

A AUTONOMIA DA VONTADE NA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS E TECIDOS *POST MORTEM*: UMA ANÁLISE À LUZ DO DECRETO Nº 9.175/2017

**AUTONOMY OF WILL ON *POST MORTEM* ORGAN AND TISSUE DONATION:
AN ANALYSIS IN LIGHT OF DECREE N. 9.175/2017**

Maria José Bittencourt Viana Cruz¹
Ana Thereza Meirelles Araújo²

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO 2 A DOAÇÃO DE ÓRGÃOS NO DIREITO BRASILEIRO 2.1 A DOAÇÃO INTERVIVOS 2.2 A DOAÇÃO *POST MORTEM* 2.2.1 A morte no ordenamento jurídico brasileiro 2.2.2 A doação *post mortem* na legislação brasileira 3 DISPOSIÇÃO SOBRE O PRÓPRIO CORPO 3.1 DIREITOS DA PERSONALIDADE 3.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA 4 AUTONOMIA DA VONTADE NA DOAÇÃO *POST MORTEM* 4.1 A VONTADE DO DOADOR MANIFESTADA EM VIDA 4.2 A NECESSIDADE DE CONSENTIMENTO DA FAMÍLIA NA DOAÇÃO *POST MORTEM* 5 CONCLUSÃO REFERÊNCIAS

RESUMO: A Lei dos Transplantes de 1997 regulamenta a doação de órgãos *post mortem*. Este comando legislativo foi alvo de duras críticas, pois seu escopo serviu para que fosse adotado no Brasil o sistema de doação consentida, isto é, requer-se o consentimento livre e esclarecido dos familiares do potencial doador para que o processo de captação de órgãos, tecidos e partes do corpo humano seja iniciado. O sistema de doação consentida viola direitos fundamentais do doador, pois desconsidera eventual manifestação de vontade acerca da doação, transferindo o direito decisório personalíssimo (para o sim ou para o não) a outros. Após um lapso temporal de 20 anos, havia esperança de que o Decreto nº 9.175/2017 sanasse a falha legislativa. Todavia, o que se viu foi uma ratificação do desacerto legal, uma vez que o referido Decreto também violou a autonomia da vontade do doador *post mortem*, fortalecendo a necessidade de consentimento livre e esclarecido de seus familiares para autorizar o processo de doação de órgãos, tecidos e parte do corpo humano.

Palavras-chave: Doação de órgãos; Doação de órgãos *post mortem*; Autonomia da Vontade; Decreto nº 9.175/2017.

ABSTRACT: The Law of Transplants of 1997 regulates *post mortem* organ donation. Said legal command was target to heavy criticism, for its scope served so that a system of consented donation was adopted in Brazil. That is to say, free and informed consent is required in order to initiate the process of organs, tissue and human body parts donation. The consented donation system violates the donor's fundamental rights, for it disregards eventual

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Católica do Salvador.

² Doutora em Relações Sociais e Novos Direitos pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Direito Privado e Econômico pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Pós-Graduada em Direito do Estado pela Fundação Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Membro dos grupos de pesquisa Alteridade e Direitos Fundamentais da Universidade Católica do Salvador (UCSAL), do Grupo Vida (PPGD-UFBA) e do Grupo Autonomia e Direito Civil Contemporâneo (UFBA).

manifestation of will regarding donation, transferring this extremely personal right of decision (in favor or against) to others. After a time gap of 20 years, there was hope that Decree n. 9.175/2017 would solve the legal failure. However, what could be seen was a ratification of such legal misguidance, for said Decree also violated *post mortem* donor's autonomy of will, enhancing the need to free and informed consent of their family in order to authorize the process of organs, tissue and human body parts donation.

Keywords: Organ donation; *Post mortem* organ donation; Autonomy of will; Decree n. 9.175/2017.

1 INTRODUÇÃO

Transplante de órgãos é o procedimento cirúrgico pelo qual órgãos e tecidos são retirados do corpo de um doador e transplantados ao corpo de um enfermo, com o fito de salvar-lhe ou melhorar sua qualidade de vida. Há pouco mais de um século, falar-se em transmissão de órgãos pareceria, ao cidadão comum, falar-se em ficção científica. Há poucas décadas, a doação de órgãos soaria como possibilidade medicinal distante. Todavia, os avanços biotecnológicos têm demonstrado não somente a realidade alcançável, como também as altas taxas de êxito em tais procedimentos.

Mais do que uma evidência dos avanços técnico-científicos, a doação de órgãos é potencialmente uma das maiores demonstrações de altruísmo, seja a doação feita com o consentimento do doador em vida, seja feita a partir de um doador falecido. Atualmente, a doação de órgãos é regulamentada pela Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Em seu Capítulo III, a Lei garante à pessoa juridicamente capaz a possibilidade de dispor gratuitamente de seus próprios órgãos, tecidos e partes do corpo vivo, para fins de transplante em cônjuges e parentes consanguíneos até o 4º grau. Ressalta-se, aqui, o uso da palavra “vivo” na letra da lei. O comando legislativo é expresso ao regulamentar a disposição sobre o próprio corpo quando o caso concreto relacionar pessoa doadora viva.

Em outras palavras, o que o legislador expressa é uma permissividade ao exercício da autonomia da vontade, restringindo-a, porém, à circunstância de que o doador deve estar vivo para exercer seu direito de dispor sobre seu próprio corpo. O doador estar vivo, portanto, é requisito para o exercício da autonomia da vontade na doação de órgãos.

Tal comando seria bastante óbvio, desnecessitando de demais questionamentos, não fosse o fato de que a doação de órgãos e tecidos não se restringe somente à captação em corpos vivos. A medicina evoluiu suficientemente para permitir a realização de transplantes cujas doações são feitas *post mortem*, tornado realidade o que, antes, poderia ser considerado

delírio fictício. Conclui-se, assim, que há contradição ou, ao menos, imperfeição técnica na letra da lei.

Para regulamentar a Lei nº 9.434, em 18 de outubro de 2017 foi sancionado o Decreto nº 9.175, que trata especificamente da disposição de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Além de implementar o Sistema Nacional de Transplantes - SNT, o Decreto também dispõe sobre a doação após a morte. Em seu Capítulo III, trata especificamente da doação *post mortem*.

Determina o referido Decreto que a doação de órgãos *post mortem* ocorrerá somente em duas circunstâncias mútuas: (a) após constatada a morte encefálica do doador e (b) com o consentimento livre, expresso e esclarecido da família do doador. Por “esclarecido”, o legislador buscou manter-se consonante com o art. 44 do Código de Ética Médico, significando, portanto, que a família do doador falecido deve ser informada sobre todas as implicações inerentes ao processo de doação de órgãos. Por “expresso”, quer-se dizer que o consentimento da família deve ser registrado em termo específico de autorização. E quanto ao consentimento livre, significa simplesmente que a família não deve ser forçada, instigada, coagida, fortemente estimulada ou posta em qualquer posição em que vicie suas decisões.

A redação de tal artigo seria aceitável, não fosse a inserção do “somente” em meio ao comando legislativo. A previsão legal implica que o único ato jurídico válido para autorizar o procedimento de doação de órgãos *post mortem* é aquele que parte da família do doador falecido, independentemente de prévia autorização ou manifestação de vontade deixada pelo doador anteriormente ao óbito. Esse comum advérbio, em verdade, desestabilizou a base principiológica do próprio ato aqui tutelado.

