43, 44, 45 e 46.²⁶

O Código Civil brasileiro atual, por sua vez, em diversos artigos trata especificamente sobre a disposição do próprio corpo e, em outros, de questões que se relacionam diretamente ao assunto, tais como a capacidade do indivíduo e seus direitos da personalidade.

2.3.2 Transplante de órgãos inter vivos

O ordenamento jurídico brasileiro autoriza a disposição de órgãos, tecidos e partes do corpo, para realização de transplante ou fins terapêuticos, tanto por pessoa viva, quanto após a morte, desde que realizada gratuitamente.

²³ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 3.407/98**, de 06 de agosto de 1998. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 1998. Disponível em: <http://www.adote.org.br/assets/files/portaria_3407.pdf>. Acesso em 22 out. 2018.

²⁴ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 91/2001**, de 23 de janeiro de 2001. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2001. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doc_5776995_PORTARIA_N_91_DE_23_DE_JANEIRO_DE_2001.aspx>. Acesso em: 22 out. 2018.

²⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria n 1262/06**, de 12 de junho de 2006. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2006. Disponível em: <<http://bibliofarma.com/portaria-no-1262-de-16-de-junho-de-2006/>>. Acesso em: 22 out. 2018.

²⁶ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 365.

A Lei n° 9.434/97²⁷, no seu art. 9, com redação dada pela Lei n° 10.211/01, em seu *caput* e §§ 3° a 8°, assim como o Decreto n° 9.175/17, versam sobre tal disposição realizada especificamente por pessoa viva.²⁸

Permite-se a disposição de órgãos, tecidos e partes do corpo humano vivo, desde preenchidos alguns requisitos.

Primeiramente, o doador deverá ser pessoa juridicamente capaz. No caso de indivíduo menor relativamente incapaz, há a possibilidade de ele realizar a disposição de seus órgãos, tecidos, ou partes do corpo, desde tenha esse sido anteriormente emancipado pelos pais, pois, com isso, alcança a capacidade. A partir da emancipação, a decisão sobre a realização da doação é dele. Já o menor absolutamente incapaz está juridicamente impossibilitado de realizar a doação, exceto em uma única hipótese, qual seja, na comprovada existência de compatibilidade imunológica em caso de transplante de medula. Nessa situação, possibilita-se a realização da doação, em havendo autorização do responsável legal.²⁹

A doação deve ser voluntária, um ato consciente, livre e gratuito, decorrente da solidariedade, não podendo assim resultar de qualquer tipo de imposição ou constrangimento por parte de outrem. Para tal, é necessário que o doador seja informado previamente sobre todos os riscos que envolvem a doação.³⁰ A partir disso, o doador deverá especificar qual o órgão, tecido ou parte do corpo será retirado, mediante autorização realizada preferencialmente por escrito e na presença de testemunhas. Deve haver ainda autorização judicial, de acordo com a Lei 9.434/97, art. 9, *caput*.³¹

²⁷ BRASIL. **Lei 9434/97**. Brasília, DF: Presidência da República, [2007]. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.html>. Acesso em: 23 out. 2018.

²⁸ BRASIL. **Decreto 9.175/17**. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9175.htm#art56>. Acesso em: 05 nov. 2018.

²⁹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 350.

³⁰ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 382.

³¹ BRASIL. **Lei 9434/97**, op. cit.

Exceto no caso de transplante de medula óssea, no qual esse requisito é dispensado, há a necessidade de que um juiz, após a análise do preenchimento de todos os outros requisitos legais, autorize então a realização da doação.³²

A disposição do órgão, tecido ou parte do corpo não pode gerar risco à vida ou saúde do doador, comprometer suas aptidões vitais ou saúde mental, nem lhe provocar mutilação ou deformação.³³

Cabe ressaltar ainda que a disposição de órgãos e tecidos é autorizada, para transplante ou tratamento, apenas quando realizada entre cônjuges ou parentes por consanguinidade até o 4º grau. A realização da doação em vida está condicionada à existência de tal vínculo familiar específico, principalmente com o objetivo de impedir qualquer tipo de mercantilização da prática e consequente coisificação do ser humano.³⁴

Além disso, para licitude do transplante *intervivos* será imprescindível que o transplante ou tratamento seja comprovadamente necessário à manutenção da vida ou saúde do receptor.³⁵

Impende, finalmente, destacar que, mesmo tendo o indivíduo se manifestado acerca do desejo de dispor de órgão, tecido ou parte do seu corpo, em vida, e preenchido os requisitos necessários para tal, pode haver a revogação desse ato, a qualquer momento, antes da sua concretização.³⁶

2.3.3 Transplante de órgãos *post mortem*

O ordenamento jurídico brasileiro autoriza ainda a disposição *post mortem* de órgão, tecido ou parte do corpo. Ocorre que, em se tratando da remoção após a morte, novas questões de cunho ético-jurídico surgem e devem ser analisadas.

³² MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. op. cit., p. 350.

³³ BRASIL. **Lei 9434/97**. Brasília, DF: Presidência da República, [2007]. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.html>. Acesso em: 23 out. 2018.

³⁴ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 350.

³⁵ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.. p. 384.

³⁶ BRASIL, **Lei 9434/97**, op. cit.

O Código Civil brasileiro determina, em seu art. 6º, que a existência da pessoa natural se finda com a sua morte. Porém, demonstra em seu art. 12, *caput* e parágrafo único, que os direitos da personalidade do indivíduo perduram mesmo após a sua morte. Vejamos:

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista nesse artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.³⁷

Além disso, a Lei Civil válida, no seu art. 14, que o indivíduo disponha do próprio corpo, desde que forma gratuita e com objetivo científico ou altruístico, para depois da morte, podendo revogar tal ato a qualquer tempo.

A Lei 9.434/97 versa, no seu capítulo II, arts. 3º a 8º, assim como o Decreto 9.175/17, especificamente sobre a retirada *post mortem* de órgão, tecido ou parte do corpo, para realização de transplante ou tratamento, traçando os principais elementos que devem compor o ato.

Inicialmente, há a necessidade de que a morte seja constatada a partir do diagnóstico de morte encefálica do indivíduo, mediante utilização de parâmetros clínicos e tecnológicos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina. Para que seja possível a realização da remoção, a morte encefálica deverá ser constatada e registrada por dois médicos não integrantes das equipes que irão realizar a remoção e transplante, admitindo-se, nesse momento de comprovação da morte, a presença de médico de confiança da família do falecido. É o dispõe o art. 3º, da lei supracitada.³⁸

Impende pontuar que, no caso de pessoa carente, a família poderá solicitar que à direção local do Sistema Único de Saúde que disponibilize um médico para realizar tal acompanhamento sobre o atestado de morte encefálica do falecido.³⁹

³⁷BRASIL. **Lei No 10.406**. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: out. 2018.

³⁸BRASIL. **Lei 9434/97**. Brasília, DF: Presidência da República, [2007]. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.html> . Acesso em: 26 out. 2018.

³⁹ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 371.

Após a contestação da morte encefálica, a retirada do órgão ou tecido acontecerá mediante autorização do cônjuge ou parente, por linha reta ou colateral até o segundo grau, que seja capaz, devendo ser firmada por meio de documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.⁴⁰

Há que se falar ainda nas hipóteses de remoção *post mortem* de órgão, tecido ou parte do corpo de pessoa juridicamente incapaz e pessoa não identificada. Desde que autorizada expressamente por ambos os pais ou pelos responsáveis legais, aqueles que detenham o poder familiar, guarda judicial, curatela ou tutela do falecido, poderá ocorrer a retirada no caso de pessoa juridicamente incapaz. Porém, em se tratando de pessoa não identificada, está vedada a retirada, em qualquer circunstância.⁴¹

2.3.3.1 Morte encefálica

No passado, a morte era constatada a partir da ocorrência de parada cardíaca de forma prolongada e da ausência de respiração no indivíduo. Porém, técnicas para reanimar o coração e a respiração foram desenvolvidas, assim como aparelhos capazes de manter artificialmente viva uma pessoa. Desse modo, fica claro que com a evolução da ciência e da tecnologia, novas questões surgiram acerca da definição da morte.⁴²

A primeira definição de morte encefálica ocorreu pouco depois da realização do primeiro transplante de coração no mundo, feito pelo médico Christian Barnard, na Cidade do Cabo, África do Sul, em 1967. Essa conquista teve como efeito uma alteração na noção que se tinha sobre o conceito de morte, que deixou de ser baseado na parada cardíaca, e passou a ser pautado na constatação da morte encefálica.⁴³

⁴⁰ BRASIL, **Lei 9434/97**, op. cit.

⁴¹ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.372.

⁴² VARGA, Andrew C. **Problemas de bioética**. São Leopoldo: Editora Unissinos, 1990. p. 197.

⁴³ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 294.

Essa definição foi publicada em 1968, pelo Comitê *ad hoc* da Escola Médica de Harvard, criado para examinar a definição de morte cerebral, e estabeleceu critérios para sua constatação que incluíam coma aperceptivo e arresposivo, ausência de reflexos, movimentos e respiração de forma continuada e eletroencefalograma isoelétrico.⁴⁴

No ano de 1983, houve a adoção desse critério ou de parâmetros semelhantes por 13 nações estrangeiras, gerando uma maior uniformidade acerca do tema e facilitando assim a realização dos transplantes *post mortem*.⁴⁵

A Lei 9.434/97 conferiu, em seu art. 3º, ao Conselho Federal de Medicina a competência para definir os parâmetros clínicos para constatação de morte encefálica. Por esse motivo, o Conselho se manifestou, no mesmo ano, através da Resolução de nº 1.480/97, estabelecendo que "a parada total e irreversível das funções encefálicas equivale à morte, conforme critérios já bem estabelecidos pela comunidade científica mundial" e que os critérios a serem analisados são "coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinal e apnéia".⁴⁶

Em 2017, Conselho Federal de Medicina definiu ainda, por meio da Resolução CFM 2.173, que, para que seja confirmado o diagnóstico de morte encefálica, é necessário que seja realizado exame clínico, por dois médicos diferentes, qualificados para confirmar o preenchimento dos critérios, quais sejam coma não perceptivo, ausência de reatividade supraespinal e apneia persistente. O intervalo mínimo entre o primeiro e o segundo deve ser de uma hora. Além disso, alguns exames são realizados. Esse procedimento visa comprovar a ausência de atividade encefálica.⁴⁷

Assim, ficou definido que, no Brasil, atualmente, para constatação de morte encefálica, para fins de realização de transplante e tratamento *post mortem*, através de remoção de órgão, tecido ou parte do corpo, é necessária a ausência irreversível

⁴⁴ CORREA NETO, Ylmar. Morte encefálica: cinquenta anos além do coma profundo. **Rev. Bras. Saude Mater. Infant.** Recife, v. 10, supl. 2, p. s355-s361, dez. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-38292010000600013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 28 out. 2018.

⁴⁵ VARGA, Andrew C. **Problemas de bioética**. São Leopoldo: Editora Unissinos, 1990. p. 197.

⁴⁶ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (BRASIL). **Resolução CFM N° 1.480/97**. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480_1997.htm>. Acesso em 28 out. 2018.

⁴⁷ *Ibide*, p.1.

e total de função cerebral e do tronco encefálico, responsáveis inclusive pela manutenção da pressão arterial e do sistema respiratório. A constatação da morte encefálica, porém, de acordo com o art. 1º da Resolução, será configurada por meio de critérios clínicos e também complementares, principalmente pela existência de um consenso mundial acerca da insuficiência dos critérios clínicos, sendo então os exames complementares providenciais para salvaguardarem a posição do médico envolvido.⁴⁸

2.3.4. Utilização de órgão, tecido ou parte do corpo de pessoa vulnerável

Vulnerável é aquela pessoa que, por conta de circunstâncias fáticas, se encontra em condição de instabilidade num grau maior do que o restante da sociedade, gerando a necessidade de que o Estado crie uma estrutura de proteção mais incisiva, visando a isonomia.⁴⁹

A questão da vulnerabilidade surge também no âmbito da realização de transplante e tratamento por meio da remoção de órgão, tecido ou parte do corpo. Assim, demonstra-se indispensável a análise acerca da possibilidade ou não de realização em se tratando de grupos populacionais de autonomia reduzida, que incluem embriões, fetos, portadores de malformações neurológicas incompatíveis com a sobrevivência, incapazes e prisioneiros.⁵⁰

Tais situações geram diferentes posicionamentos doutrinários, por se tratarem de questionamentos relativamente novos, abarcando situações, muitas vezes, ainda não regulamentadas especificamente pelo ordenamento jurídico.

Em se tratando de fetos ou embriões, uma parte da doutrina entende pela licitude da remoção, *post mortem* ou mesmo *intervivos*, desde que para transplante ou

⁴⁸ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 295.

⁴⁹ SANTOS, Anna Rafaela Carvalho Oliveira et al. Da disposição do corpo em vida: autonomia privada e transplante de órgãos e tecidos “inter vivos”. **Revista Unifacs**, n.142, p.1-17, 2012. Disponível em:

<www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/2037/152>. Acesso em: 28 out. 2018.

⁵⁰ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 357.

tratamento, autorizada pelos pais e comprovadamente não lesando a integridade física. Em contrapartida, uma outra posição doutrinária, defendida por Maria Helena Diniz, Volnei Garrafa e Leo Pessini, ser viável apenas no caso de embrião ou feto morto, por conta de aborto espontâneo, sendo inadmissível a criação de embrião em laboratório para esta finalidade, pois tal conduta configuraria ato atentatório à dignidade humana.⁵¹

Demonstra-se necessário tratar também do caso de portadores de malformações neurológicas incompatíveis com a vida, em especial o anencéfalo. A anencefalia consiste na má formação congênita do feto, causando a impossibilidade de formação nesse dos hemisférios cerebrais e do córtex. Por esse motivo, não há para o feto qualquer possibilidade de sobrevivência.⁵²

Independente de tal condição, o feto anencéfalo é um ser humano, como qualquer outro, devendo ter protegida a sua dignidade. Assim, após constatada a morte cerebral, e preenchidos todos os requisitos necessários, haverá a possibilidade da doação de órgão, tecido ou parte do corpo para fins de transplante.⁵³

Sobre o incapaz, a própria Lei 9.434/97 trata, em seu arts. 5º e 9º, §6º, sobre essas hipóteses. Para disposição *post mortem* de órgão, tecido ou parte do corpo de pessoa juridicamente incapaz, é necessária a autorização expressa de ambos os pais ou representantes legais. Já para dispor em vida, um requisito essencial é capacidade jurídica, exceto no caso do indivíduo ser juridicamente incapaz, mas com compatibilidade imunológica comprovada, para fins de transplante de medula óssea, havendo consentimento de ambos os pais ou seus responsáveis legais, autorização judicial e o ato não oferecer risco para saúde do doador.⁵⁴

Os deficientes mentais, por possuírem imunidade inferior, são protegidos pela Declaração dos Direitos do Deficiente Mental e pelo Código de Ética Médica, de

⁵¹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 357.