O artigo trata-se de uma pesquisa bibliográfica, no qual foi utilizado o método hipotético dedutivo, com fins a avaliar se o direito à autonomia da vontade do doador, bem como seus direitos fundamentais, foram anulados pelo Decreto, além de identificar se houve violação ao princípio da dignidade da pessoa humana no que tange o exercício da vontade do doador após sua morte. A presente pesquisa visa estudar as implicações jurídicas que a letra da lei traz para o presente tema, bem como os possíveis efeitos para o indivíduo e, conseqüentemente, para a sociedade como um todo.

2 A DOAÇÃO DE ÓRGÃOS NO DIREITO BRASILEIRO

Tradicionalmente, o Direito brasileiro demonstra-se disposto a acompanhar os avanços biotecnológicos relacionados à transplantação de órgãos e tecidos. A primeira transplantação

de órgãos *post mortem* bem sucedida no Brasil ocorreu em 1964, na cidade do Rio de Janeiro, em um procedimento de transplante renal (TCU, 2006, p.23). Um ano antes, o Brasil já regulava a matéria através da Lei nº 4.280, de 06 de novembro de 1963.

A pioneira lei brasileira - cujo preâmbulo informava dispor “sobre a extirpação de órgão ou tecido de pessoa falecida” - já demonstrava a preocupação do legislador com a doação de órgãos, particularmente com aquela ocorrida *post mortem*. Além de exigir prova cabal do falecimento do doador (art. 3º), a antiga lei permitia a doação *post mortem* para fins de transplante mediante o requisito de que “o *de cuius* tenha deixado autorização escrita ou que não haja oposição por parte do cônjuge ou dos parentes até o segundo grau” (art. 1º). Os primeiros passos do Direito brasileiro sobre a matéria demonstravam um entendimento misto acerca da permissão necessária para a efetiva doação. Sopesavam-se a autonomia da vontade do *de cuius*, assegurando-lhe efeitos jurídicos mediante certa formalidade, e o direito de manifestação da vontade de seus familiares, possibilitando-lhes o veto a tal procedimento.

A revogação da lei de 1963 levou a uma construção gradual através das décadas sobre quais deveriam ser os requisitos para a transplantação de órgãos e tecidos. Sucessivamente, o legislador procurou estabelecer regras que resguardassem a eficácia dos procedimentos de transplantação e que, ao mesmo tempo, não violassem os direitos da personalidade do doador.

Todas as mudanças jurídicas sofridas desde então pela matéria ora analisada possuíam força infraconstitucional. Somente com o advento da Constituição Federal de 1988, a doação e a transplantação de órgãos consagraram-se como pauta fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, com o §4º do art. 199, que assim determina:

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.

A elevação da matéria a nível constitucional pautou a criação de políticas públicas para a facilitação dos procedimentos de remoção e transplantação de órgãos e tecidos a nível nacional. Tal conscientização, por sua vez, resultou nas diversas atualizações legislativas a partir dos anos 1990, sendo a mais recente a promulgação do Decreto nº 9175, de 18 de outubro de 2017.

Atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro orienta a Lei nº 9.434, de 04 de fevereiro de 1997, e o Decreto nº 9.175, de 18 de outubro de 2017, para tratar da doação de

órgãos e tecidos intervivos e *post mortem*. Enquanto a referida lei buscou sanar as carências legislativas sobre o tema na época de sua promulgação, o Decreto nº 9.175/2017 surge da necessidade de atualização da normativa geral; regulamenta a Lei nº 9.434/97, detalhando os mecanismos a serem utilizados no processo de transplantação e criando, para isso, o Sistema Nacional de Transplantes - SNT.

Com os esforços empregados por meio de medidas administrativas e atualizações legislativas, o Brasil, hoje em dia, conta com uma das maiores políticas públicas do mundo voltada para a promoção de transplantes (DALBEM; CAREGNATO, 2010, p.729). Todavia, a despeito desse magnífico feito, há críticas pontuais que devem ser feitas à legislação pertinente ao assunto, particularmente no que se refere à autonomia da vontade do doador e a subsequente efetivação da doação de órgãos após a sua morte.

Para que se compreenda o entendimento empregado na legislação em vigor, bem como as críticas a lhe serem feitas, deve-se, precipuamente, compreender a construção jurídico-argumentativa para tal entendimento, assim como a realidade por trás de tais construções. Antes de se chegar ao cerne da questão, isto é, a autonomia da vontade do doador *post mortem*, deve-se compreender o porquê de tal mote ser alvo de polêmicas no Poder Legislativo e na esfera acadêmica jurídica.

2.1 A DOAÇÃO INTERVIVOS

A primeira menção legal da possibilidade de retirada de órgãos e tecidos de corpos vivos ocorreu em 1992, com a Lei nº 8.489/1992. Seu artigo 10 expressava o direito de disponibilidade gratuita do próprio corpo, para fins humanitários e terapêuticos, para todas as pessoas civilmente capazes.

Em 1997, a Lei nº 9.434 revogou e substituiu o comando legislativo anterior. Com seu artigo 9º, a chamada “Lei dos Transplantes” garante à pessoa juridicamente capaz a possibilidade de dispor gratuitamente de seus próprios órgãos, tecidos e partes do corpo vivo, para fins de transplante em cônjuges e parentes consanguíneos até o quarto grau ou mesmo a qualquer pessoa, mediante autorização judicial, desde que atendidos os requisitos legais para autorização do transplante.

A doação intervivos traz algumas particularidades que merecem ser analisadas. Inicialmente, ressalta-se o uso da palavra “vivo”, tanto no título do capítulo, quanto no *caput* do artigo 9º, não somente correlacionando-a, mas condicionando-a à plena disponibilidade sobre o próprio corpo. Outra orientação pontual da Lei é feita pelo parágrafo 3º do referido

artigo: somente órgãos duplos ou partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não signifiquem risco para a vida ou integridade física ou mental do doador podem ser objeto de doação. Igualmente, o processo de doação não pode resultar em mutilação ou deformação inaceitável ao doador, devendo tal possibilidade desautorizar por completo o procedimento médico. Por fim, para que a doação seja executada, deve-se comprovar a imprescindibilidade do transplante para tratamento da pessoa receptora.

Como se pode verificar, o comando legislativo é expresso ao regulamentar a disposição sobre o próprio corpo quando o caso concreto relacionar pessoa doadora viva. Os requisitos para essa modalidade de doação exprimem uma preocupação precípua em resguardar a vida e a saúde do doador. É por essa lógica que toda a doação intervivos se guia, exigindo, para o início do procedimento, uma formalidade própria, devendo o doador autorizar, “preferencialmente por escrito e diante de testemunhas, especificamente o tecido, órgão ou parte do corpo objeto da retirada” (art. 9º, § 4º). O doador ou sua família, podem, ainda, revogar essa autorização a qualquer momento antes de sua concretização (§ 5º).