⁵² MILITÃO, Rafael Figueiredo Ximenes. Biodireito: Anencefalia. **Revista Eletrônica Âmbito Jurídico**. Rio Grande, v. 14, n.111, abr.2013. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13054&revista_caderno=>>. Acesso em: 29 out. 2018.

⁵³ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 382.

⁵⁴ BRASIL. **Lei 9434/97**. Brasília, DF: Presidência da República, [2007]. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.html>. Acesso em: 30 out. 2018.

qualquer tipo de abuso e da retirada de órgão ou tecido, pela maior possibilidade de tal ato oferecer risco à sua saúde.

Há ainda a possibilidade de discussão acerca da doação de órgão por presidiários. O ex-deputado Edigar Mão Branca, do PV-BA, apresentou o Projeto de Lei 6794/10, estabelecendo redução de pena para preso doador de órgãos, sob o argumento de que esta atitude demonstraria espírito de solidariedade e respeito à vida. Mas, para a grande maioria da doutrina, tal conduta não seria uma proposta lícita, moral ou mesmo ética, pois a doação equivaleria a um pagamento, viciando a manifestação da vontade do doador, que deve atuar de forma livre e gratuita.⁵⁵

2.3.5 Mercado de órgãos

A humanidade tem se desenvolvido cada vez mais rápido e, com isso, é constante o progresso científico e tecnológico, voltado à saúde, ocorrido nos últimos anos em todo o mundo. Os benefícios que tais avanços têm gerado são inegáveis, no entanto, ao mesmo tempo, há que se falar também nas novas situações que surgem a partir disso, levantando diversos debates de cunho ético-jurídico. Nessa senda, a doação de órgãos e tecidos para fins de transplante e tratamento trouxe à luz a problemática acerca da mercantilização desse ato.

Embora seja inquestionável o fato de que, hoje, a realização de transplantes de órgãos salva milhares de vidas em todo o mundo, ainda há uma série de fatores que acabam dificultando e obstaculizando as doações, como questões culturais e religiosas que diminuem a aceitação e aderência sociais.

Nesse sentido, no Brasil, de acordo com os dados estatísticos fornecidos pelo Sistema Nacional de Transplantes, a oferta de órgãos não consegue acompanhar o ritmo da demanda, criando um fosso que vêm aumentando com o passar do tempo.

⁵⁵SANTOS, Anna Rafaela Carvalho Oliveira et al. Da disposição do corpo em vida: autonomia privada e transplante de órgãos e tecidos “inter vivos”. **Revista Unifacs**, n.142, p.1-17, 2012. Disponível em: <www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/2037/152>. Acesso em: 28 out. 2018.

Por conta dessa escassez, um número cada vez maior de pessoas morre, à espera de uma doação que poderia ter lhes salvo a vida.⁵⁶

Ocorre que, nessa busca desesperada por um órgão, para si ou para alguém próximo, muitas vezes deixa-se de lado a preocupação em saber como esse foi obtido, e com isso a venda de órgãos tem se tornado uma prática frequente.

A partir dos anos 80, começaram a aumentar exponencialmente as notícias sobre a prática por pessoas e, até mesmo, por empresas comerciais voltadas especificamente para esta finalidade. Com isso, as reações também começaram a surgir.⁵⁷

As organizações internacionais relacionadas à medicina e aos direitos humanos sempre se posicionaram de forma contrária à compra e venda de órgãos de pessoas vivas ou mortas. A Organização Mundial da Saúde (OMS) entende que "o comércio de órgãos é uma violação da carta universal dos direitos humanos" e adverte os médicos a não realizarem o transplante ou o tratamento, se tiverem conhecimento de qualquer tipo de comercialização envolvendo aquele órgão. O Conselho da Europa, o Conselho da Sociedade Internacional de Transplante e a Associação Médica Mundial também já se declararam contrários à essa prática.⁵⁸

A CF/88, no seu art. 199, § 4º proíbe expressamente a compra a venda de órgãos, tecidos e partes do corpo.

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 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.⁵⁹

Nesse sentido, criou-se a Lei 9.434/97, que trata do tema nos seus arts. 1 e 15. Tal lei determina que a disposição de órgãos, *intervivos* ou *post mortem* é juridicamente

⁵⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. **Doação de órgãos:** transplantes, lista de espera e como ser doador. Disponível em: <<http://portalmms.saude.gov.br/saude-de-a-z/doacao-de-orgaos>>. Acesso em: 13 maio 2019.

⁵⁷ PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de Bioética**. 7. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2005. p. 207.

⁵⁸ *Ibid*, p. 342.

⁵⁹ BRASIL. [Constituição (1998)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 01 nov. 2018.

autorizada apenas se realizada de forma gratuita, tipificando como crime a sua comercialização.⁶⁰

O Código Civil de 2002, ao tratar dos direitos da personalidade, no seu capítulo II, arts. 11 a 21, também valida o indivíduo a dispor do próprio corpo, mas impõe como requisitos a gratuidade do ato e finalidade científica ou altruística.⁶¹

Destarte, não é admitida a comercialização de órgão, tecido ou parte do corpo, no Brasil e, de modo geral, na Europa e na América do Norte, porém, é inegável que a prática continua existindo informalmente.

2.4 SISTEMA NACIONAL DE TRANSPLANTES

O Sistema Nacional de Transplantes (STN) foi criado em 1997 e hoje é responsável por controlar e monitorar a realização da doação de órgãos, tecidos e partes do corpo humano, para fins de transplante e tratamento, no Brasil, a partir do desenvolvimento de um processo de captação e distribuição desses.⁶²

2.4.1 Funcionamento

O Sistema é composto por um órgão central, pelas Centrais de Notificação e Captação e Distribuição de Órgãos (CNCDO) e pelos Cadastros Técnicos, de modo que há uma lista única relacionada aos órgãos e tecidos doados. Há CNCDOs para

⁶⁰ BRASIL. **Lei 9434/97**. Brasília, DF: Presidência da República, [2007]. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.html>. Acesso em: 01 nov. 2018.

⁶¹ BRASIL. **Lei No 10.406**. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 31 out. 2018.

⁶² BRASIL. Ministério da Saúde. **Doação de Órgãos**: transplantes, lista de espera e como ser doador Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/saude-de-a-z/doacao-de-orgaos#sistema-nacional-transplantes>>. Acesso em: 01 nov. 2018.

cada Estado do país, responsáveis, na sua maioria, pela identificação e efetivação dos potenciais doadores.⁶³

A partir de 2001 foram ainda implementadas as Comissões Intra-hospitalares de Doação de Órgãos e Tecidos para Transplantes (CIHDOTT's), por conta da Portaria GM-MS nº 905/00, que estabeleceu a obrigatoriedade da sua existência e funcionamento.⁶⁴

O processo de doação *post mortem* de órgão ou tecido para fins de transplante ou tratamento, por meio do Sistema Nacional de Transplantes, se inicia com a identificação de potenciais doadores, procedimento de extrema importância e que influencia diretamente no número final das efetivas doações. Essa identificação deve ser realizada com base nos critérios de morte encefálica. O próximo passo então, é analisar se existem contraindicações que possam causar riscos para os receptores, dentre as quais estão a existência de certos tumores e tuberculose em atividade. Inexistindo, há então um potencial doador, passando à etapa de manutenção da qualidade do órgão ou tecido. Ocorrerá então a entrevista familiar, para que haja expresso consentimento acerca da doação. Em havendo, a CNCDO é então contatada pela equipe responsável, que informará sobre o órgão ou tecido doado, para que a Central proceda com a distribuição desse.⁶⁵

O Decreto 9.175/17, em seu art. 4º, estabelece o âmbito de intervenção do Sistema. Senão vejamos:

Art. 4º: O STN tem como âmbito de intervenção:
 I - as atividades de doação e transplantes de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano, a partir de doadores vivos ou falecidos;
 II - o conhecimento dos casos de morte encefálica; e
 III - a determinação do destino de órgãos, tecidos, células, e partes do corpo humano retirados para transplante em qualquer ponto do território nacional.⁶⁶

⁶³FERNANDES, Roni de Carvalho [coord.]; SOLER, Wangles de Vasconcelos [coord.]; PEREIRA, Walter Antonio. **Diretrizes Básicas para Captação e Retirada de Múltiplos Órgão e Tecidos da Associação Brasileira de Transplante de Órgãos**. São Paulo: ABTO - Associação Brasileira de Transplante de Órgãos, 2009. Disponível em: <<http://www.abto.org.br/abtov03/Upload/pdf/livro.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2018. p. 18-19.

⁶⁴BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria GM-MS nº 905/00**, de 16 de agosto de 2000. Disponível em: <http://www.saude.mg.gov.br/images/documentos/portaria_905B.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2018.

⁶⁵FERNANDES, Roni de Carvalho [coord.]; SOLER, Wangles de Vasconcelos [coord.]; PEREIRA, Walter Antonio, op. cit., p. 18-19.

⁶⁶BRASIL. **Decreto 9.175/17**. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9175.htm#art56>. Acesso em: 05 nov. 2018.

Já as CNCDOs, de acordo com o Decreto 9.175/17, têm a incumbência de, entre outras, coordenar as atividades relacionadas à doação, em cada Estado do país; realizar a inscrição dos potenciais receptores; classificar os receptores, dividindo-os de acordo com as indicações legais, a partir da ordem de inscrição; comunicar ao órgão central do Sistema tais inscrições para que esse, a partir destas informações, organize a lista nacional de receptores; a partir da indicação do receptor ideal, deverá então o CNCDO ainda promover o transporte do órgão ou tecido para o estabelecimento de saúde autorizado; elaborar relatórios anuais sobre o desenvolvimento das atividades de transplantes e enviá-los para o SNT; penalizar administrativamente aquele que infringir a Lei 9.434/97, respeitando todo o devido processo legal; informar o órgão central do SNT sobre a aplicação de penalidade, para registro; acionar o Ministério Público estadual para apurar ilícitos que estejam fora do seu âmbito de atuação.⁶⁷

O Sistema de Lista Única é tratado nos artigos 27 a 31, do Regulamento Técnico do Sistema Nacional de Transplantes, aprovado pela Portaria nº 2.600/09, do Ministério da Saúde. De acordo com o regulamento, todo órgão, tecido ou parte do corpo, retirado *post mortem*, deverá ser distribuído através do Sistema de Lista Única aos potenciais receptores compatíveis. Esse Sistema de Lista Única será composto pelos potenciais receptores brasileiros, natos ou naturalizados, ou estrangeiros que residam no país, que estiverem inscritos para recebimento de cada tipo de órgão, tecido ou parte do corpo. A distribuição ocorrerá de acordo com critérios específicos que regulam o sistema, constituindo o Cadastro Técnico Único - CTU.⁶⁸

2.4.2 Principais problemas enfrentados pelo sistema

Inegáveis são os casos em que a possibilidade de realização da doação e do transplante de órgãos e tecidos salvou vidas, ou melhorou potencialmente sua qualidade, sendo assim, inenarráveis os benefícios gerados.

⁶⁷ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 431-432.

⁶⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria 2.600/09**, de 21 de outubro de 2009. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt2600_21_10_2009.html>. Acesso em: 05 nov. 2018.

Ocorre que, atualmente, há um grande problema envolvendo a crescente diferença entre o baixo número de doadores e o alto número de receptores.

Nesse contexto, inicialmente, impende destacar as diferenças entre necessidade e demanda. As pessoas que necessitam do transplante são aquelas que: "a) morrem do próprio problema que tornava o transplante necessário; b) são mantidas em condições terapêuticas ótimas na ausência de transplantes (por exemplo, diálises)". A demanda, por sua vez, se volta apenas àquelas pessoas que constam nos registros oficiais, à espera da sua realização. A partir desse esclarecimento, fica claro que a necessidade, em verdade, é muito maior que a demanda.⁶⁹

Diversos fatores acabam influenciando e tornando crítica a situação existente, no que tange o suprimento de órgãos e tecidos para fins de transplante, nos dias atuais. É um fosso que só cresce.

O número de doações depende muito do nível educacional, da legislação regulamentadora, da infra-estrutura médica para a captação, manutenção, distribuição e transplante do órgão ou tecido e da existência de programas de estímulo.⁷⁰

Uma série de problemas envolvem a doação de órgãos e tecidos, que podem ter natureza clínico-biológica, logístico-administrativa e econômica, geográfica, cultural e moral. Primeiramente, os problemas de natureza clínico-biológica tratam da necessidade de que, além de encontrar um doador, ainda será preciso observar a compatibilidade entre esse e o receptor, e, para que isso ocorra, diversos fatores precisam ser considerados.⁷¹

Os problemas de natureza logístico-administrativa e econômico dizem respeito ao fato de que toda a estrutura envolvendo a realização de transplantes e doação de órgãos deve estar adequada para que o funcionamento possa ocorrer da forma devida, gerando o resultado esperado. Geograficamente, ocorre que os receptores

⁶⁹ PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de Bioética**. 7. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2005. p.334 e 335.

⁷⁰Ibid, p. 210.

⁷¹Ibid, p. 210.

que residem em locais mais distantes dos centros de transplantes acabam sendo prejudicados no caso de emergências.⁷²

Há, ainda, os problemas de cunho moral e cultural, relacionados a situações diversas, que levam o indivíduo a optarem pela não realização da doação, como as convicções religiosas e a prática do comércio de órgãos e tecidos.⁷³

Ocorre que, o ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Lei 9.434/97, ao regulamentar a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, estabelece, no seu art. 4⁷⁴, que a doação dos órgãos do indivíduo *post mortem* será submetida à autorização da família e, somente por meio desta, será possível ser realizada.

Art. 4o 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.

Desse modo, esse artigo representa então uma nova barreira à realização da doação, pois, ainda que o doador manifeste, em vida e durante o pleno gozo das suas capacidades, o desejo de realizar a doação *post mortem*, isso não se realizará caso não haja o consentimento da família do indivíduo.

3 DIRETIVAS ANTECIPADAS DA VONTADE

A evolução da Ciência, mais especificamente, as inovações biomédicas e tecnológicas voltadas à saúde, têm gerado constantes renovações na forma de atuar da medicina. Com isso, conseqüentemente, diversas questões de cunho ético-jurídico têm surgido também.

⁷²PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de Bioética**. 7. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2005. p. 210.

⁷³ Ibid, p. 335 - 336.

⁷⁴ BRASIL. **Lei 9434/97**. Brasília, DF: Presidência da República, [2007]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.html>. Acesso em: 01 nov. 2018.

Num contexto, diante de inúmeros procedimentos possíveis a serem aplicados no paciente em estado de incapacidade para se comunicar ou expressar seus desejos, de maneira livre e consciente, surgem as diretivas antecipadas da vontade (DAV).