Ademais, outras especificidades permeiam a doação entre pessoas vivas, tais como a possibilidade do doador ser juridicamente incapaz, desde que haja consentimento de seus responsáveis legais e autorização judicial (§ 6º) e a vedação às gestantes figurarem como doadoras, exceto em transplante de medula óssea que não cause risco à sua saúde ou a de seu feto (§ 7º). Há, ainda, a possibilidade de autotransplante, cuja autorização é bastante simples, dependendo somente do consentimento do próprio paciente (§ 8º). Ademais, a legislação garante o acesso às informações relativas à doação de sangue do cordão umbilical e placentário (§ 9º-A).

O regramento da doação intervivos não dá causa a demasiadas polêmicas. Verifica-se, aqui, alta observância aos direitos fundamentais à vida e à saúde do doador, bem como ao princípio bioético da não-maleficência. Tamanha observância, por sua vez, deságua na alta observância a outro princípio basilar da bioética, isto é, o respeito à autonomia (DALL'AGNOL, 2005, p.9). É, todavia, na modalidade de doação *post mortem* que incongruências relativas ao consentimento do doador e o respeito à sua autonomia são encontradas.

2.2 A DOAÇÃO *POST MORTEM*

Por lógico, a doação *post mortem* só pode ser realizada em corpos já falecidos. Embora a percepção da própria finitude possa ser percebida pelo indivíduo já na ocorrência de

um adoecimento ou moléstia grave (MEIRELLES; SILVA, 2017, p.720), possivelmente ensejando a perspectiva de doação de seus órgãos após sua morte, o processo de doação exige o cumprimento de certos requisitos. É imprescindível a incontestável morte do disponente, atestada formalmente por equipe médica, e, só então, a equipe de captação de órgãos poderá iniciar sua atuação. Diante de tais exigências, faz-se necessário o questionamento sobre o que é morte, o que será feito a seguir, para, então, esmiuçar-se o processo de captação de órgãos do *de cuius* para doação conforme regulamento no ordenamento jurídico brasileiro.

2.2.1 A morte no ordenamento jurídico brasileiro

A morte é o estágio final do ciclo natural de qualquer ser vivo, representação máxima da finitude do ser humano. É fenômeno inato, inexorável, *erga omnes*. “A existência da pessoa natural termina com a morte”, assim determina o Código Civil de 2002, em seu art. 6º. Com o término da existência da pessoa, extingue-se também sua personalidade jurídica, restando ao *de cuius* a tutela de seus direitos da personalidade, o que deverá ser exercido por seus parentes sobreviventes (CHAVES; ROSENVALD, 2015, p.306).

Historicamente, o diagnóstico da morte rodeou algumas agitações técnico-científicas. Em termos médicos majoritariamente admitidos, a morte significa “o término das funções vitais” (PAZIN-FILHO, 2005, p.21). Todavia, é sabido que a concepção e a identificação das funções vitais sofreram alterações no decorrer da história, em virtude do avanço da medicina e das táticas biotecnológicas para se conseguir um diagnóstico.

Atualmente, o término das funções vitais é entendido como o término das funções cerebrais, isto é, “o estado clínico irreversível em que as funções cerebrais (telencéfalo e diencefalo) e do tronco encefálico estão irremediavelmente comprometidas” (MORATO, 2009, p.230). Essa condição médica é também conhecida como a morte encefálica.

Para fins de doação de órgãos, tecidos e partes do corpo humano, a morte deve ser averiguada a partir de critérios técnicos e medicinais específicos. O órgão competente para estabelecer tais critérios é o Conselho Federal de Medicina, que o faz por meio da mais recente Resolução nº 2.173, de 23 de novembro de 2017.

A regulação legislativa da matéria reconhece a supracitada resolução, adotando-a em caráter mandatório. Todos os potenciais doadores devem ser submetidos às técnicas médicas necessárias para o diagnóstico de morte encefálica. Esse procedimento, por sua vez, só poderá ser feito por equipe médica capacitada, não integrante das equipes de retirada e transplante, sendo que um dos médicos deve ser especialista nas seguintes áreas: medicina intensiva,

medicina intensiva pediátrica, neurologia, neurologia pediátrica, neurocirurgia ou medicina de emergência (art. 2º, § 3º da Resolução).

O diagnóstico da morte encefálica não é algo simples, tampouco rápido ou informal. Deve-se seguir todas as solenidades exigidas em lei, sob pena de não autorização da doação dos órgãos do corpo falecido. De igual forma, o procedimento de retirada e doação de órgãos e tecidos só poderá se iniciar após confirmado o diagnóstico de morte encefálica. Este é o primeiro requisito para que seja autorizada a doação de órgãos *post mortem*.

2.2.2 A doação *post mortem* na legislação brasileira

Desde 1963, a questão da doação *post mortem* sofreu diversas mudanças no ordenamento jurídico brasileiro. Como será observado, apesar das diversas leis promulgadas, as polêmicas acerca da autonomia da vontade do doador após sua morte se mantiveram ao longo dos anos.

O ano de 1968 viu a ampliação das possibilidades de retirada de órgãos e tecidos de um corpo falecido. A Lei nº 5.479, de 10 de agosto de 1968, em seu artigo 3º, listava quatro condições para tal procedimento, devendo ao menos uma ser satisfeita: a manifestação da vontade do disponente (inciso I), devendo essa manifestação apresentar-se por instrumento público para disponentes relativamente incapazes ou analfabetos (inciso II), autorização por escrita de cônjuge, herdeiros ou corporações religiosas ou civis responsáveis pelo destino dos despojos (inciso III), ou, na ausência de responsável pelo cadáver, autorização da Diretoria da instituição onde ocorreu o óbito (inciso IV), sendo esta última condição cumulativa com as outras três.

Observa-se na lei de 1968 uma ideia de validade da vontade do doador para além de sua vida. Ainda que se fizesse presente uma exigência específica para os analfabetos e os incapazes, a formalidade do instrumento público não acarretava mitigação do direito dessas pessoas de manifestar sua própria vontade e tê-las exauridas em seus efeitos jurídicos. Tal documento, aliado à autorização da Diretoria da instituição onde se deu o óbito, já era suficiente para que essa vontade fosse concretizada. A autorização conjunta da Diretoria, por sua vez, pode ser vista como um embrião da atual necessidade de comprovação da morte encefálica; uma formalidade cujo intuito é atestar o quadro pós-vida com segurança.

Mais tarde, a Lei nº 8.489, de 18 de novembro de 1992, fortaleceria ainda mais a autonomia da vontade do doador, estipulando, ainda, uma formalidade necessária para o exercício desse direito. Seu artigo 3º autorizava o aproveitamento de órgãos e tecidos

mediante “desejo expresso do disponente manifestado em vida, através de documento pessoal ou oficial” (inciso I). No entanto, a ausência desse documento expressando o desejo do doador, por si só, não afastava a retirada de partes de seu corpo, pois somente com a manifestação em contrário por parte do cônjuge, ascendente ou descendente do disponente a doação não seria efetivada (inciso II).

No início da década de 1990, portanto, bastava que o doador, em vida, deixasse sua vontade manifestada para que se figurasse autorização pela doação após sua morte. A ausência de manifestação contrária em vida e dos parentes do *de cuius* também já era suficiente para autorizar a doação. A vontade dos parentes do *de cuius* também era respeitada pelo ordenamento, uma vez que a eles era garantido o direito a veto.

Similarmente, a promulgação da Lei nº 9.434/1997, em 04 de fevereiro de 1997, trazia em seu texto original um entendimento favorável à autorização presumida do doador. Preceituava seu art. 4º original que “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”.

Enquanto na década de 1960 os primeiros passos para a regularização da doação de órgãos caminhavam à sombra de uma preocupação com o procedimento em si, sob o ponto de vista da ética, da ciência e da saúde, as dificuldades técnicas foram superadas no fim do século XX. Na década de 1990, o transplante já era uma realidade, e o legislador percebeu a necessidade de estimular o povo brasileiro a se conscientizar da importância de optar pela doação. Neste período, positivou-se a autorização tácita do disponente, ou seja, do consentimento presumido forte do doador (LACERDA FILHO, 2017, p.114).

Tal fato se deu numa tentativa de fortalecer as políticas públicas recém-preceituadas pelo art. 199 da Constituição Federal e, conseqüentemente, amplificar o número de doações e de transplantes executados no país, bem como propiciar o avanço biotecnológico e médico-científico. Pode-se chegar a tal conclusão a partir das justificativas apresentadas nos Projetos de Lei que propulsionaram a promulgação dessa lei, em especial os Projetos de Lei nº 1.531/1991 e nº 701/1995, que versavam sobre a escassez na quantidade de doações no país e a falta de uma conscientização hodierna do povo brasileiro acerca da matéria.

Os legisladores, à época, buscaram resolver esse problema atribuindo ao Estado o direito de disponibilidade do corpo falecido, positivando o que seria alvo de desconfiança geral da sociedade, em especial do setor médico, além de ensejar duras críticas no meio acadêmico. Apesar da simultânea positivação da possibilidade de manifestação contrária à

doação, possibilitando seu registro em documento de identidade oficial (art. 4º, §§ 1º-5º, redação original), as críticas e a desconfiança generalizada da sociedade não foram dirimidas.

Ainda que a letra da lei determinasse a adoção do consentimento presumido, a ala médica, pela liberdade de atuação orientada pelos seus próprios princípios éticos, “adotou como praxe consultar a família sobre a retirada de órgãos e tecidos. Por sua vez, a sociedade passou a militar de forma contrária ao consentimento presumido forte”, registrando em massa a opção de “não doador” em seus documentos (LACERDA FILHO, 2017, p.114-115). O Projeto de Lei nº 4.322/1998, do Deputado Paulo Paim, expressava, em sua justificativa, a desconfiança da sociedade: “A doação por si só já designa algo voluntário e solidário. Mas a doação de órgãos, colocada como foi pela Lei n. 9.434, gera pânico na população que se vê surpreendida, em um momento de dor, com a violência desta imposição”.

O clamor público foi suficientemente forte para alterar a Lei dos Transplantes. Com a Medida Provisória nº 2.083-32/2001, convertida na Lei nº 10.211, de 23 de março de 2001, todos os parágrafos do art. 4º foram vetados e seu *caput* passou a vigorar da seguinte forma:

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.

A legislação brasileira não mais considerou o consentimento presumido forte do doador, tendo o direito sobre os órgãos do cadáver sido transferido do Estado para a família do falecido. Com a redação vigente, cabe à família o ônus de decidir sobre a doação de órgãos e tecidos após a morte do potencial disponente. É o chamado consentimento fraco (LACERDA FILHO, 2017, p.115).

Para regulamentar a Lei nº 9.434, em 18 de outubro de 2017 foi sancionado o Decreto nº 9.175, que trata especificamente da disposição de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Além de implementar o Sistema Nacional de Transplantes - SNT, o Decreto também dispõe sobre a doação e transplante de órgãos oriundos de corpos recentemente falecidos.

Em seu Capítulo III, o Decreto trata especificamente da doação *post mortem*. Em consonância com a Lei dos Transplantes e as resoluções do Conselho Federal de Medicina, o Decreto determina que a doação só poderá ocorrer quando, de fato, for constatada a morte encefálica (art. 17, *caput* e §§), devendo todo o procedimento de captação e doação operar conforme o regramento do SNT, cujo conteúdo está disposto no Capítulo I do referido

Decreto. Ademais, seu art. 20 é imperioso ao determinar que a doação *post mortem*, desde seu início, com a captação dos órgãos, “somente poderá ser realizada com o consentimento livre e esclarecido da família do falecido, consignado de forma expressa em termo específico de autorização”.

Assim, tem-se que, na legislação vigente, a doação de órgãos, tecidos e partes do corpo humano se dá mediante os seguintes requisitos legais: o diagnóstico da morte encefálica, após os procedimentos médicos estabelecidos para constatá-la; o consentimento expresso, livre e esclarecido da família do doador. Pelas normas legais, o cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo, de maior idade e juridicamente capaz, na linha reta ou colateral, até o segundo grau possuem a prerrogativa de decidir sobre a doação.

Destaca-se no supracitado comando legislativo o uso da palavra “somente”. Pode-se observar que, vinte anos após o pânico e o clamor público, prevalece na legislação a ideia do consentimento fraco do doador, recaindo para a família, de maneira exclusiva, a palavra final necessária para autorizar a doação *post mortem*. Enquanto a década de 1990 buscou ponderar o consentimento presumido com o direito de manifestação contrária em cédula de identidade, não há, na legislação vigente, qualquer previsão de validade jurídica quanto a eventual manifestação do doador ainda em vida, seja contrária, seja a favor da doação de seus órgãos, mesmo se tal manifestação fosse formalizada em documento oficial.

Em outras palavras, a vontade do doador deixa de ser amparada juridicamente após a sua morte (MAYNARD *et al*, 2015, p.129). Diante de tamanha lacuna legislativa, deve-se, por lógico, pensar na possibilidade de eventuais conflitos oriundos de divergências entre a vontade do doador *post mortem*, manifestada ainda em vida, e a vontade de seus familiares. Tais potenciais conflitos e os temas que o cercam serão abordados nos capítulos a seguir.

3 A DISPOSIÇÃO SOBRE O PRÓPRIO CORPO

O direito de disposição sobre o próprio corpo tem origens no pensamento jusnaturalista racional, onde a deliberação livre do indivíduo, sua capacidade para analisar e julgar, deve estar em harmonia com as regras sociais nas quais se insere (LACERDA FILHO, 2017, p.111). Hodiernamente, esse direito é exercido livremente em questões associadas a modificações corporais (*piercings*, tatuagens, *bodymodification* em geral). Na área da saúde, exemplifica-se o exercício desse direito com o livre arbítrio do paciente de decidir, quando houver a opção, dentre dois ou mais procedimentos terapêuticos para tratar sua enfermidade.

Esse direito é, portanto, personalíssimo, sendo composto, ainda, por princípios jurídicos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana e a autonomia da vontade.