3.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

As diretivas antecipadas de vontade constituem o meio através do qual o indivíduo pode manifestar sua vontade, de forma prévia e expressa, de ser ou não submetido a determinados procedimentos e cuidados médicos, diante da possibilidade de futuramente não estar capacitado para o fazer.⁷⁵

A partir disso, deverão os médicos seguir tais considerações, desde que alinhadas com os preceitos estabelecidos pelo Código de Ética Médica, visto que terão prevalência diante de qualquer outro parecer não jurídico, até mesmo a vontade da família, de acordo com o estipulado pela Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina.⁷⁶

Desse modo, esse documento mostra-se como um instrumento de proteção dos direitos individuais, ao influir sobre a conduta médica e ao limitar a atuação da família.⁷⁷

Impende esclarecer, porém, que essa hipótese não se confunde com a eutanásia, não havendo que se falar, portanto, em qualquer tipo de ilicitude em tal prática.

A eutanásia consiste no ato de supressão da vida do indivíduo que se encontra em estado irreversível ou terminal, por piedade, abreviando o tempo que ele levaria para morrer espontaneamente e, assim também, o seu sofrimento.⁷⁸ Tal conduta é tipificada como crime pela legislação penal brasileira.⁷⁹

⁷⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Pamplona Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito das sucessões**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 320.

⁷⁶ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (BRASIL). **Resolução CFM nº 1.995/2012**. Disponível em: < http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf >. Acesso em: 15 de abril. 2019.

⁷⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: Direito das Sucessões**. 10. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 324.

⁷⁸ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 520- 527.

⁷⁹ D'URSO, Luís Flávio Borges. A eutanásia No Brasil. **Âmbito Jurídico.com.br**. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5440 > Acesso em: 16 abr.2019.

Importa ressaltar que não há nenhum dispositivo legal tratando das diretivas antecipadas atualmente no Brasil, não possuindo a supracitada resolução força de lei.

3.2 TESTAMENTO VITAL E MANDATO DURADOURO

Alguns autores tratam acerca das diretivas antecipadas de vontade apresentando-as como uma outra terminologia para o instituto do testamento vital ou biológico. Seguem essa diretriz Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho na sua obra "Novo curso de Direito Civil: Direito das Sucessões".

Outra parte da doutrina, porém, defende a posição de que as diretivas antecipadas de vontade constituem um gênero do qual são espécies o testamento vital e o mandato duradouro. Seguindo essa segunda diretriz, Luciana Dadalto distingue testamento vital e mandato duradouro.

O testamento vital é uma espécie de diretiva antecipada utilizada quando a incapacidade do paciente for resultado de uma doença fora de possibilidades terapêuticas (também nominado de doença terminal). Em contrapartida, o mandato duradouro, é utilizado em caso de incapacidade permanente ou temporária, e refere-se à nomeação de um procurador de saúde, que decidirá em nome do paciente, no caso de incapacidade desse.⁸⁰

Desse modo, ambos os institutos integram as diretivas antecipadas de vontade, que tratam das determinações estabelecidas pelo indivíduo acerca dos tratamentos que deseja ou não receber, quando estiver incapacidade de manifestar sua vontade.⁸¹

3.3 O INSTITUTO NO DIREITO COMPARADO

As diretivas antecipadas de vontade surgiram nos Estados Unidos da América, onde houve o desenvolvimento das suas premissas. A partir disso, o instituto se

⁸⁰ DADALTO, Luciana. Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal). **Revista de bioética e derecho**, n. 28, p.63, mayo 2013. Disponível em: < <https://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2018/05/Distor%C3%A7%C3%B5es-acerca-do-testamento-vital-no-Brasil.pdf>> Acesso em: 16 abr. 2019.

⁸¹ Ibid, p. 63.

disseminou, sendo recepcionado na Europa e na América Latina, até que houve, então, a sua implementação no Brasil.⁸²

3.3.1 Estados Unidos da América

As diretivas antecipadas de vontade tiveram origem no direito estadunidense, o qual é marcado historicamente pela defesa da autonomia individual.⁸³

Inicialmente, o autor Luiz Kutnet trouxe à tona esse tema, mostrando-se contrário à realização da eutanásia, mas a favor da possibilidade de o indivíduo decidir sobre os tratamentos aos quais será submetido, caso futuramente se encontre em estado irreversível ou vegetativo. Nesse contexto, sugere que tal documento seja elaborado por escrito, assinado ao menos por duas testemunhas e entregue à equipe médica, cônjuge, advogado ou confidente. Indica, ainda, que havendo sua elaboração, a vontade expressa deve prevalecer independente da família ou amigos, mas que é possível a sua revogação, até o momento em que o paciente se encontre incapacitado de se expressar conscientemente.⁸⁴

Intensos debates surgiram, nos Estados Unidos, envolvendo os direitos dos pacientes em estado terminal.⁸⁵

No ano de 1991, foi aprovada a lei federal *Patient Self Determination Act*. Tal lei reconheceu o direito do indivíduo, diante da possibilidade futura de estar numa condição de paciente, incapacitado de expressar sua vontade, de decidir antecipadamente acerca dos tratamentos de saúde que deseja receber.⁸⁶

Essa lei trata das *advanced directives* ou, no português, diretivas antecipadas, que podem ser efetivadas tanto por meio do *living will*, como do *durable power of*

⁸²DADALTO, Luciana. Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal). *Revista de bioética e derecho*, n. 28, p.64, mayo 2013. Disponível em: < <https://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2018/05/Distor%C3%A7%C3%B5es-acerca-do-testamento-vital-no-Brasil.pdf>> Acesso em: 16 abr. 2019.

⁸³CLOTET, Joaquim. *Bioética: uma aproximação*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003. p. 73 - 78.

⁸⁴DADALTO, Luciana, op. cit., p. 63.

⁸⁵DADALTO, Luciana, op. cit., p. 27.

⁸⁶CLOTET, Joaquim, op cit., p. 73 - 78.

attorney for healthcare, seguindo, portanto, a linha de que as diretivas são um gênero do qual são espécies o testamento vital e o mandato duradouro.⁸⁷

O *durable power of attorney for healthcare* é o poder permanente do responsável legal ou curador para o cuidado da saúde. Já o *living will*, é a manifestação explícita da própria vontade, conforme aborda Joaquim Clotet.

A MEPV abrange o tratamento médico que seria desejado, assim como a recusa de possíveis tratamentos específicos, em estrados de inconsciência ou de demência irreversíveis, ou na situação de paciente terminal por causa de doença ou acidente. Esta é a forma mais generalizada para fazer, manter e tomar efetivas decisões sobre futuros estados de saúde com incapacidade de decisão.⁸⁸

Destarte, a partir da indicação dessa possibilidade de o indivíduo registrar sua vontade acerca dos procedimentos que deseja ou não receber, caso futuramente venha a estar incapacitado para o fazer, a PSDA estabeleceu diretrizes que se propagaram por todo o mundo.

3.3.2 Europa

As premissas das diretivas antecipadas de vontade, criadas nos Estados Unidos, logo chegaram à Europa.

Em 1997, foi realizado o Convênio de Oviedo, que defendeu a proteção dos direitos e da dignidade do homem, diante das condutas médicas, principalmente o de autodeterminação. Nesse convênio fora elaborado um dispositivo estabelecendo a possibilidade de aplicação das diretivas antecipadas. À época, eram signatários do Convênio de Oviedo os países que compunham o Conselho da Europa. A partir de então, diversos países regulamentaram o instituto permitindo a sua realização, como Bélgica, França, Alemanha, Inglaterra, Áustria e Portugal.⁸⁹

⁸⁷ DADALTO, Luciana, op. cit., p. 63.

⁸⁸ CLOTET, Joaquim. **Bioética**: Uma aproximação. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003. p. 80.

⁸⁹ DADALTO, Luciana. História do testamento vital: entendendo o passado e refletindo sobre o presente. **Revista Mirabilia Medicinæ**, n. 4, p.33, jan./jun 2015. Disponível em: < <https://www.revistamirabilia.com/sites/default/files/medicinae/pdfs/med2015-01-03.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2019.

Em 2002, a Espanha criou uma lei abordando as *instrucciones previas*, diretivas antecipadas, estabelecendo a viabilidade da sua realização por duas vias, pública ou privada. Esta lei determinou a existência de um Registro Nacional de Instruções Prévias, sob o controle do Ministério da Sanidad y Consumo, de modo que cada comunidade autônoma deveria estipular normas locais acerca do registro. Foi fixado, porém, que pessoas residentes em comunidades autônomas as quais ainda não havia legislação específica sobre as diretivas, em havendo desejo de realizá-las, também poderiam fazê-las, através da comunicação à autoridade da comunidade, que deverá remeter o feito ao Registro Nacional de Instruções Prévias.⁹⁰

A Holanda teve grande influência sobre a disseminação e consolidação das diretivas antecipadas de vontade, visto que trouxe algumas inovações importantes sobre o tema. Primeiramente, teve um enfoque na necessidade, para aplicação do instituto, de haver uma combinação entre informação e consentimento, possibilitando assim que a manifestação de vontade do indivíduo seja realizada de forma efetiva. Fixou o direito do paciente de se recusar a ser submetido a determinados tratamentos e fármacos que não irão gerar nenhum tipo de progresso ou recuperação, mas apenas prolongamento da vida. E trouxe como inovação também a possibilidade dos incapazes, menores de 16 anos, elaborarem o documento através de representantes legais.⁹¹

3.3.3 América Latina

Hoje, na América Latina, diversos países já possuem leis abordando a matéria, tais como Argentina, Uruguai e Porto Rico.

Porto Rico, em defesa da proteção à autonomia privada, ao direito de intimidade, e à dignidade da pessoa humana, foi o primeiro país latino-americano a promulgar uma

⁹⁰DADALTO, Luciana. Aspectos registraes das diretivas antecipadas de vontade. **Revista Eletrônica de Direito Civil** (civilista.com), a. 2., n. 4., p. 3, 2013. Disponível em: < <https://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2018/05/Aspectos-registraes-das-diretivas-antecipadas-de-vontade.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2019.

⁹¹MABTUM, MM., and MARCHETTO, PB. Diretivas antecipadas de vontade como dissentimento livre e esclarecido e a necessidade de aconselhamento médico e jurídico. In: **O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade** [online]. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015, pp. 89-131. Disponível em:< <http://books.scielo.org/id/qdy26/pdf/mabtum-9788579836602-05.pdf>> Acesso em: 17 abr. 2019.

lei regulamentando a utilização das diretivas antecipadas de vontade. A Lei nº 160, de 17 de novembro de 2001, determinou a possibilidade de elaboração de um documento, a ser registrado em cartório, no qual o indivíduo, maior de 21 anos e com domínio absoluto das suas faculdades mentais, poderá estipular a quais tratamentos deseja ser submetido, em caso de vir a se encontrar em situação de incapacidade para manifestar-se futuramente. Isto feito, deverá a equipe médica seguir tais determinações.⁹²

No Uruguai, a Lei 18.473, de 2009, que trata das diretivas antecipadas, estabelece, no seu art. 1º:

Art. 1: Da mesma forma, você tem o direito de avançar para expressar sua vontade no sentido de se opor a futura aplicação de tratamentos e procedimentos médicos para prolongar suas vidas, em detrimento da qualidade da mesma, se ele for considerado doente com um terminal, incurável e doença irreversível.
Tal manifestação de vontade será totalmente eficaz mesmo quando a pessoa estiver em um estado de incapacidade legal ou natural.⁹³

Além desses, a Argentina também trata do instituto, onde é denominado de *directivas anticipadas del paciente para tratamientos biomédicos*, através da Lei Federal nº 26.529, de 2009, que estabelece as premissas gerais, e também em âmbito regional.⁹⁴

No Brasil, porém, não há legislação específica regulamentando a aplicação das diretivas antecipadas de vontade, mas tão somente a Resolução 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina.

⁹² MONTEIRO, Renata da Silva Fontes; DA SILVA JUNIOR, Aluísio Gomes. Diretivas antecipadas de vontade: percurso histórico na América Latina. *Rev. bioét.*, v. 27, n.1, p.90-91, 2019. Disponível em: < http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/1796/2031> Acesso em: 17 de abril de 2019.

⁹³ URUGUAI. **Ley nº 18.473**. Disponível em: <<https://testamentovital.com.br/legislacao/uruguai/>> Acesso em: 17 abr.2019.

Artículo 1º.- Toda persona mayor de edad y psíquicamente apta, en forma voluntaria, consciente y libre, tiene derecho a oponerse a la aplicación de tratamientos y procedimientos médicos salvo que con ello afecte o pueda afectar la salud de terceros.

Del mismo modo, tiene derecho de expresar anticipadamente su voluntad en el sentido de oponerse a la futura aplicación de tratamientos y procedimientos médicos que prolonguen su vida en detrimento de la calidad de la misma, si se encontrare enferma de una patología terminal, incurable e irreversible.

⁹⁴ MABTUM, M.; MARCHETTO, P. Diretivas antecipadas de vontade como dissentimento livre e esclarecido e a necessidade de aconselhamento médico e jurídico. In: **O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade** [online]. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015, pp. 89-131. Disponível em: < <http://books.scielo.org/id/qdy26/pdf/mabtum-9788579836602-05.pdf>> Acesso em: 17 abr. 2019

3.4 RECONHECIMENTO NORMATIVO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NO BRASIL

Inexiste hoje, no Brasil, lei que trate especificamente das diretivas antecipadas. Impende salientar, contudo, que diversas normas constitucionais e infraconstitucionais alcançam a matéria em diversos quesitos, formando bases concisas que demonstram a tendência à aplicabilidade do instituto pelo ordenamento jurídico brasileiro.⁹⁵

3.4.1 Tratamento da matéria na Constituição e leis brasileiras

O surgimento das diretivas antecipadas tem bases fundadas na proteção do direito de autodeterminação do indivíduo, sua autonomia privada e na dignidade humana.⁹⁶

À vista disso, a Constituição Federal de 1988, ao estabelecer, no seu art. 1º, III, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, assim como no seu artigo 5º, a garantia da inviolabilidade do direito à vida e à liberdade, proibindo o tratamento desumano e degradante, e enaltecendo a autonomia privada, inegavelmente cria alicerces para as diretivas antecipadas de vontade.⁹⁷

O Código Civil de 2002, no seu art. 15, proíbe a sujeição do indivíduo a tratamentos médicos e intervenções cirurgias, de maneira contrária à sua vontade, em havendo risco de vida. Além disso, no seu artigo 107, impõe que "a validade da declaração de

⁹⁵DADALTO, Luciana. Aspectos registrais das diretivas antecipadas de vontade. **Revista Eletrônica de Direito Civil** (civilista.com), a. 2., n. 4., p. 4, 2013. Disponível em: < <https://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2018/05/Aspectos-registrais-das-diretivas-antecipadas-de-vontade.pdf>>. Acesso em: 16 abr.2019.

⁹⁶ MABTUM, MM., and MARCHETTO, PB. Diretivas antecipadas de vontade como dissentimento livre e esclarecido e a necessidade de aconselhamento médico e jurídico. In: **O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade** [online]. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015, pp. 89-131. Disponível em:< <http://books.scielo.org/id/qdy26/pdf/mabtum-9788579836602-05.pdf>> Acesso em: 17 abr. 2019.