3.1 DIREITOS DA PERSONALIDADE

De fácil entendimento, o direito à disponibilidade sobre o próprio corpo trata da liberdade de que tem o indivíduo de deliberar sobre o destino de seu corpo. Pode ser taxado como um direito personalíssimo. Reconhece-se a instrumentalização do corpo para a realização de diversas atividades de cunho essencialmente íntimos e pessoais, bem como para a autoafirmação do indivíduo, razões pelas quais reconhece-se, igualmente, a necessidade de regulamentação desse direito. Tal regulamentação inicia-se com o Código Civil brasileiro, no capítulo destinado aos direitos da personalidade, em seu art. 13:

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

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

Da leitura do artigo, já se pode perceber certas limitações a este direito personalíssimo, que só poderá ser exercido caso o ato não desafie as normas sociais nem comprometam, de alguma forma, a integridade física do indivíduo. O direito ao próprio corpo não se limita à forma total do corpo, se estendendo também às partes destacáveis, renováveis ou não - isto é, a cabeça, órgãos, cabelos, sêmen, sangue, membros, tronco. Alcança, ainda, o cadáver, produzindo efeitos jurídicos após a morte (BITTAR, 2015, p.140).

A noção de liberdade de autodeterminação, predominante no mundo contemporâneo, possui raízes no Renascimento. Direitos subjetivos passaram a ser considerados prerrogativa do cidadão de uma sociedade organizada, dotando-lhe de liberdades patrimoniais que incluíam seu próprio corpo e abandonando a velha noção romana da Lei das Doze Tábuas, onde o corpo poderia ser instrumento de quitação de obrigação. O avanço da biotecnologia, a partir do século XX, fez surgir uma nova preocupação pungente: normatizar limitações ou, ao menos, evitar abusos relacionados à vontade do indivíduo e à manipulação de material genético. Tal preocupação surge como uma resposta às atrocidades históricas documentadas – como as pesquisas com as células cancerígenas de Henrietta Lacks, cuja permissão para captação e estudos dessas células jamais foi dada (LACERDA FILHO, 2017, p.112-113).

Os direitos da personalidade possuem a prerrogativa de serem absolutos, intransmissíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis e com capacidade de produção de efeitos *post mortem* (LACERDA FILHO, 2017, p.112). Sendo assim, é somente lógico entender que tal direito se esparrama pela doação de órgãos e tecidos, inclusive na doação *post mortem*. No entanto, o que se vê na legislação brasileira atual é uma mitigação desse direito, dirimindo, por resultado, o exercício da vontade e da autonomia do potencial doador.

Ao ser aplicado ao caso concreto, o direito personalíssimo da disposição sobre o próprio corpo deve seguir parâmetros constitucionalmente estabelecidos. Deve-se interpretar a possibilidade de exercer tal direito à luz da Constituição Federal de 1988, cujo pilar é o princípio da dignidade da pessoa humana.

3.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

De difícil conceituação por conta de seu alto grau de abstração e generalidade, o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser interpretado como o respeito do ser humano em sua qualidade própria de titular de direitos e deveres, na individualidade e no coletivo, de modo que se assegure a não exposição da pessoa a quaisquer situações degradantes ou desumanas que coloquem em risco sua vida ou em xeque sua saúde ou sua segurança (CUNHA JR, 2015, p.560).

Compreendê-lo totalmente exige uma compreensão mínima da História; sua força como princípio fundamental fixa-se ao lado do repúdio para com as atrocidades cometidas após a Segunda Guerra Mundial e do positivismo “seco” que as permitiram. Observa-se, portanto, que o princípio da dignidade da pessoa humana possui certa prioridade entre os princípios fundamentais, uma vez que personifica “verdadeiro superprincípio” constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo nas esferas local e global, dotando-lhe de especial racionalidade, unidade e sentido (PIOVESAN, 2013, p.87-89).

A dignidade da pessoa humana é “elemento que confere unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional” (SARLET, 2006, p.77). É a coluna filosófica e moral que sustenta a própria formulação da Constituição Federal Brasileira. É o “princípio dos princípios”, o espírito de todo o ordenamento jurídico brasileiro, e como tal deve ser compreendido. Por conseguinte lógico, é o “pilar de interpretação de todo o ordenamento jurídico brasileiro”, devendo ser aplicado nas diversas demandas judiciais e na formulação, interpretação e aplicação da legislação infra (MAGALHÃES, 2012, p.151-153).

Em outras palavras, a apreciação de demandas sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana não é mera recomendação interpretativa doutrinária, mas “representa um princípio normativo vinculante, por ser parte da Constituição” (BÖCKENFÖRDE, 2008, p.62). Tal vinculação se dá pela justificativa filosófica, moral e ética responsável pelo próprio nascimento do superprincípio, bem como pela sua vinculação às normativas fundamentais de diversos Estados, inclusive no Brasil.

Isto posto, pode-se interpretar a legalidade da disposição do próprio corpo para fins de doação, seja *intervivos*, seja *post mortem*, como direito oriundo do princípio da dignidade da pessoa humana. É, pois, demonstração do princípio dos princípios sobre questão bioética pontual em normativa jurídica devidamente regulamentada, parecendo impossível desconectar a autonomia da vontade do indivíduo do princípio da dignidade da pessoa humana, sob pena de retirar o próprio cerne de seu significado.

A Lei de Transplantes abre seu conteúdo permitindo o exercício do direito personalíssimo à disposição do próprio corpo para fins de transplante: “A disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou *post mortem*, para fins de transplante e tratamento, é permitida na forma desta Lei”. A permissividade positivada no início da Lei nº 9.434/97 enfatiza a liberdade de qualquer pessoa a decidir sobre o próprio corpo, garantindo-lhe o exercício de sua autonomia e assegurando-lhe a dignidade. O Decreto nº 9.175/2017, por sua vez, leva essa permissividade a um patamar a mais, criando todo um sistema de abrangência nacional voltado para a efetivação da vontade do doador e, conseqüentemente, para o sucesso regular do processo de doação. Tudo isso à luz do “princípio dos princípios”.

Contudo, a despeito da beleza principiológica que permeia o primeiro comando legislativo sobre a doação de órgãos e tecidos, observa-se certa incongruência na letra da lei. Isso porque, ao passo em que o legislador garante pleno exercício da deliberação autônoma, também a mitiga. Enquanto o art. 1º da Lei nº 9.434/97 autoriza ao indivíduo dispor sobre o próprio corpo, logo em seguida, em seu art. 4º, a lei determina que eventual doação *post mortem* somente será efetivada após deliberação dos familiares do falecido. Similar é o Decreto nº 9.175/2017, pois positiva como requisito essencial para a doação *post mortem* o consentimento livre e esclarecido dos familiares do potencial doador.

4 AUTONOMIA DA VONTADE NA DOAÇÃO *POST MORTEM*

Da junção dos vocábulos gregos *autos* (ele mesmo, por si mesmo) e *nomos* (compartilhamento), a palavra autonomia significa “dar-se suas próprias leis”, isto é,

autogovernar-se (AGUIAR; MEIRELLES, 2018 p.128). No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da autonomia da vontade retrata a capacidade que o indivíduo tem para deliberar livremente, baseando-se em convicções pessoais, produzindo efeitos jurídicos com tais deliberações (RODRIGUES JÚNIOR, 2004, p.118).

Na Bioética, relativamente ao tema aqui tratado, significa a liberdade de deliberação sobre o próprio corpo, devendo estar presentes três elementos essenciais para que a manifestação da vontade se apresente em sua integridade e sem vícios: a intenção do doador ao decidir, o conhecimento sobre as consequências de sua decisão e a ausência de coação ou de outras influências externas. O conceito de autonomia aqui empregado é aquele concebido por Kant: diz-se autônoma a pessoa que possui plena capacidade de decidir com discernimento (querer), tendo consciência das eventuais consequências (compreender), sem que haja qualquer impedimento ou coação para tal ato (sem influências externas). Somente com a satisfação dessas três premissas é possível afirmar que um indivíduo agiu com autonomia (DALL'AGNOL, 2005, p.10).