⁹⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 17 abr. 2019.

vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir."⁹⁸

O Conselho Federal de Medicina editou algumas resoluções, iniciando os debates sobre o direito de autodeterminação do indivíduo e sua decisão acerca da saúde e bem-estar próprios, incluindo a possibilidade de esse manifestar a sua vontade, a qual deverá prevalecer.

A Resolução 1.805/2006, trata de forma mais tímida da matéria, mas estipula a possibilidade da equipe médica, em respeito à vontade do paciente, deixar de realizar tratamentos e medicamentos os quais não irão gerar nenhum progresso ou cura, mas apenas um prolongamento artificial da vida do indivíduo.⁹⁹ Desse modo, demonstra uma inegável evolução da proteção da autonomia do indivíduo, frente aos avanços médicos que surgiram.

Posteriormente, o CFM aprovou, por meio da Resolução nº 1.931/2009, o Código de Ética Médica. Esse Código indica, como um de seus princípios fundamentais, a determinação de que o médico deverá aceitar a vontade expressa pelo paciente, sobre os tratamentos aos quais deseja ser ou não submetido, quando em consonância com as especificidades do caso e com as previsões legais e científicas.¹⁰⁰

É também princípio fundamental do Código de Ética Médica o fato de que a atuação médica deverá ser sempre pautada totalmente no respeito pelo indivíduo, sendo proibida qualquer conduta que demonstre a utilização dos seus conhecimentos de modo a ferir a dignidade e integridade do ser humano.¹⁰¹

⁹⁸ DADALTO, Luciana. Aspectos registraes das diretivas antecipadas de vontade. **Revista Eletrônica de Direito Civil** (civilista.com), a. 2., n. 4., p. 4, 2013. Disponível em: < <https://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2018/05/Aspectos-registraes-das-diretivas-antecipadas-de-vontade.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2019

⁹⁹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (BRASIL). **Resolução CFM N° 1805/2006**. Disponível em: < http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf > Acesso em: 18 abr. 2019.

¹⁰⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (BRASIL). **Resolução CFM N° 1931/2009**. Disponível em: < http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf >. Acesso em: 18 abr. 2019.

¹⁰¹ *Ibid*, p.1.

Em seu art. 24, estabelece expressamente que é vedado ao médico impedir ao paciente que efetive o seu direito de autodeterminação e sua autonomia privada, para decidir acerca da sua saúde e bem-estar.¹⁰²

Vê-se da redação em comento, inquestionavelmente, a formação de premissas que passam a nortear a conduta do médico, que deverá atuar, baseando-se principalmente na proteção da dignidade e integridade do indivíduo e na prevalência da sua autonomia.

Especificamente, sobre a Resolução n° 1995/2012, apesar de não ter força de lei, visto se tratar de Resolução editada pelo Conselho Federal de Medicina, o qual não possui competência para legislar¹⁰³, há que se falar da importância de tal marco. Essa Resolução configura um primeiro passo no sentido da regulamentação legal das diretivas antecipadas, no Brasil, ainda que não trate de todas as facetas do instituto.

3.4.2 Resolução n° 1995/2012 do CFM

Em que pese a Resolução n° 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina, não preencha a lacuna legislativa existente no ordenamento jurídico brasileiro sobre as diretivas antecipadas, representou inquestionável progresso nesta direção, por conta da visibilidade que o tema ganhou a partir da sua promulgação.

A resolução prevê expressamente o instituto e dispõe sobre sua aplicabilidade, consistindo, porém, numa norma que vincula apenas a equipe médica, a partir do estabelecimento de diretrizes para a sua atuação.¹⁰⁴

Inicialmente, o Conselho Federal de Medicina atenta-se a fazer considerações específicas demonstrando a ausência de regulamentação acerca das diretivas antecipadas de vontade, no Brasil, disciplinando a conduta da equipe médica diante

¹⁰² CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (BRASIL). **Resolução CFM N° 1931/2009**. Disponível em: < http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf >. Acesso em: 18 abr.2019.

¹⁰³ MONTEIRO, Renata da Silva Fontes; DA SILVA JUNIOR, Aluísio Gomes. Diretivas antecipadas de vontade: percurso histórico na América Latina. **Rev. bioét.**, v. 27, n.1, p.90-91, 2019. Disponível em: < http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/1796/2031 > Acesso em: 17 de abril de 2019.

¹⁰⁴ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (BRASIL), op. cit., p.1.

dessas situações, e, ainda, a importância do respeito à autonomia do indivíduo, enquanto paciente.¹⁰⁵

No seu artigo 1º, resolve:

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.¹⁰⁶

A partir disso, então, cria uma estrutura inicial para permitir a aplicação das diretivas na prática da vivência médica. Estipula que esse documento poderá ser elaborado pelo indivíduo ou seus representantes legais, podendo, até mesmo, as diretivas serem diretamente informadas pelo paciente ao médico, que deverá registrar no prontuário, suas decisões.¹⁰⁷

Essas informações não podem ser descartadas pela equipe, devendo ser seguidas, prevalecendo diante de qualquer outro parecer não médico. A resolução estabelece, específica e expressamente, ainda, que as determinações estipuladas nas diretivas antecipadas deverão preponderar em detrimento da vontade dos familiares.¹⁰⁸

Em 2013, houve a propositura, pelo Ministério Público Federal, de uma Ação Civil Pública contra o Conselho Federal de Medicina.

Na ação, autos sob o nº 001039-86.2013.4.01.3500, proposta perante a 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Goiás, o Ministério Público Federal pediu a declaração de inconstitucionalidade e ilegalidade da Resolução ea suspensão da sua aplicação no território nacional.¹⁰⁹

Argumentou o Ministério Público Federal, com base na Lei nº 3268/57¹¹⁰, que dispõe sobre o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina, determinando-os como órgãos que devem sempre buscar a ética profissional, julgando e disciplinando

¹⁰⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (BRASIL). **Resolução CFM N° 1931/2009**. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2019.

¹⁰⁶Ibid, p.1.

¹⁰⁷Ibid, p.1.

¹⁰⁸Ibid, p.1.

¹⁰⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal. **Processo nº 001039- 86.2013.4.01.3500**. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>. Acesso em: 17 abr. 2019.

¹¹⁰BRASIL. **Lei n. 3.268**, de 30 de setembro de 1957. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3268.htm>. Acesso em: 17 abr. 2019.

a classe médica. A partir disso, alegou que o Conselho Federal de Medicina, ao editar a Resolução, ultrapassou os limites do seu poder regulamentar, estipulados pela Lei, visto que surtiu efeitos não só sobre a equipe médica, mas também sobre a família do indivíduo.¹¹¹

O Ministério Público Federal alegou ainda que a Resolução deixou lacunas em questões fundamentais, tais como os requisitos para a aplicabilidade do instituto, prazo de validade do documento, possibilidade e meios de revogação. Argumentou ainda que a não previsão da possibilidade de a família do indivíduo participar na formação da vontade estipulada nas diretivas, fere a Constituição Federal de 1988, no que tange ao disposto no seu art. 226¹¹², caput, que estabelece que "a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado".¹¹³

Ademais, entendeu o Ministério Público Federal que, de acordo com o art. 22, I, XVI e XXIII, a Constituição Federal outorga competência privativa à União para tratar das diretivas antecipadas.¹¹⁴

O CFM se manifestou em defesa da aplicabilidade das diretivas antecipadas, no Brasil, visto que o instituto visa a preservação da autonomia e da dignidade do ser humano, já sendo inclusive adotado em diversos países. Argumenta que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, III, bem como o Código Civil no seu artigo 15, enaltecem a autonomia do indivíduo enquanto paciente.¹¹⁵

O CFM citou a Portaria nº 1.820/2009¹¹⁶, através da qual o Ministério da Saúde trata sobre direitos e deveres do paciente. Nesta, o Ministério da Saúde estabelece que, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), é garantido a todos o respeito à seus valores, cultura e direitos, principalmente o direito ao sigilo e à manifestação de

¹¹¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal. Processo nº 001039- 86.2013.4.01.3500. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>. Acesso em: 17 abr. 2019.

¹¹² BRASIL. [Constituição (1998)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 21 out. 2018.

¹¹³ BRASIL, Tribunal Regional Federal, op. cit., p. 1.

¹¹⁴ BRASIL, Tribunal Regional Federal, op. cit., p. 1.

¹¹⁵ BRASIL, Tribunal Regional Federal, op. cit., p. 1..

¹¹⁶ BRASIL. Ministério da Saúde do Estado. **Portaria 1820/2009**. Dispõe sobre os direitos e deveres dos usuários da saúde. Disponível em: < <http://www.incor.usp.br/news/ms-1820-09/MS-1820-09.pdf>> Acesso em: 18 abr. 2019.

consentimento livre, voluntário e esclarecido, em se tratando da escolha dos procedimentos ao qual será submetido, na hipótese de futura incapacidade.¹¹⁷

Nega a inconstitucionalidade e ilegalidade da Resolução, sob o fundamento de que a Lei 3268/57 atribui poderes para o Conselho Federal e os Conselhos Regionais tratarem sobre "o exercício técnico e moral da Medicina"¹¹⁸, não havendo que se falar, portanto, em extrapolação dos limites por parte do CFM.

Defende ainda, diante das alegações de lacunas deixadas pela Resolução, que o Código Civil estabelece as bases através das quais o instituto será estruturado e, conseqüentemente, aplicado. Assim, mostra-se desnecessária a normatização, na Resolução, de questões como a capacidade da manifestação de vontade, disposta nos artigos 1º e 5º, do CC, e do estabelecimento de forma especial para elaboração das diretivas antecipadas pelo indivíduo, pois esta poderá ser realizada por qualquer meio idôneo e válido juridicamente. Quanto à família, informa que esta será consultada, não havendo determinação prévia feita pelo paciente.¹¹⁹

Em 21 de fevereiro de 2014, o juiz desse processo, Eduardo Pereira da Silva, julgou pela improcedência dos pedidos.

[...] Está certo o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ao apontar inexistência de lei ou ato normativo de mesma hierarquia sobre a questão tratada nesse processo.

É de todo desejável que tal questão venha a ser tratada pelo legislador, inclusive de forma a fixar requisitos atinentes a capacidade de 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 do Conselho Federal de Medicina é compatível com a autonomia da vontade, o princípio da dignidade humana, e a proibição da submissão de quem quer que seja a tratamento desumano e degradante (art. 1º, inciso III, e art. 5º, inciso III, CF).

O princípio da autonomia da vontade para decidir sobre recursos terapêuticos, aliás, está insito no artigo 15 do Código Civil: Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Também não verifico a afronta à segurança jurídica por ausência de previsão de determinadas questões colocadas na inicial.

¹¹⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal. **Processo nº 001039- 86.2013.4.01.3500**. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>. Acesso em: 17 abr. 2019

¹¹⁸Ibid, p. 1.

¹¹⁹Ibid, p.1.

A questão relativa aos requisitos legais para que o paciente decidir o tipo de tratamento a seguir está disciplinada na própria lei civil. O Código Civil trata da capacidade civil, em seus primeiros artigos, e da declaração de vontade em seu artigo 107 (A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir).

Tendo capacidade civil, poderá o paciente fazer declaração de vontade.¹²⁰

Os fundamentos da sentença proferida pelo Magistrado evidenciam a relevância dos princípios da autonomia privada e da dignidade da pessoa humana, no que tange às diretivas antecipadas de vontade.

3.4.3 Princípios da bioética

O desenvolvimento constante da Ciência tem gerado diversas inovações no campo da Medicina. Essa evolução tecnológica e intelectual produz imensuráveis ganhos para a área da saúde, com relação aos tratamentos aplicados, fármacos, aparelhagem, e tantos outros quesitos.

Entretanto, juntamente com os novos poderes que a Medicina moderna adquire, surgem inúmeras questões de cunho ético-jurídico.

3.4.3.1 Princípio da beneficência

Beneficência, com origem do latim *bonum facere*, ou seja, fazer o bem¹²¹, esse princípio trata do atendimento fornecido pelo profissional de saúde ao paciente, pautando-se nos interesses do indivíduo, de modo a atuar em busca da maximização dos benefícios e minimização dos danos.¹²²

Esse princípio estabelece, como uma diretriz a guiar a atuação da equipe médica, o bem-estar e os interesses do paciente.¹²³

¹²⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal. **Processo nº 001039- 86.2013.4.01.3500**. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>. Acesso em: 17 abr. 2019.

¹²¹ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de biodireito**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. p. 35.

¹²² MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 11.

¹²³ KIPPER, Délio José; CLOTET, Joaquim. **Iniciação à bioética: princípios da beneficência e não-maleficência**. Disponível em:

Assim, entende-se que o médico deverá determinar os procedimentos a tomar visando sempre o bem do enfermo, nunca para causá-lo prejuízos.¹²⁴

De acordo com o entendimento de Joaquim Clotet e José Délio Kipper, porém, a aplicação do princípio da beneficência não se mostra absoluta, na prática, visto que, a depender da circunstância fática, faz-se necessária uma ponderação com os outros princípios em questão.¹²⁵

Uma linha tênue estabelece seus limites, que se pautam principalmente na dignidade da pessoa humana. Baseados nesse entendimento, Clotet e Kipper indicam que tal princípio "não é absoluto mas sim condicional ou dependente da situação ou ponto de vista com que é afirmado".¹²⁶

3.4.3.2 Princípio da não maleficência

Consagrado como decorrência do aforismo hipocrático *primum non nocere*, ou seja, primeiro não prejudicar, esse princípio estabelece para o médico a proibição de promover dano intencional ao paciente.¹²⁷

3.4.3.3 Princípio da justiça

Trata do meio e do fim pelos quais deve ocorrer toda a atuação da equipe médica, voltando-se para a minimização dos custos, tanto quanto possível. Nesse sentido, estão abarcados os custos financeiros, sociais, emocionais e físicos.¹²⁸

http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/Partellprincipios.htm. Acesso em: 18 abr. 2019.

¹²⁴ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 11..

¹²⁵ KIPPER, Délio José; CLOTET, Joaquim. **Iniciação à bioética**: princípios da beneficência e não-maleficência. Disponível em:

http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/Partellprincipios.htm. Acesso em: 18 abr. 2019..

¹²⁶ Ibid, p.10.

¹²⁷ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, op. cit., p.11..

¹²⁸ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.p.37.

Busca-se, desse modo, a imparcialidade por parte dos médicos na distribuição dos riscos e benefícios¹²⁹ e a organização equitativa dos recursos de saúde¹³⁰.

3.4.3.4 Princípio da autonomia

O princípio da autonomia pressupõe a existência de consentimento livre e informado por parte do indivíduo, para estabelecer que a sua vontade e seus valores morais devem ser preservados, quando dentro da razoabilidade.¹³¹

Promove, desse modo, o respeito à capacidade de autodeterminação e à intimidade do paciente, reconhecendo o seu direito de decisão e ação sobre a própria vida, limitando a influência alheia nesse processo.¹³²

3.4.4 Autonomia privada

A autonomia privada é o poder que o indivíduo possui de regular, a partir do exercício da própria vontade, livre de qualquer interferência arbitrária ou injustificada, as relações que faz parte.¹³³

Considerado princípio basilar do Direito Privado, trata-se de uma projeção da liberdade como valor jurídico, manifesto no Preâmbulo¹³⁴ da Constituição Federal de 1988, no seu art. 170, ao tratar do princípio da liberdade de iniciativa econômica, e

¹²⁹ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.520 - 527.

¹³⁰ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira, op. cit., p.38.

¹³¹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 11.

¹³² SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.p.38.

¹³³ AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 10. ed..São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 131.

¹³⁴ **PREÂMBULO**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

BRASIL. [Constituição (1998)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em:<

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 11 maio 2019.

no art. 421, do Código Civil, sobre a liberdade contratual. Sendo assim, entende-se a liberdade como um pressuposto da autonomia privada.¹³⁵

Ocorre que a autonomia privada não se limita ao âmbito patrimonial, configurando-se também como uma forma de "desenvolver e realizar a própria personalidade", como conclui Adriano Marteleto Godinho. Assim, se entende como decorrência da autonomia privada, o poder de atuar com liberdade no exercício dos seus direitos da personalidade, inclusive a integridade física e o corpo.¹³⁶

Nesse contexto, há que se considerar duas situações. É possível que o próprio indivíduo trate sobre sua integridade física, ou, ainda, há a possibilidade de autorização, através de declaração de livre vontade, para que terceiro atue sobre o seu corpo. Para tal, mostra-se imprescindível o consentimento informado, ou seja, a declaração de vontade deve ser realizada de forma absolutamente livre e esclarecida, por indivíduo com capacidade para consentir.¹³⁷

Maurício Requião entende que a autonomia privada é um elemento de concreção da dignidade da pessoa humana, mas pontua, porém que, num caminho diametralmente oposto, seu mau uso, através limitações indevidas à autonomia privada tendem a prejudicar a concretização dessa mesma dignidade.¹³⁸

3.4.5 Dignidade da pessoa humana

Num momento histórico em que toda sociedade está interligada como uma aldeia global, com tecnologias e aparatos que permitem um intercâmbio constante de pessoas e ideias, um dos principais dilemas contemporâneos mostra-se ser a identificação dos valores que permeiam o ordenamento jurídico de um país.¹³⁹

¹³⁵ AMARAL, Francisco, *opcit*, p.131.

¹³⁶ GODINHO, Adriano Marteleto. Autonomia privada no âmbito das relações médico-paciente e a "capacidade para consentir": Uma necessária ruptura com o regramento civil da (in)capacidade jurídica. In: REQUIÃO, Maurício (coord.). **Discutindo a autonomia**. Salvador: Juspodivm, 2014.p. 32.

¹³⁷ *Ibid*, p. 34.

¹³⁸ REQUIÃO, Maurício. Autonomia privada como elemento de concreção da dignidade da pessoa humana: Considerações preliminares. In: REQUIÃO, Maurício (coord.). **Discutindo a autonomia**. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 21.

¹³⁹ NUNES, Rui. **Diretivas antecipadas de vontade**. Brasília, DF: CFM/Faculdade de Medicina da Universidade do Porto, 2016. p. 22- 23.

A partir de uma estrutura social que permite uma infinidade de pontos de vista acerca de temas políticos, ideológicos, religiosos e culturais, desafio é estabelecer os fundamentos que guiam as condutas de um povo, baseados em um denominador comum.¹⁴⁰

O conceito de dignidade da pessoa humana, nesse sentido, é resultado de certa maleabilidade, mas pouca divergência sobre o entendimento de que sua aplicabilidade efetiva depende de contexto de liberdade e igualdade.¹⁴¹

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) foi elaborada por representantes de diversos locais do mundo e adotada pela Organização das Nações Unidas, em 1948.¹⁴²

Já no preâmbulo, algumas considerações são feitas, declarando expressamente que o reconhecimento da dignidade como inerente a todos os seres humanos é o "fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo".¹⁴³

A DUDH aborda ainda a dignidade da pessoa humana em seus artigos I, XXII e XXIII, estabelecendo tais premissas como ideais comuns a todos os povos e nações, visando a promoção do respeito a esses direitos e liberdades.¹⁴⁴

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa humana possui também posição de destaque. Trata-se de um conceito jurídico fundamental, visto que a Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu artigo 1º, inciso III, a

¹⁴⁰ NUNES, Rui. **Diretivas antecipadas de vontade**. Brasília, DF: CFM/Faculdade de Medicina da Universidade do Porto, 2016. p 22 - 23.

¹⁴¹ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.p. 43.

¹⁴² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris: ONU, 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>> Acesso em: 20 abr. 2019.

¹⁴³ Ibid, p.1.

¹⁴⁴ Artigo I Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.
Artigo XXII Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.
Artigo XXIII 1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego. 2. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho. 3. Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.

dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.¹⁴⁵

3.4.5.1 Natureza jurídica

Dworkin, em sua obra "Levando o direito a sério", diferencia regras e princípios quanto à natureza da orientação que estabelecem. As regras devem ser aplicadas ao modo "tudo ou nada", estabelecendo as condições que tornam sua aplicação necessária. Assim, dados os fatos, poderá ser a regra considerada válida, em caso de preenchimento da sua hipótese de incidência, gerando automaticamente as consequências jurídicas pertinentes, ou poderá ser esta considerada inválida.¹⁴⁶

Os princípios, diferentemente, expõem uma razão que norteia o argumento, mas não determinam a decisão por completo. Por esse motivo, Dworkin indica que "os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm - a dimensão do peso ou importância". A partir disso, entende-se que em havendo outro princípio que conduza argumentos em outro sentido, deverá ser analisada a força de tais considerações, para assim decidir qual princípio irá prevalecer. Já em caso de conflito entre normas, uma será considerada válida e outra não, a depender das circunstâncias.¹⁴⁷

Alexy, por sua vez, entende que a distinção entre normas e princípios é basilar para solucionar os problemas que surgem no âmbito da teoria dos direitos fundamentais.¹⁴⁸

¹⁴⁵ BRASIL. [Constituição (1998)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 21 out. 2018.

¹⁴⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39 - 40 Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/46886584/levando-o-direito-a-serio-dworkin>>. Acesso em: 20 abr. 2019.

¹⁴⁷ Ibid, p. 41 - 43.

¹⁴⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p 85. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/16342402/robert-alexey-teoria-dos-direitos-fundamentais-2015>> Acesso em: 20 abr. 2019.

Indica Alexy que regras e princípios estão compreendidos sob o conceito geral de norma, dado que ambos fixam o dever-ser. Desse modo, inicialmente, cria um ponto de interseção, para então, diferenciá-los.¹⁴⁹

Afirma que os princípios são "mandamentos de otimização", ou seja, fixam determinações que poderão ser satisfeitas em diferentes graus, a depender das possibilidades fáticas e jurídicas. Assim, em caso de colisão entre princípios, um terá prevalência sobre o outro, a partir do contexto, o que não configura invalidade do outro.¹⁵⁰

Já as regras serão ou não satisfeitas em sua totalidade, de modo que, em caso de conflito, uma das regras será considerada inválida, caso válida a outra. Uma outra opção será a aplicação de uma cláusula de exceção, que eliminará a contradição existente entre as regras.¹⁵¹

Considerando tais posicionamentos, a dignidade da pessoa humana se enquadra perfeitamente como princípio. Discordando, porém, em pontos fundamentais destas doutrinas, Humberto Ávila estabelece uma hierarquia entre os tipos de normas.¹⁵²

Inicialmente, fixa como critério diferenciador entre princípios e normas o que o autor chama de caráter hipotético-condicional, partindo da concepção de que as regras são descritivas de modo a predeterminar a decisão, já os princípios apenas indicam diretrizes para interpretação e aplicação do Direito, não possuindo então o condão de determinar a decisão.¹⁵³

Outro critério indicado por Ávila é o do conflito normativo. De forma inovadora, o autor entende que a ponderação, enquanto mecanismo utilizado para solucionar conflitos, pode ser aplicado tanto quando se trata de princípios, quanto em se tratando de regras. Não concorda, portanto, que em caso de contradição entre

¹⁴⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 87. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/16342402/robert-alexey-teoria-dos-direitos-fundamentais-2015>> Acesso em 22 abr. 2019

¹⁵⁰ *Ibid*, p. 90 - 91.

¹⁵¹ *Ibid*, p. 92.

¹⁵² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios fundamentais**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.88 - 90. Disponível em <<https://direitoutp2016.files.wordpress.com/2016/03/humberto-c3a1vila-teoria-dos-princc3adpios-completo.pdf>>. Acesso em: 21 abril 2019.

¹⁵³ *Ibid*, p.31-32

regras, as vias de solução são a declaração de invalidade de uma delas, ou a aplicação de uma cláusula de exceção.¹⁵⁴

Outra importante contribuição foi a criação de uma terceira categoria de normas, com características diferentes dos princípios e normas, que Humberto Ávila chama de postulado normativo¹⁵⁵.

Cria-se uma hierarquia entre as normas, de modo que, num primeiro grau estão situadas as regras e princípios, e num segundo grau, as metanormas ou postulados normativos.

Nesse sentido, entende o autor:

O funcionamento dos postulados difere muito do dos princípios e das regras. Com efeito, os princípios são definidos como normas imediatamente finalísticas, isto é, normas que impõem a promoção de um estado ideal de coisas por meio da prescrição indireta de comportamentos cujos efeitos são havidos como necessários àquela promoção. Diversamente, os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas de modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos. Portanto, não se podem confundir princípios com postulados.¹⁵⁶

A partir disso, o posicionamento defendido nesse trabalho segue a linha de que a natureza jurídica do valor da dignidade da pessoa humana se encaixa na definição de postulado normativo, de Humberto Ávila.

4 A LEI DE TRANSPLANTES E SUAS IMPLICAÇÕES NO CENÁRIO SOCIAL BRASILEIRO

A Lei 9434/97, também conhecida como Lei de Transplantes, teve alguns de seus dispositivos alterados pela Lei 10.211/2001. Além disso, até 2017, era

¹⁵⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios fundamentais**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 44. Disponível em <<https://direitoutp2016.files.wordpress.com/2016/03/humberto-c3a1vila-teoria-dos-princc3adpios-completo.pdf>>. Acesso em: 21 abril 2019.

¹⁵⁵Ibid, p. 87.

¹⁵⁶Ibid, p. 89.

regulamentada pelo Decreto nº 2.268/97, até que adveio o Decreto nº 9.175/17, revogando o ato normativo anterior.

4.1 LEI Nº 9.434, DE 04 DE FEVEREIRO DE 1997

A Lei nº 9.434/97 disciplina a remoção de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, para fins de transplante ou outra finalidade terapêutica. Seus 25 artigos estão estruturados através de seis capítulos, quais sejam: I – Das disposições gerais; II – Da disposição *post mortem* de tecidos, órgãos e partes do corpo humano para fins de transplante; III – Da disposição de tecidos, órgãos e partes do corpo humano vivo para fins de transplante ou tratamento; IV – Das disposições complementares; V – Das sanções penais e administrativas; VI – Das disposições finais.¹⁵⁷

Conforme já disposto anteriormente nesse trabalho, nos termos da Lei de Transplantes, é permitido no ordenamento jurídico brasileiro, na atualidade, a remoção de órgãos e partes do corpo, tanto em vida, quanto após a morte, assim como de tecidos, exceto sangue, óvulo e esperma.¹⁵⁸

Para realização de remoção e transplante ou enxerto, é necessário que a equipe médica e a instituição de saúde possuam prévia autorização do Sistema Único de Saúde, que apenas poderá ser fornecida após realização de todos os testes de triagem no doador.¹⁵⁹

No que tange à disposição *post mortem*, a retirada do tecido, órgão ou parte do corpo depende da comprovação e registro da morte encefálica do indivíduo e de autorização da família.¹⁶⁰

Já com relação à remoção em pessoa viva, é permitido, em se tratando de juridicamente capaz, a disposição gratuita de seus órgãos e tecidos objetivando a

¹⁵⁷ BRASIL. **Lei 9434/97**. Brasília, DF: Presidência da República, [2007]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.html>. Acesso em: 25 de abril de 2019.

¹⁵⁸Ibid, p.1.

¹⁵⁹ BRASIL. **Lei 9434/97**. Brasília, DF: Presidência da República, [2007]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.html>. Acesso em: 25 de abril de 2019.

¹⁶⁰Ibid, p.1.

realização de tratamentos e transplantes, por meio de autorização escrita e específica do doador. Sendo o receptor pessoa diversa de cônjuge ou parente consanguíneo, de até quarto grau, faz-se necessária autorização judicial. Nesse caso, a revogação pode ser feita a qualquer momento, até a realização do procedimento.¹⁶¹

Nas disposições complementares, a lei cria e estrutura o Sistema Nacional de Transplantes (STN), que gerencia essa rede de doação, recepção, distribuição, retirada e transplante de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano, no país. O STN é responsável pela organização da lista única de espera.¹⁶²

A Lei nº 9.434/97 fixa, então, alguns requisitos para a realização do transplante, voltando-se, nesse momento, para o receptor. Indica a necessidade de esse estar inscrito nesta lista única de espera e ser informado sobre os riscos do procedimento. Além disso, faz-se necessário o seu consentimento expresso para que o transplante ocorra.¹⁶³

Impende ressaltar que condutas em desconformidade com o disposto na Lei de Transplante podem sofrer sanções penais e administrativas. As penas estipuladas são detenção, reclusão cumulada com multa, ou apenas a aplicação desta última. Já no caso das sanções administrativas, a Lei prevê a suspensão das atividades do estabelecimento de saúde ou da equipe médica, de forma temporária ou permanente, pelas autoridades competentes. É possível ainda a aplicação de multa em certos casos.¹⁶⁴

4.1.1 Do advento de Lei nº 10.211/01 e do Decreto nº 9.175/17

A Lei nº 9.434/97, desde o seu surgimento, sofreu algumas alterações em seu texto, por conta da edição do Decreto nº 9.175/17 e da Lei nº 10.211/01.

¹⁶¹ BRASIL. **Lei 9434/97**. Brasília, DF: Presidência da República, [2007]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.html>. Acesso em: 25 de abril de 2019.

¹⁶² BRASIL. Ministério da Saúde. Sistema Único de Saúde. **DATASUS: Departamento de Informática do SUS. STN - Órgãos**. Disponível em: <<http://datasus.saude.gov.br/sistemas-e-aplicativos/regulacao/snt-orgaos>> Acesso em: 23 abr. 2019.

¹⁶³ BRASIL. **Lei 9434/97**, op. cit..

¹⁶⁴ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 371.

A Lei de Transplantes, de 1997, possui um texto originário criado com base na realidade social da época, de modo que faz-se necessária a atualização dos seus dispositivos, para uma adequação com base nas situações contemporâneas, que vêm surgindo a partir das constantes inovações científicas, as quais produzem efeitos diretos na Medicina, e, conseqüentemente, em toda a sociedade.