No âmbito da ética médica, o princípio do respeito à autonomia significa o respeito que deve o profissional de saúde às decisões de seus pacientes, podendo (e devendo), obviamente, emitir sua opinião e informar o paciente sobre as consequências das decisões. O princípio bioético do respeito à autonomia do paciente serve como uma bússola para a *práxis* dos profissionais da biomedicina, reforçando o tradicional juramento hipocrático e justificando suas regras norteadoras (DALL'AGNOL, 2005, p.10).

Mais do que mero direito positivado em legislação específica, a autonomia da vontade é pressuposto de natureza constitucional, visto que está intrinsecamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana. Este, por sua vez, é preceito basilar de toda a teoria dos direitos humanos, valor primordial do ordenamento jurídico brasileiro, intrínseco ao espírito da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a chamada “Constituição Cidadã”, podendo ser encontrado já em seu preâmbulo (MAGALHÃES, 2012, 154).

Borges (2003, p.47) ensina que a autonomia da vontade “coincide com o conceito de liberdade jurídica, significando a faculdade de atuar lícitamente”, sendo a autonomia privada correspondente à liberdade do indivíduo de “reger, com efeitos jurídicos, suas próprias relações”. É, em outras palavras, “sinônimo de poder de disposição”, no qual o indivíduo pode estabelecer regras para situações e momentos pontuais de sua vida, tendo tais deliberações o reconhecimento e a proteção do ordenamento jurídico.

“Em termos bioéticos, a autonomia está relacionada diretamente à necessidade de respeito às decisões individuais no decorrer dos processos médicos e biocientíficos”

(MEIRELLES; SILVA, 2017, p.722-723). O respeito a esse princípio exprime o princípio bioético da beneficência, que “significa, simplesmente, fazer o bem aos outros, agir em prol deles” (DALL’AGNOL, 2005, p.15). Na área médica, isso pode ser exemplificado em um quadro hipotético de doença terminal cujo tratamento é demasiadamente doloroso ao paciente: diante da futilidade do tratamento, o médico pode optar por não realizá-lo, permitindo somente paliativos para aliviar a dor do paciente na medida do possível.

É pelo princípio da autonomia da vontade que o indivíduo pode criar, modificar ou extinguir situações e negócios jurídicos de forma direta e individual, adequando “sua autonomia privada com os interesses que o ordenamento escolhe proteger” (BORGES, 2003, p.48). Diante de tal conceito, é somente lógico que a autonomia da vontade, regida por todos os princípios bioéticos, pelo princípio-mor da dignidade da pessoa humana e por sua característica de direito personalíssimo, deveria ser tratado com extrema valia relação de doação de órgãos.

Todavia, o que se observa no ordenamento jurídico brasileiro é o desrespeito à autonomia da vontade do disponente de órgãos, tecidos e parte do corpo humano na doação *post mortem*. Em dois momentos - um lapso temporal de 10 anos permeado por críticas, discussões e formulações de um novo texto legal -, o Direito brasileiro escolheu proteger não a autonomia do doador, mas a autonomia de seus familiares sobre uma decisão intrinsecamente particular. Basta observar os arts. 17 e 20 do referido Decreto:

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 deste Capítulo.

Art. 20. A retirada de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano, após a morte, somente poderá ser realizada com o consentimento livre e esclarecido da família do falecido, consignado de forma expressa em termo específico de autorização.

Embora o texto legislativo hoje vigente possa ser compreendido como fruto do histórico das leis sobre doação *post mortem*, onde, gradativamente, foi-se aterrando a autonomia do doador em razão da desconfiança generalizada da população sobre tal modalidade de doação, o clamor público não justifica a mitigação de um direito fundamental do doador. Se o Código Civil já mitiga a autonomia da vontade quando limita o direito de disposição sobre o próprio corpo em momentos pontuais, a legislação específica ratifica essa mitigação. Ainda que se tenha tentado fazer o bem, a legislação brasileira tombou em um verdadeiro paternalismo injustificado, uma vez que “a ocorrência do paternalismo se dá

quando o princípio da beneficência é praticado com desrespeito à autonomia do paciente” (SILVA, 2016, p.71).

A atualização legislativa buscou afastar a ideia de doação presumida, que foi má recepcionada pelos brasileiros na década de 1990, priorizando, ao inverso, o consentimento familiar. O resultado disso foi a completa obliteração de uma liberdade, um direito personalíssimo do doador. Deixou-se de haver “amparo jurídico à manifestação de vontade do doador potencial, circunstância que revela a prevalência do monopólio de decisão familiar na hipótese de um confronto entre a vontade do doador e a vontade da própria família” (MAYNARD *et al*, 2015, p.129).

4.1 A VONTADE DO DOADOR MANIFESTADA EM VIDA

No que tange a área da saúde, a autonomia da vontade pode ser expressa por meio das chamadas diretivas antecipadas da vontade. Este instrumento jurídico representa a “possibilidade de exercício da vontade para escolher tratamentos e/ou procedimentos que possam ser adotados quando instaurado o processo de fim da vida” (MEIRELLES; SILVA, 2017, p.721). Todavia, este documento não pode ser utilizado como autorização para a doação após a morte por ir de encontro à legislação específica (MAYNARD *et al*, 2015, p.135).

Reutilizando-se do quadro hipotético apresentado anteriormente, um paciente terminal cujo tratamento pode ser demasiadamente doloroso poderá requisitar ao seu médico a não realização do tratamento, ou, ainda, somente a manutenção de tratamentos paliativos. Com fulcro na autonomia da vontade, ao lado dos princípios jurídico-filosóficos que a compõem, a vontade desse paciente norteará as decisões de sua equipe médica, resguardado o direito de recusa ao médico caso tal vontade vá de encontro ao Código de Ética Médica.

Nota-se como a autonomia da vontade é plenamente resguardada diante dos desejos e do consentimento informado do paciente, sendo tratada com a importância que merece nos casos de enfermidade mais delicados. Em contrapartida, essa autonomia parece ter um prazo de validade, sendo observada somente durante a vida do paciente. Embora os direitos da personalidade cessem com o fim da personalidade jurídica, ou seja, com a morte, é notório que, para fins de proteção a direitos personalíssimos específicos, a morte demarca somente a finitude da pessoa natural, permanecendo a personalidade jurídica em casos específicos. Bittar (2015, p.44-45) assinala que subsistem efeitos *post mortem* - ou mesmo *ad aeternum* - aos direitos à imagem, ao direito moral do autor e, como não poderia deixar de ser, ao direito ao corpo e às partes do corpo.

Insta salientar que o próprio Código Civil faz um contraponto ao paternalismo encontrado no art. 13, pois, no artigo seguinte, admite ser “válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte”. Orienta, portanto, a prevalência do direito ao corpo para além da morte, resguardando ao morto a capacidade de ser sujeito de direito. Sendo assim, incoerente é a letra da lei quando subtrai do indivíduo a capacidade de decidir sobre o destino de seu corpo (SCHREIBER, 2014, p.48).