Em 23 de março de 2001, foi editada a Lei nº 10.211, fixando uma nova redação para alguns artigos da Lei nº 9.434/97. Já em seu artigo 1º a citada lei elenca os cinco dispositivos da Lei de Transplantes que sofreram alterações.¹⁶⁵ Dentre alterações realizadas pela nova legislação, uma delas merece destaque nesse trabalho, qual seja a alteração do artigo 4º.

Em seu texto original, o artigo 4º estabelecia:

Art. 4º. 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*.

§ 1º A expressão "não-doador de órgãos e tecidos" deverá ser gravada, de forma indelével e inviolável, na Carteira de Identidade Civil e na Carteira Nacional de Habilitação da pessoa que optar por essa condição.

§ 2º A gravação de que trata esse artigo será obrigatória em todo o território nacional a todos os órgãos de identificação civil e departamentos de trânsito, decorridos trinta dias da publicação desta Lei.

§ 3º O portador de Carteira de Identidade Civil ou de Carteira Nacional de Habilitação emitidas até a data a que se refere o parágrafo anterior poderá manifestar sua vontade de não doar tecidos, órgãos ou partes do corpo após a morte, comparecendo ao órgão oficial de identificação civil ou departamento de trânsito e procedendo à gravação da expressão "não-doador de órgãos e tecidos".

§ 4º A manifestação de vontade feita na Carteira de Identidade Civil ou na Carteira Nacional de Habilitação poderá ser reformulada a qualquer momento, registrando-se, no documento, a nova declaração de vontade.

§ 5º No caso de dois ou mais documentos legalmente válidos com opções diferentes, quanto à condição de doador ou não, do morto, prevalecerá aquele cuja emissão for mais recente.¹⁶⁶

¹⁶⁵ BRASIL. **Lei nº 10.211, de 23 de fevereiro de 2001**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10211.htm> Acesso em 28 de abril de 2019.

¹⁶⁶ BRASIL. **Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1997/lei-9434-4-fevereiro-1997-372347-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 28 abr. 2019.

O Projeto de Lei de Conversão (CN) nº 6, de 2001, que veio a gerar a Lei 10.211/01, indicava a revogação dos parágrafos 1º a 5º do artigo 4º, da Lei nº 9.434/97, assim como a inclusão de um parágrafo único.¹⁶⁷

Esse parágrafo determinava que: "A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas poderá ser realizada a partir de registro feito em vida, pelo *de cuius*, nos termos do regulamento."¹⁶⁸

Ocorre que esse Projeto de Lei de Conversão nº 6 fora enviado ao Presidente da República, o qual o vetou parcialmente, por considerá-lo em desacordo com o interesse público, de acordo com a Mensagem nº 252, de 23 de março de 2001.¹⁶⁹

Assim, ao expor suas razões do veto, explicou:

A inserção desse parágrafo induz o entendimento que, uma vez o potencial doador tenha registrado em vida a vontade de doação de órgãos, esta manifestação em si só seria suficiente como autorização para a retirada dos órgãos. Isto além de contrariar o disposto no *caput* do art. 4º - a autorização familiar, contraria a prática da totalidade das equipes transplantadoras do País, que sempre consultam os familiares (mesmo na existência de documento com manifestação positiva de vontade do potencial doador) e somente retiram os órgãos se esses, formalmente, autorizarem a doação.¹⁷⁰

Assim, evidente é a mudança dos alicerces que sustentam todo o sistema de doação de órgãos e tecidos, no Brasil.

Nesse mesmo sentido, o Decreto nº 2.268/97, que regulamentava a Lei 9.343/97 antes de ser revogado pelo Decreto nº 9.175/17, em seu artigo 14, constante no Capítulo III, da doação de partes, Seção I, sobre a disposição *post mortem*, continha a seguinte redação:

Art. 14. A retirada de tecidos, órgãos e partes, após a morte, poderá ser efetuada, independentemente de consentimento expresso da família, se, em vida, o falecido a isso não tiver manifestado sua objeção.
§ 1º A manifestação de vontade em sentido contrário à retirada de tecidos, órgãos e partes será plenamente reconhecida se constar da Carteira de Identidade Civil, expedida pelos órgãos de identificação da

¹⁶⁷ BRASIL. **Projeto de lei de conversão (CN) nº 6, de 2001**. Disponível em: <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/pesquisa/-/materia/46770>>. Acesso em: 30 abr. 2019.

¹⁶⁸ BRASIL. **Mensagem n 252, de 23 de março de 2001**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/Mensagem_Veto/2001/Mv252-01.htm> Acesso em: 30 abr. 2019.

¹⁶⁹ *Ibid*, p.1.

¹⁷⁰ *Ibid*, p.1.

União, dos Estados e do Distrito Federal, e da Carteira Nacional de Habilitação, mediante inserção, nesses documentos, da expressão "não-doador de órgãos e tecidos".

§ 2º Sem prejuízo para a validade da manifestação de vontade, como doador presumido, resultante da inexistência de anotações nos documentos de pessoas falecidas, admitir-se-á a doação expressa para retirada após a morte, na forma prevista no [Decreto nº 2.170, de 4 de março de 1997](#), e na Resolução nº 828, de 18 de fevereiro de 1977, expedida pelo Conselho Nacional de Trânsito, com a anotação "doador de órgãos e tecidos" ou, ainda, a doação de tecidos, órgãos ou partes específicas, que serão indicados após a expressão "doador de ...".

§ 3º Os documentos de que trata o § 1º desse artigo, que venham a ser expedidos, na vigência desse Decreto, conterão, a pedido do interessado, as indicações previstas nos parágrafos anteriores.

§ 4º Os órgãos públicos referidos no § 1º deverão incluir, nos formulários a serem preenchidos para a expedição dos documentos ali mencionados, espaço a ser utilizado para quem desejar manifestar, em qualquer sentido, a sua vontade em relação à retirada de tecidos, órgãos e partes, após a sua morte.

§ 5º É vedado aos funcionários dos órgãos de expedição dos documentos mencionados nesse artigo, sob pena de responsabilidade administrativa, induzir a opção do interessado, salvo a obrigatoriedade de informá-lo de que, se não assinalar qualquer delas, será considerado doador presumido de seus órgãos para a retirada após a morte.

§ 6º Equiparam-se à Carteira de Identidade Civil, para os efeitos desse artigo, as carteiras expedidas pelos órgãos de classe, reconhecidas por lei como prova de identidade.

§ 7º O interessado poderá comparecer aos órgãos oficiais de identificação civil e de trânsito, que procederão à gravação da sua opção na forma dos §§ 1º e 2º desse artigo, em documentos expedidos antes da vigência desse Decreto.

§ 8º A manifestação de vontade poderá ser alterada, a qualquer tempo, mediante renovação dos documentos.¹⁷¹

(grifos nossos)

Esse texto fora alterado pelo Decreto nº 9.175/17, que trouxe um novo posicionamento sobre o tema, em conformidade com o as modificações promovidas pela Lei 10.211/01, principalmente no que tange à forma de consentimento.

Seu artigo 17, também do Capítulo III, da doação de partes, Seção I, sobre a disposição *post mortem* de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano para realização de transplante ou enxerto, passou a estabelecer:

Art. 17. A retirada de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano poderá ser efetuada após a morte encefálica, **com o consentimento expresso da família**, conforme estabelecido na Seção II desse Capítulo.

§ 1º O diagnóstico de morte encefálica será confirmado com base nos critérios neurológicos definidos em resolução específica do Conselho Federal de Medicina - CFM.

¹⁷¹ BRASIL. **Decreto nº 2.268/97**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/D2268.htm> Acesso em: 30 abr. 2019.

§ 2º São dispensáveis os procedimentos previstos para o diagnóstico de morte encefálica quando ela decorrer de parada cardíaca irreversível, diagnosticada por critérios circulatórios.

§ 3º Os médicos participantes do processo de diagnóstico da morte encefálica deverão estar especificamente capacitados e não poderão ser integrantes das equipes de retirada e transplante.

§ 4º Os familiares que estiverem em companhia do paciente ou que tenham oferecido meios de contato serão obrigatoriamente informados do início do procedimento para diagnóstico da morte encefálica.

§ 5º Caso a família do paciente solicite, será admitida a presença de médico de sua confiança no ato de diagnóstico da morte encefálica.¹⁷²

(grifos nossos)

Assim, deixa-se de adotar o modelo da doação presumida, no qual, em caso de ausência de manifestação do indivíduo, em vida, posicionando-se em sentido contrário, após sua morte, seria esse considerado necessariamente doador presumido.

Nestas circunstâncias, o consentimento seria presumido, estando, com isso, autorizada a doação de órgãos, tecidos e partes do corpo do falecido, independente de autorização da família.

A objeção, quando realizada, deveria ainda seguir as formalidades legais para ser plenamente reconhecida, a partir da inscrição como "não doador de órgãos" na Carteira de Identidade Civil e na Carteira Nacional de Habilitação, ou em um documento de identificação profissional.¹⁷³

Diversas vezes se levantaram em oposição a esse modelo, utilizando, para tal, vários argumentos.

Muitos consideravam-no equivocado, partindo do entendimento de que a doação requer liberalidade, nunca presunção. Falou-se bastante ainda sobre a falta de informação da população, de modo que a ausência da inscrição "não doador de órgãos" poderia significar não o desejo livre e consciente de tornar-se doador, após

¹⁷²BRASIL. **Decreto nº9.175/17**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9175.htm>. Acesso em: 30 abr. 2019.

¹⁷³BRASIL. **Lei 9434/97**. Brasília, DF: Presidência da República, [2007]. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.html> Acesso em: 25 de abril de 2019.

¹⁷³Ibid, p.1.

a morte, mas sim o desconhecimento do indivíduo sobre a necessidade desse registro.¹⁷⁴

Além disso, houve quem entendesse que a inscrição da condição de não doador de órgãos, nos documentos pessoais, poderia gerar uma reprovação social sobre o indivíduo, quem poderia ser rotulado como alguém desumano ou egoísta. Mostrava-se ser, assim, um procedimento atentatório à intimidade e a privacidade, por tornar pública uma decisão tão pessoal.¹⁷⁵

Enfim, descartado esse modelo da doação presumida, passa-se a adotar uma estrutura na qual há necessidade de autorização expressa para a realização da doação de órgãos, tecidos e partes do corpo humano, *post mortem*.

Ocorre que, saindo de uma situação de claro incentivo à doação, até mesmo de forma um tanto exagerada, passa-se a ter um ambiente no qual se prioriza conferir maior segurança à doação de órgãos, por um meio, porém, que torna em muito dificultoso esse processo.¹⁷⁶

Isto fica evidente, no modelo atual de autorização consentida, visto que, a autorização necessária para que se realize a doação não parte do próprio indivíduo o qual, após a morte, se tornará doador, mas sim dos seus familiares.

4.1.2 Aspectos polêmicos da Lei

Mesmo com as diversas modificações realizadas na redação original da Lei 9.434/97, por meio da Lei 10.211/01 e do Decreto 9.175/17, com o objetivo de manter um compasso entre a legislação, as constantes evoluções tecnológicas e o

¹⁷⁴ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 477.

¹⁷⁵ Ibid, p. 478.

¹⁷⁶ CHAVES, Cristiano. Mudanças normativas nos transplantes de órgãos: eliminação da atuação do MP e ineficácia da declaração da vontade de ser doador. **Meu Site Jurídico**, p. 137, 23 out. 2017. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/10/23/mudancas-normativas-nos-transplantes-de-orgaos-eliminacao-da-atuacao-mp-e-ineficacia-da-declaracao-da-vontade-de-ser-doador/>> Acesso em: 30 abr. 2019.

desenvolvimento social, alguns pontos ainda se mostram polêmicos, frente à sociedade, principalmente no que tange à aplicação prática de seus dispositivos.

Faz-se necessário tratar, inicialmente, do receio que assola grande parte da população, sobre a precariedade do sistema público de saúde, de modo geral. Esse cenário cria barreiras severas para a ascensão do processo de doação de órgãos no país.

Diversos procedimentos contidos na Lei de Transplantes, principalmente com relação à toda a dinâmica envolvida na captação e distribuição dos órgãos e tecidos, assim como sua conservação e aproveitamento, quando aplicados numa realidade de verdadeira crise do setor da saúde, a qual vive hoje o Brasil, inevitavelmente gera um ambiente de desânimo e desestímulo à realização da doação.¹⁷⁷

Tanto quando realizada em vida, por motivos óbvios associados aos riscos envolvidos à saúde do doador, quanto nos casos em que a doação é efetuada após a morte do indivíduo, por conta do momento de comoção e tristeza vivido, faz-se necessário um panorama de segurança e suporte por parte do estabelecimento de saúde e da equipe médica.

As disposições da Lei 9.434/97, por tratarem de procedimentos de alta complexidade, que abarcam questões como a constatação da morte encefálica do paciente, a realização de testes de triagem para eventual diagnóstico de infestação e infecção, a necessidade de imediata necropsia do cadáver e posterior recomposição para sepultamento¹⁷⁸, demonstram a essencialidade da garantia de um factível e eficiente *modus operandi*.

Ocorre que, na maioria das vezes, o que a população encontra na rede pública de saúde é um sistema com aparelhagem sucateada, profissionais mal remunerados e infraestrutura de má qualidade.¹⁷⁹

¹⁷⁷ SILVA, Guilherme Rodrigues da. O SUS e a crise atual do setor público da saúde. **Saude soc.**, São Paulo, v. 4, n. 1-2, p. 15-21, 1995. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12901995000100004&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 04 maio 2019.

¹⁷⁸ BRASIL. **Lei 9434/97**. Brasília, DF: Presidência da República, [2007]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.html. Acesso em: 04 maio 2019.

¹⁷⁹ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 487.

Impende ressaltar que não há apenas obstáculos qualitativos, mas também quantitativos. Em seu artigo 2º, a Lei de Transplantes determina que o transplante ou enxerto do órgão apenas poderá ser feito por estabelecimento de saúde e por equipe médica especializada que tenham sido previamente autorizados pelo órgão de gestão nacional do Sistema Único de Saúde.

Tomando como base o Manual de Credenciamento para transplantes de órgãos, divulgado pela Secretaria de Estado da Saúde de Goiás, em conjunto com a Superintendência de acesso à serviços hospitalares e ambulatoriais e a Central de Transplantes de Goiás, é possível perceber a determinação de inúmeros requisitos para concessão desta autorização, para o estabelecimento de saúde e outros mais para a equipe médico-cirúrgica.¹⁸⁰ Exigências as quais acabam gerando um número escasso de equipes médicas e estabelecimentos de saúde efetivamente autorizados a realizarem transplantes.¹⁸¹

Há ainda que se falar no temor social existente com relação à comercialização de órgãos, tecidos e partes do corpo, prática que, mesmo tipificada pela Lei de Transplantes, em seu artigo 15, continua sendo realizada informalmente no mundo, diminuindo a aderência social à doação.¹⁸²

Além de todos esses problemas que cercam o processo de doação e recepção de órgãos, no Brasil, tornando-o, em muito, deficitário, uma outra barreira é criada pela Lei 9.434/97.

Após a superação do modelo de doação presumida, tem-se atualmente o modelo da autorização consentida. Assim, a retirada do órgão, tecido ou parte do corpo do indivíduo dependerá de autorização expressa.

Quando a disposição ocorre em vida, esta autorização deverá ser dada pelo doador. Porém, com relação à disposição *post mortem*, estabelece a lei, em seu artigo 4,

¹⁸⁰GOIÁS. Secretaria de Estado da Saúde. **Manual de Credenciamento:** transplante de órgãos sólidos. Goiás: Secretaria de Estado da Saúde, Superintendência de acesso à serviços hospitalares e ambulatoriais, Central de Transplantes de Goiás, 2017. Disponível em: <<http://www.saude.go.gov.br/wp-content/uploads/2016/12/manual-de-credenciamento-para-transplante-de-orgaos-solidos.pdf>>. Acesso em: 04 maio 2019.

¹⁸¹DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 480.

¹⁸²COMÉRCIO de órgãos representa 10% do tráfico internacional. **Estadão**, São Paulo, jan. 2011. Disponível em: <<https://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,comercio-de-orgaos-representa-10-do-trafico-internacional-imp-,663804>>. Acesso em: 13 maio 2019.

que a remoção do órgão, tecido ou parte do corpo, deverá ser precedida de autorização fornecida pelo cônjuge ou outro parente, maior de idade, em linha reta ou colateral, de até segundo grau¹⁸³.

Desse modo, ainda que o falecido tenha, em vida, manifestado expressamente o seu desejo em tornar-se doador de órgãos, caso a família não autorize a realização, após sua morte, não será esta realizada.

Tal dispositivo, num sistema atualmente escasso, no qual a oferta não consegue acompanhar o ritmo da demanda, mostra-se altamente incoerente e descabido.

Isto posto, demonstra-se urgente a necessidade de previsão na Lei de Transplantes, e no ordenamento jurídico brasileiro, como um todo, de um mecanismo que possibilite ao indivíduo manifestar o seu desejo em se tornar doador de órgãos, após sua morte.

4.2 DOAÇÃO DE ÓRGÃOS CONTEMPLADA NAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

Na procura por um mecanismo legal, válido e eficaz através do qual seja possível manifestar a vontade de tornar-se, *post mortem*, doador de órgãos, com a segurança de que a vontade pessoal prevalecerá em detrimento dos interesses da família, surgem debates acerca das diretivas antecipadas de vontade, mais especificamente sobre o testamento vital.

As diretivas antecipadas de vontade constituem o meio através do qual o indivíduo pode se manifestar, de forma prévia e expressa, sobre os tratamentos que deseja ou não vir a receber, diante da possibilidade de futuramente não estar capacitado para o fazer.

O testamento vital, por sua vez, divide opiniões. Para alguns, esse instituto é considerado sinônimo das diretivas antecipadas de vontade. Outra parte da doutrina,

¹⁸³BRASIL. **Lei 9434/97**. Brasília, DF: Presidência da República, [2007]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.html>. Acesso em: 04 maio 2019.

porém, compreende as diretivas como um gênero, do qual, são espécies o testamento vital e o mandato duradouro.

Nesse sentido, testamento vital é o mecanismo por meio do qual o indivíduo, pessoal e diretamente, realiza esta manifestação de vontade com relação aos tratamentos e procedimentos médicos que deseja receber, quando estiver incapacitado para se expressar.¹⁸⁴

O Código Civil de 2002, em seu artigo 14, estabelecer ser "válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte".¹⁸⁵

Assim, fala-se da disposição, realizada pelo indivíduo, sobre o próprio corpo, seus órgãos e tecidos, *post mortem*, não havendo a determinação de forma específica para tal.

Isto posto, questiona-se: Porque não ser o testamento vital considerado um meio válido e eficaz através do qual o indivíduo poderá determinar, então, o desejo em realizar esta disposição do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da sua morte?

Por esse ângulo, impende analisar a legislação civilista no que tange às disposições testamentárias. Ana Luiza Maia Nevares conceitua o instituto do testamento. Vejamos:

O testamento é instrumento que deve desempenhar uma função positiva no ordenamento jurídico, a saber, a realização da dignidade da pessoa humana, através da ponderação dos princípios da liberdade e da solidariedade. Trata-se do negócio por meio do qual o legislador faculta ao particular estabelecer disposições cujos efeitos são produzidos após a sua morte, que contém uma eficácia múltipla, servindo, portanto, a diversos objetivos do testador.¹⁸⁶

¹⁸⁴DADALTO, Luciana. Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal). **Revista de Bioética e Derecho**, n. 28, p. 6, maio 2013. Disponível em: < <https://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2018/05/Distor%C3%A7%C3%B5es-acerca-do-testamento-vital-no-Brasil.pdf> > Acesso em: 16 abr. 2019.

¹⁸⁵BRASIL. **Código Civil, Lei 10402/02**. Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10730594/artigo-6-da-lei-n-10406-de-10-de-janeiro-de-2002>> Acesso em: 04 maio 2019.

¹⁸⁶NEVARES, Ana Luiza Maia. **A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 311.

O Código Civil, em seu Título III, da sucessão testamentária, Capítulo I, do testamento em geral, no artigo 1.857, principalmente o seu parágrafo 2º, demonstra as bases legais que estruturam a afirmação supracitada da autora, com relação à abrangência do conteúdo testamentário, o qual possui eficácia múltipla. *In verbis*:

Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte.
§ 2º São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado.¹⁸⁷

Desta forma, fica clara a possibilidade, com respaldo legal, de o indivíduo utilizar o testamento, não apenas para estabelecer disposições patrimoniais, mas também extrapatrimoniais, a partir de interesses existenciais do testador.¹⁸⁸

Numa análise desse dispositivo, em conjunto como artigo 14, do Código Civil e com a Lei 9.434/97, já tratados anteriormente, conclui-se então que, não havendo no ordenamento jurídico brasileiro dispositivo legal especial regulamentando a matéria, como houve na vigência da redação original da Lei de Transplantes, determinando um meio específico para o fazer, é então o testamento plenamente hábil para que o indivíduo manifeste sua vontade em se tornar doador de órgãos, após a morte.

Impende recordar que a Lei 9.434/97, antes das suas alterações, estabelecia a necessidade de o indivíduo, para manifestar-se de forma contrária à doação de órgãos, seguir as formalidades legais, a partir da inscrição como "não doador de órgãos" na Carteira de Identidade Civil e na Carteira Nacional de Habilitação, ou em um documento de identificação profissional.

Faz-se necessário esclarecer que, sendo o testamento um negócio jurídico unilateral, livre e gratuito, personalíssimo, revogável e solene, é imperioso que todas as formalidades sejam cumpridas.

Importante frisar ainda que o testamento civil e o testamento vital são institutos distintos, que guardam semelhanças, por serem atos unilaterais, revogáveis e livres. Porém, o testamento civil é um negócio jurídico que apenas produzirá efeitos após a

¹⁸⁷ BRASIL. **Código Civil, Lei 10402/02**. Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10730594/artigo-6-da-lei-n-10406-de-10-de-janeiro-de-2002>> Acesso em 04 maio 2019.

¹⁸⁸ NEVARES, Ana Luiza Maia, op. cit., p 313.

morte do indivíduo, enquanto o testamento vital produz efeitos ainda em vida, quando da incapacidade em manifestar sua vontade de forma clara e consciente.

Seguindo, porém, o mesmo raciocínio, não há óbice legal que impeça a manifestação de vontade por meio do testamento vital, visto que o ordenamento jurídico brasileiro não estabelece nenhum meio específico para registro do desejo do indivíduo em se tornar doador de órgãos, após a sua morte.

4.3 VONTADE DA FAMÍLIA SOBRE A VONTADE DO DE CUJUS E AS REPERCUSSÕES SOCIAIS E JURÍDICAS

A concepção de família passou por bruscas mudanças, nos últimos tempos.

Antigamente, a ideia de família baseava-se num modelo altamente patriarcal, patrimonial e matrimonial. Nesse sentido, o Código Civil de 1916 apenas reconhecia a constituição familiar a partir do matrimônio, à época, considerado indissolúvel.¹⁸⁹

Diante da evolução social conquistada através da luta pelo direito à liberdade, igualdade entre homem e mulher, proteção da dignidade da pessoa humana, e principalmente a partir do advento da Constituição Federal de 1988, o conceito de família fora profundamente reestruturado. Descartando o modelo anterior, passou-se para a consolidação da ideia da família conjugal, igualitária e democrática.

A Constituição Federal de 1988 determinou, então, em seu artigo 226, indicou a família como "base da sociedade", dando a esta especial proteção estatal.¹⁹⁰

Desse modo, a partir de então, percebeu-se a atribuição de uma importância maior à ideia de família, baseada nos valores constitucionais.

Parece, porém, desarrazoado, entregar aos familiares a decisão sobre o destino do corpo do indivíduo, fazendo a sua escolha prevalecer à dele próprio, principalmente no que tange à doação *post mortem*, visto se tratar de um momento de dor e comoção.

¹⁸⁹NEVARES, Ana Luiza Maia. **A função promocional do testamento**: tendências do direito sucessório. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 95.

¹⁹⁰BRASIL. [Constituição (1998)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em:<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 17 abr. 2019.

A Lei 9.434/97, após alterada pela Lei 10.211/01 e pelo Decreto 9.175/17, em seu artigo 4º, determina:

Art. 4º 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.

Parágrafo único. (VETADO)¹⁹¹

Principalmente após o veto do parágrafo único, que determinava que a retirada dos órgãos seria realizada após a morte do *de cuius*, quando esse tivesse realizado o registro da sua vontade, nos termos do regulamento, fica clara a prevalência da vontade da família sobre a vontade do próprio indivíduo.¹⁹²

Não há dúvidas sobre ser de conhecimento geral a inevitabilidade da morte, porém, tanto quanto, inevitável é também o domínio dos sentimentos de dor, saudade, angústia e desespero, quando realmente vive-se a partida de um familiar.

De forma quase instantânea à constatação da morte encefálica, ocorre a entrevista dos familiares para que possa ser dada por eles a decisão sobre a doação ou não dos órgãos e tecidos do falecido. A agilidade é essencial à efetividade do transplante, porém, pode gerar a tomada de escolhas precipitadas.¹⁹³

A essencial do ato de doar é a generosidade humana, mas como se posiciona Cristiano Chaves, " parece ser excessivo exigir dos familiares um gesto altruístico em momento tão doloroso".¹⁹⁴

Além destas questões, há que se falar que a ideia que individual sobre o instituto da doação, varia em muito a partir das concepções culturais e religiosas de cada um.

¹⁹¹ BRASIL. **Lei 9434/97**. Brasília, DF: Presidência da República, [2007]. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.html> Acesso em: 04 maio 2019.

¹⁹² BRASIL. **Mensagem n 252, de 23 de março de 2001**. Brasília, DF: Presidência da República, [2001]. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/Mensagem_Veto/2001/Mv252-01.htm> Acesso em: 30 abr. 2019.

¹⁹³ MAYNARD, Lorena Oliveira Dantas, et al. Os conflitos do consentimento acerca da doação *post mortem* no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 16, n. 3, 2015. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/111657>> Acesso em 05 maio 2019.

¹⁹⁴ CHAVES, Cristiano. Mudanças normativas nos transplantes de órgãos: eliminação da atuação do MP e ineficácia da declaração da vontade de ser doador. **Meu Site Jurídico**, p. 137, 23 out. 2017. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/10/23/mudancas-normativas-nos-transplantes-de-orgaos-eliminacao-da-atuacao-mp-e-ineficacia-da-declaracao-da-vontade-de-ser-doador/>> Acesso em: 30 abr. 2019.

Importa esclarecer ainda que nada se fala sobre a necessidade de qualquer proximidade entre os familiares e o falecido, de modo que, independentemente desse fator, será do cônjuge ou outro parente, maior de idade, em linha reta ou colateral, de até segundo grau.

Por esses motivos, demonstra-se altamente delicado atribuir à família a exclusividade do poder decisório sobre a realização ou não da doação dos órgãos e tecidos do falecido, além de bastante prejudicial para o Sistema de Transplantes, como um todo.

Nesse cenário, é certo que, aparentemente, não há nenhum obstáculo legal capaz de desconstituir a validade e a eficácia do registro, por meio do testamento vital, da manifestação de vontade do indivíduo em tornar-se doador de órgãos, quando da sua morte.

Ocorre que, ainda que esse caminho não atente contra nenhuma disposição legal, na prática, ele não produzirá qualquer efeito vinculante e impositivo, diante da Lei de Transplantes.

Não há qualquer forma, então, do indivíduo determinar o destino dos seus órgãos e tecidos, para após a sua morte, o que viola totalmente a autonomia privada, atingindo o âmago do princípio da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana, considerada metanorma¹⁹⁵, e estabelecida pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, se dobra diante da prevalência da decisão da família sobre a vontade do indivíduo.¹⁹⁶

Assim, fica clara a necessidade de alteração do artigo 4º da Lei 9.434/97, em respeito à autonomia privada, dignidade da pessoa humana e aos princípios bioéticos, objetivando a harmonização do ordenamento jurídico como um todo e do progresso do Sistema Nacional de Transplantes.

¹⁹⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios fundamentais**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.p. 88 - 90. Disponível em:< <https://direitoutp2016.files.wordpress.com/2016/03/humberto-c3a1vila-teoria-dos-princc3adpios-completo.pdf>> Acesso em: 05 maio 2019.

¹⁹⁶ BRASIL. [Constituição (1998)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 17 abr. 2019.

CONCLUSÃO

A evolução constante da Ciência, em especial, da Medicina, vêm trazendo benefícios incalculáveis para a sociedade. A possibilidade de realização de transplantes de órgãos, tecidos e partes do corpo salvou milhares de vidas ou melhorou potencialmente sua qualidade.

Essas novas situações geradas pelo progresso científico e tecnológico levantaram, porém, diversos debates de cunho técnico, ético e jurídico.

Essa trajetória de desenvolvimento e aperfeiçoamento dos estudos acerca dos transplantes de órgãos, demonstrou a necessidade de regulamentação, considerando todo o procedimento e sua aplicação prática, para promover a maximização da proteção do ser humano e dos benefícios gerados para a sociedade.

O tratamento da matéria no ordenamento jurídico brasileiro sofreu diversas alterações, ao longo do tempo. Percebe-se atenção especial no sentido de destacar o caráter gratuito e o objetivo altruístico ou científico do procedimento. Além disso, outro foco foi a forma de autorização para a retirada do órgão, tecido ou parte do corpo, tendo essa questão sofrido muitas modificações também.

Foi criado, nesse sentido, o Sistema Nacional de Transplantes, para viabilizar a doação de órgãos, no Brasil. Esse sistema é responsável pelo controle e monitoramento das doações, a partir do desenvolvimento de um processo de captação e distribuição.

Ocorre que, muitos problemas ainda cercam a atuação do SNT. Existe, naturalmente, a dificuldade de encontrar um doador compatível com o receptor, mas além desse, há ainda outros fatores de natureza logístico-administrativa e econômica, geográfica, cultural e moral.