“A ideia da autonomia é, antes de tudo, ontologicamente anterior ao Sistema Jurídico, se vista como um pressuposto inerente à condição da humanidade” (MEIRELLES; SILVA, 2017, p.729). Nesse sentido, incompreensível é a desarmonia legislativa referente à autonomia do doador. Não se faz cabível que, em vida, o direito à autonomia tenha tamanha eficácia que ao doador é permitido, inclusive, escolher o receptor de seus órgãos, ao passo em que, após a morte, essa autonomia seja tão completamente obliterada que, ainda que o doador tenha se manifestado contra ou a favor da doação em vida, o direito de decisão seja repassado a seus familiares. A configuração legislativa, do modo como está, representa um evidente retrocesso (SCHREIBER, 2014, p.48).

Em relação à doação de órgãos *post mortem*, observa-se no Direito Civil uma mitigação ao direito à autonomia do *de cuius*, transferindo-o em sua totalidade aos seus familiares. À luz dos princípios basilares da Bioética, surgem os questionamentos: é justo que o doador não tenha seu direito personalíssimo reconhecido? Evita-se fazer o mal ao impedir que a vontade do *de cuius* tenha qualquer eficácia, ainda que manifestada em vida? O que é mais benéfico para a sociedade? Analisando profundamente as questões jurídico-filosóficas pertinentes à doação de órgãos *post mortem*, temos que a Bioética é a disciplina que melhor encontra caminhos para responder a essas difíceis questões, devendo, portanto, guiar a redação legislativa, o que não foi feito com a Lei de Transplantes e tampouco com o Decreto nº 9.175/2017.

4.2 A NECESSIDADE DE CONSENTIMENTO DA FAMÍLIA NA DOAÇÃO *POST MORTEM*

É padrão da ética médica, consuetudinariamente e também por força da Resolução CFM 1.995/2012, a consulta dos familiares quando o enfermo não puder manifestar sua vontade. Na eventualidade de omissão em vida do potencial doador sobre seus desejos de doar ou não seus órgãos, deve-se consultar a família do falecido sobre o tema. A preocupação é de

que se assegure o melhor para o paciente, sob o manto da crença de que a família “agirá pensando em termos dos melhores interesses do representado” (DALL'AGNOL, 2005, p.10).

Realmente, a oitiva dos familiares poderia ser tão útil como condizente com o princípio da dignidade da pessoa humana em casos de omissão do falecido sobre doação de órgãos, porém se estabelece um novo nível de conflito quando há vontade manifesta em vida, principalmente se deixada por escrito. O legislador estabeleceu, em síntese, que quaisquer manifestações de vontade do doador não dispõem de plena eficácia jurídica, pois esta se perde com a sua morte. A eficácia jurídica plena, por conseguinte, incide somente à vontade dos familiares do doador. “Não se prestigiou, portanto, a vontade do potencial doador, mesmo que em vida este tivesse deixado clara sua intenção, seja por documento formal ou pessoal seja por qualquer meio idôneo de manifestação” (MAYNARD *et al*, 2015, p.130).

Em outras palavras, o legislador mitigou a eficácia jurídica da vontade do doador, eliminando-a com a sua morte. Eventual vontade manifestada pelo doador em vida, ainda que deixada por escrito, deve ser ratificada por seus familiares para ter eficácia jurídica. É a ideia do consentimento fraco aplicado à doação de órgãos post mortem (LACERDA FILHO, 2017, p.115).

Faz-se necessário salientar que tal comando legislativo já estava em vigor desde o ano de 1997, com o advento da Lei nº 9.434. Todavia, desde lá, foi constatada a falha do legislador. Vinte anos depois, com o Decreto nº 9.175/2017, a esperança dos críticos de tal normativa era de que a incongruência legislativa fosse sanada, porém o referido decreto somente a ratificou.

A plena autonomia do doador em vida é requisito essencial para que se inicie o procedimento de doação e a subsequente transplantação de órgãos e tecidos, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. Contudo, também com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana, a plena autonomia do doador é mitigada, adotando-se no Brasil a teoria do consentimento fraco, a qual favorece o direito de escolha dos familiares do *de cuius* em detrimento a eventual vontade por ele atestada. Mais do que mera incongruência legislativa, as disposições sobre doação de órgãos e tecidos retratam verdadeiro conflito principiológico - não oriundo de princípios fundamentais contrapostos, mas advindo de caminhos interpretativos sobre o mesmo princípio fundamental.

Tal interpretação subordina a autonomia corporal do indivíduo à vontade de terceiros, atribuindo a cônjuges e parentes um inusitado "direito sobre o corpo alheio", capaz de prevalecer mesmo contra a vontade do falecido. Trata-se de grave atentado contra o valor constitucional da dignidade humana, que pressupõe a plena autodeterminação individual em tudo aquilo que não gere risco para si ou para a

coletividade. Subordinar a vontade do doador em matéria corporal à autorização do Estado-juiz (no caso de doação em vida) ou ao consentimento de cônjuge ou parentes (no caso da disposição *post mortem*) é desconsiderar a vontade individual naquilo que possui de mais próprio e íntimo: sua autonomia corporal (SCHREIBER, 2014, p.48).

É necessário que se faça uma interpretação do sistema constitucional como um todo para que as normativas infraconstitucionais efetivamente apliquem a lógica exprimida na Carta Magna (DANTAS, 2008, p.78). E, se a base principiológica do ordenamento jurídico brasileiro é o princípio da dignidade da pessoa humana, faz-se necessária uma aplicação do Direito que efetivamente se volte para a dignidade humana. Se, por sua vez, a autonomia da vontade é derivada da dignidade da pessoa humana, ela deve ser tratada com o maior respeito, devendo-se rever a legislação vigente no que diz respeito à decadência da autonomia da vontade do doador de órgãos após a sua morte.

O Brasil possui taxas de doação após a morte menores do que a de países que adotam do consentimento presumido, porém este fato não se dá somente por causa de tal adoção, mas também por fatores socioculturais. O histórico da legislação brasileira acerca da doação de órgãos *post mortem* demonstra um senso de desconfiança para com o procedimento. A percepção generalizada das famílias de potenciais doadores sobre o procedimento de doação é predominantemente negativa. Fatores como religiosidade, desconhecimento (do qual decorre a desconfiança), ausência de diálogo intrafamiliar sobre o assunto, ausência de acolhimento sensibilizado pela equipe médica aos familiares que perderam um ente querido, a esperança - pautada em desconhecimento - de que o ente querido “se recupere” da morte encefálica e o próprio luto influenciam nas baixas taxas de doação *post mortem* entre os brasileiros (FERNANDES, 2015, p.35-37).

Não se discute que a perda de um ente querido é uma ocasião extremamente perturbadora. A literatura tem defendido um aprimoramento das técnicas das equipes médicas na abordagem dos familiares para captação de potenciais doadores (MEIRELLES; MAGALHÃES, 2018, p.44). Porém, além da delicadeza na abordagem, deve-se atentar para a divulgação e devida educação da população brasileira sobre o procedimento de doação de órgãos. Atitudes como essas certamente serviriam à população de uma maneira significativa, tranquilizando mesmo os mais temerosos sobre o procedimento e aumentando o número de doações em todo o país. Entretanto, políticas públicas por si só não seriam suficientes para resolver o problema jurídico do consentimento fraco do doador. A falha legislativa deve ser sanada, de modo a proporcionar ao potencial doador o exercício do seu direito à autonomia.