A problemática central desse trabalho, envolvendo a doação de órgãos no Brasil, volta-se para o art. 4º da Lei 9.434/97, em sua redação atual. Essa lei, denominada

Lei de Transplantes, regulamenta a disposição de órgão, tecido e parte do corpo, para fins de transplante e tratamento, e o referido dispositivo

estabelece que a doação *post mortem* dos órgãos do indivíduo será submetida à autorização da família e, somente por meio desta, poderá ser realizada.

O Código Civil, em seu art.14, valida a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte, em havendo finalidade científica ou altruística.

Assim, fala-se da disposição, realizada pelo indivíduo, sobre o próprio corpo, seus órgãos e tecidos, *post mortem*, não havendo a determinação de forma específica para tal.

Nesse cenário, verifica-se que o instituto das diretivas antecipadas de vontade, mais especificamente o testamento vital, mecanismo através do qual o indivíduo, pessoal e diretamente, manifesta a sua vontade com relação aos tratamentos e procedimentos médicos que deseja receber, quando estiver incapacitado para se expressar, é um meio válido e eficaz através do qual o indivíduo poderá registrar esse desejo de tornar-se doador de órgãos, quando da sua morte.

O Código Civil determina ainda, no seu art. 105, que é a declaração de vontade não dependerá de forma especial, se a lei não exigir de forma expressa. Assim, não há nenhum obstáculo legal capaz de desconstituir a validade e a eficácia desse registro, por meio do testamento vital.

Ocorre que, ainda que esse caminho não atente contra nenhuma disposição legal, na prática, não produzirá qualquer efeito impositivo, diante da Lei de Transplantes.

Desse modo, depreende-se que a legislação específica da doação de *órgãos post mortem* confronta com a determinação civilista sobre o direito ao corpo morto.

Assim, a ausência de qualquer possibilidade de o indivíduo determinar o destino dos seus órgãos e tecidos, para após a sua morte, afronta a autonomia privada, atingindo o âmago do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, conclui-se que a autonomia privada, poder do indivíduo de regular as relações que participa e de atuar com liberdade no desenvolvimento da própria personalidade, incluindo a integridade física e o corpo, é violada.

Além disso, a dignidade da pessoa humana, estabelecida pela Constituição Federal como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, inerente a todo ser humano, e essencial para a liberdade, justiça e paz no mundo, também é desrespeitada diante da prevalência da decisão da família sobre a vontade do indivíduo.

Desse modo, o art. 4º, da Lei 9.434/97 representa não só uma nova barreira à realização da doação e, conseqüentemente, à efetividade do SNT, mas um desrespeito ao valor da dignidade da pessoa humana e à autonomia privada, confrontando com os fundamentos da Constituição Federal, a legislação civilista sobre o direito ao corpo morto e os princípios da bioética.

Diante dessas inconsistências e das numerosas alterações recentes realizadas na Lei de Transplantes, não é possível prosperar a atual redação do referido dispositivo, mostrando-se imediata a necessidade de sua harmonização com o ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

- ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. **Dicionário escolar da língua portuguesa**. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/16342402/robert-alexey-teoria-dos-direitos-fundamentais-2015->> Acesso em: 20 abr. 2019.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios fundamentais**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.88 - 90. Disponível em <<https://direitoutp2016.files.wordpress.com/2016/03/humberto-c3a1vila-teoria-dos-princc3adpios-completo.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2019.
- BIBLIOTECA VIRTUAL DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Transplante de Órgãos**. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/dicas/142transplante_de_orgaos.html>. Acesso em: 21 out. 2018.
- BRASIL. **Código Civil, Lei 10402/02**. Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10730594/artigo-6-da-lei-n-10406-de-10-de-janeiro-de-2002>> Acesso em 04 maio 2019.
- BRASIL. [Constituição (1998)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 21 out. 2018.
- BRASIL. **Decreto nº 2.268/97**. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/D2268.htm> Acesso em: 30 abr. 2019.
- BRASIL. **Decreto 9.175/17**. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9175.htm#art56>. Acesso em: 05 nov. 2018.
- BRASIL. **Mensagem n 252, de 23 de março de 2001**. Brasília, DF: Presidência da República, [2001]. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/Mensagem_Veto/2001/Mv252-01.htm> Acesso em: 30 abr. 2019.
- BRASIL. Ministério da Saúde. **Doação de Órgãos**: transplantes, lista de espera e como ser doador Disponível em:<<http://portalms.saude.gov.br/saude-de-a-z/doacao-de-orgaos#sistema-nacional-transplantes>>. Acesso em: 01 nov. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. Sistema Único de Saúde. **DATASUS: Departamento de Informática do SUS. STN - Órgãos**. Disponível em: <<http://datasus.saude.gov.br/sistemas-e-aplicativos/regulacao/snt-orgaos>> Acesso em: 23 abr. 2019.

BRASIL. **Lei n. 3.268**, de 30 de setembro de 1957. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3268.htm>. Acesso em: 17 abr. 2019.

BRASIL. **Lei n 4.280**. Brasília, DF. 5 nov. 1963. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4280-6-novembro-1963-353353-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 21 out. 2018.

BRASIL. **Lei Nº 8.489**. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1989_1994/L8489.htm>. Acesso em: 21 out. 2018.

BRASIL. **Lei 9434/97**. Brasília, DF: Presidência da República, [2007]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.html>. Acesso em: 01 nov. 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.211, de 23 de fevereiro de 2001**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10211.htm> Acesso em 28 de abril de 2019.

BRASIL. **Lei No 10.406**. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: out. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria GM-MS nº 905/00**, de 16 de agosto de 2000. Disponível em: <http://www.saude.mg.gov.br/images/documentos/portaria_905B.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria n 1262/06**, de 12 de junho de 2006. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2006. Disponível em: <<http://bibliofarma.com/portaria-no-1262-de-16-de-junho-de-2006/>>. Acesso em: 22 out. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde do Estado. **Portaria 1820/2009**. Dispõe sobre os direitos e deveres dos usuários da saúde. Disponível em: <<http://www.incor.usp.br/news/ms-1820-09/MS-1820-09.pdf>> Acesso em: 18 abr. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria 2.600/09**, de 21 de outubro de 2009. Disponível em: <http://bvsmg.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt2600_21_10_2009.html>. Acesso em: 05 nov. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 3.407/98**, de 06 de agosto de 1998. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 1998. Disponível em: <http://www.adote.org.br/assets/files/portaria_3407.pdf>. Acesso em: 22 out. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 91/2001**, de 23 de janeiro de 2001 Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2001. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doc_5776995_PORTARIA_N_91_DE_23_DE_JANEIRO_DE_2001.aspx>. Acesso em: 22 out. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. **Processo nº 001039- 86.2013.4.01.3500**. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>. Acesso em: 17 abr. 2019.

BRASIL. **Projeto de lei de conversão (CN) nº 6, de 2001**. Disponível em: <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/pesquisa/-/materia/46770>>. Acesso em: 30 abr. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (BRASIL). **Resolução CFM N° 1805/2006**. Disponível em: < http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf >. Acesso em: 18 abr. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (BRASIL). **Resolução CFM N° 1931/2009**. Disponível em: < http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf >. Acesso em: 18 abr. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (BRASIL). **Resolução CFM nº 1.995/2012**. Disponível em: < http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf >. Acesso em: 15 de abril. 2019.

CORREA NETO, Ylmar. Morte encefálica: cinquenta anos além do coma profundo. **Rev. Bras. Saúde Mater. Infant.** Recife, v. 10, supl. 2, p. s355-s361, dez. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-38292010000600013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 28 out. 2018

CLOTET, Joaquim. **Bioética**: uma aproximação. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003. p. 80. <https://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2018/05/Aspectos-registraisdas-diretivas-antecipadas-de-vontade.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2019.

CHAVES, Cristiano. Mudanças normativas nos transplantes de órgãos: eliminação da atuação do MP e ineficácia da declaração da vontade de ser doador. **Meu Site Jurídico**, p. 137, 23 out. 2017. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/10/23/mudancas-normativas-nos-transplantes-de-orgaos-eliminacao-da-atuacao-mp-e-ineficacia-da-declaracao-da-vontade-de-ser-doador/>> Acesso em: 30 abr. 2019.

COMÉRCIO de órgãos representa 10% do tráfico internacional. **Estadão**, São Paulo, jan. 2011. Disponível em: <<https://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,comercio-de-orgaos-representa-10-do-trafico-internacional-imp-,663804>>. Acesso em: 13 maio 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (BRASIL). **Resolução CFM N° 1.480/97**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480_1997.htm>. Acesso em 28 out. 2018.

DADALTO, Luciana. Aspectos registraes das diretivas antecipadas de vontade. **Revista Eletrônica de Direito Civil** (civilista.com), a. 2, n. 4., p. 4, 2013. Disponível em: <<https://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2018/05/Aspectos-registraes-das-diretivas-antecipadas-de-vontade.pdf>>. Acesso em: 16 abr.2019.

DADALTO, Luciana. Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal). **Revista de Bioética e Derecho**, n. 28, p. 6, maio 2013. Disponível em: <<https://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2018/05/Distor%C3%A7%C3%B5es-acerca-do-testamento-vital-no-Brasil.pdf>> Acesso em: 16 abr. 2019.

DADALTO, Luciana. História do testamento vital: entendendo o passado e refletindo sobre o presente. **Revista Mirabilia Medicinæ**, n. 4, p.33, jan./jun 2015. Disponível em: <<https://www.revistamirabilia.com/sites/default/files/medicinae/pdfs/med2015-01-03.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2019.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**.10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

D'URSO, Luís Flávio Borges. A eutanásia No Brasil. **Âmbito Jurídico.com.br**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5440> Acesso em: 16 abr.2019. 28, p. 63, maio 2013. Disponível em: <<https://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2018/05/Distor%C3%A7%C3%B5es-acerca-do-testamento-vital-no-Brasil.pdf>> Acesso em: 16 abr. 2019.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39 - 40 Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/46886584/levando-o-direito-a-serio-dworkin>>. Acesso em: 20 abr. 2019.

FERNANDES, Roni de Carvalho [coord.]; SOLER, Wangles de Vasconcelos [coord.]; PEREIRA, Walter Antonio. **Diretrizes Básicas para Captação e Retirada de Múltiplos Órgão e Tecidos da Associação Brasileira de Transplante de Órgãos**. São Paulo: ABTO - Associação Brasileira de Transplante de Órgãos, 2009. Disponível em: <<http://www.abto.org.br/abtov03/Upload/pdf/livro.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2018. p. 18-19.

GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Pamplona Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito das sucessões**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 320.

GODINHO, Adriano Marteleto. Autonomia privada no âmbito das relações médico-paciente e a "capacidade para consentir": Uma necessária ruptura com o regramento civil da (in)capacidade jurídica. In: REQUIÃO, Maurício (coord.). **Discutindo a autonomia**. Salvador: Juspodivm, 2014.

GOIÁS. Secretaria de Estado da Saúde. **Manual de Credenciamento: transplante de órgãos sólidos**. Goiás: Secretaria de Estado da Saúde, Superintendência de acesso à serviços hospitalares e ambulatoriais, Central de Transplantes de Goiás, 2017. Disponível em: <<http://www.saude.go.gov.br/wp-content/uploads/2016/12/manual-de-credenciamento-para-transplante-de-orgaos-solidos.pdf>>. Acesso em: 04 maio 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 10. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

KIPPER, Délio José; CLOTET, Joaquim. **Iniciação à bioética: princípios da beneficência e não-maleficência**. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/Partellprincipios.htm. Acesso em: 18 abr. 2019..

MABTUM, M. M.; MARCHETTO, P. B.. Diretivas antecipadas de vontade como dissentimento livre e esclarecido e a necessidade de aconselhamento médico e jurídico. In: **O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade** [online]. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015, pp. 89-131. Disponível em:< <http://books.scielo.org/id/qdy26/pdf/mabtum-9788579836602-05.pdf>> Acesso em: 17 abr. 2019.

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

MARTINS, Antônio Carlos Pereira. **Depoimento de Antônio Carlos Pereira Martins**. *Jornal da USP*, 08 fev. 2018. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/atualidades/transplantes-no-brasil-uma-historia-de-50-anos/>>. Acesso em: 20 out. 2018

MAYNARD, Lorena Oliveira Dantas, et al. Os conflitos do consentimento acerca da doação *post mortem* no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 16, n. 3, 2015. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/111657>> Acesso em 05 maio 2019.

MILITÃO, Rafael Figueiredo Ximenes. Biodireito: Anencefalia. **Revista Eletrônica Âmbito Jurídico**. Rio Grande, v. 14, n.111, abr. 2013. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13054&revista_caderno=>>. Acesso em: 29 out. 2018.

MONTEIRO, Renata da Silva Fontes; DA SILVA JUNIOR, Alúcio Gomes. Diretivas antecipadas de vontade: percurso histórico na América Latina. **Rev. bioét.**, v. 27,

n.1, p.90-91, 2019. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/1796/2031> Acesso em: 17 de abril de 2019.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **A função promocional do testamento**: tendências do direito sucessório. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 95.

NUNES, Rui. **Diretivas antecipadas de vontade**. Brasília, DF: CFM/Faculdade de Medicina da Universidade do Porto, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris: ONU, 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>> Acesso em: 20 abr. 2019.

PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de Bioética**. 7. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2005.

REQUIÃO, Maurício. Autonomia privada como elemento de concreção da dignidade da pessoa humana: Considerações preliminares. In: REQUIÃO, Maurício (coord.). **Discutindo a autonomia**. Salvador: Juspodivm, 2014.

ROZA, Bartira de Aguiar; ODIERNA, Maria Teresa Aparecida da Silva; GLEZER, Milton; SÁ, João Roberto de. **Captção de órgãos para transplantes**. Disponível em: <http://www.abto.org.br/abtov03/Upload/file/Biblioteca_Teses/Textos/CaptacaodeOrgaosLivroEliasKnobellBartira.pdf>. Acesso em: 20 out. 2018.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

SANTOS, Anna Rafaela Carvalho Oliveira et al. Da disposição do corpo em vida: autonomia privada e transplante de órgãos e tecidos “inter vivos”. **Revista Unifacs**, n.142, p.1-17, 2012. Disponível em: <www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/2037/152>. Acesso em: 28 out. 2018.

SGRECCIA, Elio apud DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, Guilherme Rodrigues da. O SUS e a crise atual do setor público da saúde. **Saude soc.**, São Paulo, v. 4, n. 1-2, p. 15-21, 1995. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12901995000100004&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 04 maio 2019.

TODOLI apud CHAVES, Antônio. Direito à vida e ao próprio corpo. **Revista da Faculdade de Direito**: Universidade de São Paulo, São Paulo, v.72, n.1, p. 280, 1977. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66797>. Acesso em: 21 out. 2018.

URUGUAI. **Ley n° 18.473**. Disponível em:
<<https://testamentovital.com.br/legislacao/uruguai/>> Acesso em: 17 abr.2019.

VARGA, Andrew C. **Problemas de bioética**. São Leopoldo: Editora Unissinos, 1990.