A crítica à letra da lei não reside na tentativa de regulamentar o processo de doação - a complexidade e o alcance de tal procedimento necessita, obviamente, de uma regulamentação esmiuçada. As críticas residem, pois, na escolha do legislador em anular os efeitos de qualquer manifestação de vontade do doador em potencial, passando tal responsabilidade para seus familiares. Compreendem-se os motivos e os caminhos tomados na construção legislativa, porém, as falhas anteriores, o receio da população e a inconstância do legislador não justificam o desserviço ao Direito trazido pelo Decreto nº 9.175/2017. Nesse sentido, o Decreto falhou ao não somente ratificar, mas ao mitigar ainda mais a autonomia do doador. O retrocesso encontrado na legislação brasileira atual desrespeita o direito fundamental do doador de ter sua vontade considerada, transferindo a outros - que, em razão das circunstâncias, podem não compreender ou recear tomar qualquer decisão - o ônus de autorizar ou não a doação.

Não há como proteger os direitos constitucionais do doador sem garantir a eficácia de sua decisão após sua morte. Não há como aproximar a população brasileira da ideia de doar seus órgãos *post mortem* sem assegurá-la da eficácia, transparência e beneficência do procedimento. Não há como garantir plenamente o direito à autonomia da vontade do doador sem estender sua eficácia após a morte da pessoa natural. É perceptível, portanto, a necessidade de readequação da legislação específica, de modo a garantir tal eficácia, para que, então, o almejado crescimento do Sistema Nacional de Transplantes e, conseqüentemente, do número de transplantações seja alcançado.

5 CONCLUSÃO

Poucas demonstrações de altruísmo são tão significativas quanto a doação de órgãos e tecidos. Poucos atos possuem tamanho potencial de impacto, tanto no âmbito medicinal, por conta das complexas cirurgias e delicadezas técnicas que rodeiam o procedimento, como na esfera emocional, particular e familiar. Expectativas, receios, esperanças e outros diversos sentimentos permeiam todo o processo de doação, seja a doação intervivos, seja a doação *post mortem*. Doar órgãos e tecidos é literalmente doar oportunidades para a continuidade de uma vida com qualidade.

Por essas razões, constata-se o caráter personalíssimo do ato de decidir pela doação (ou negá-la). O direito do indivíduo de decidir sobre seu próprio corpo fundamenta-se no princípio norteador da doação de órgãos e de todos os seus efeitos jurídicos, e que também é

um dos princípios mentores da bioética: a autonomia da vontade. Este, por sua vez, funda-se na dignidade da pessoa humana, princípio-mor da Constituição Federal de 1988.

Atualmente, a doação de órgãos *post mortem* é regida pela Lei nº 9.434/1997 e pelo Decreto nº 9.175/2017. O referido decreto foi promulgado numa tentativa do legislador de sanar críticas relativas à eficácia da autonomia do doador após a morte, porém o comando legislativo foi insuficiente para tal fim. Ao contrário, somente intensificou a negativa de respeito à autonomia do doador, uma vez que determinou a oitiva dos familiares do falecido - isto é, seu cônjuge ou companheiro, ou parente consanguíneo, de maior idade e juridicamente capaz, na linha reta ou colateral, até o segundo grau - como requisito essencial para autorização da captação e transplantação de órgãos, tecidos e partes do corpo humano.

Nem as políticas públicas nem o Direito brasileiro são contra a doação de órgãos. Pelo contrário, campanhas, mensagens públicas e demais publicidades são comumente vistas pela população, visando à conscientização coletiva quanto à importância de se doar órgãos após a morte. Observa-se a vontade do legislador de estimular a sociedade para conferir consentimento livre e esclarecido à doação *post mortem*, além de proteger a ética do procedimento a integridade do doador, uma vez que todo o processo de captação, transporte e transplantação são rigidamente regulamentados, sendo obrigatória, ainda, a devolução do cadáver condignamente composto após o procedimento de retirada dos órgãos para doação.

As baixas taxas de consentimento dos familiares para a doação dos órgãos de seus entes falecidos podem ser explicadas por fatores como a percepção generalizadamente negativa das famílias de potenciais doadores acerca da doação, fruto de certa desconfiança, receio e desconhecimento sobre o procedimento, bem como a ausência de diálogo anterior entre o *de cuius* e sua família. Contudo, tais fatores socioculturais não dirimem a falha técnica do legislador ao positivar o consentimento fraco do doador, fortalecendo como requisito primordial para a doação *post mortem* o consentimento livre e esclarecido da família.

O Decreto nº 9.175/2017 ratificou o desacerto da Lei dos Transplantes, violando o direito de autonomia do doador ao transferi-lo a outras pessoas. Ainda que seja sua família, tal direito personalíssimo está diretamente conectado à dignidade da pessoa humana, não sendo cabível que a disponibilidade de tal direito seja transferido a outrem.

Diante de todo o exposto, conclui-se que o Decreto nº 9.175/2017 violou o direito de autonomia do doador *post mortem*, pois a negativa de eficácia da vontade do doador após sua morte viola direitos fundamentais cujos preceitos devem perdurar até após a finitude do indivíduo, pela própria proteção da dignidade da pessoa humana. A redação da legislação vigente vai de encontro aos princípios basilares da Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mônica Neves de; MEIRELLES, Ana Thereza. Autonomia e alteridade como fundamentos da construção do sentido de dignidade existencial diante do direito à vida. **RBDA**, v. 13, n. 01, p.123-147, Salvador, jan-abr 2018. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/26220>. Acesso em: 20 mar. 2019.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Dignidade Humana como Princípio Normativo: os Direitos Fundamentais no Debate Bioético. In: **Direitos Fundamentais e Biotecnologia**. SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (organizadores). São Paulo: Método, 2008.

BRASIL. (Constituição 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 27 mar. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 9175**, de 18 de outubro de 2017. Brasília, DF, 19 out. 2017. Regulamenta a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, para tratar da disposição de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9175.htm. Acesso em: 03 set. 2018.

BRASIL. **Lei nº 4.280**, de 06 de novembro de 1963. Dispõe sobre a extirpação de órgão ou tecido de pessoa falecida. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4280.htm. Acesso em: 20 fev. 2019.

BRASIL. **Lei nº 5.479**, de 10 de agosto de 1968. Dispõe sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes de cadáver para finalidade terapêutica e científica, e dá outras providências. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5479.htm#art16. Acesso em: 20 fev. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.489**, de 18 de novembro de 1992. Dispõe sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, com fins terapêuticos e científicos e dá outras providências. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5479.htm#art16. Acesso em: 20 fev. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.434**, de 04 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm. Acesso em: 03 set. 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 19 mar. 2019.

BRASIL. **Medida provisória nº 2.083-32**, de 22 de fevereiro de 2001. Altera dispositivos da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2083-32.htm. Acesso em: 19 mar. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 1.531, de 1991**. Dispõe sobre a reciprocidade compulsória nos casos de doação e recepção de órgãos humanos. O receptor se torna obrigatoriamente em doador de órgãos. Autor: Francisco Silva. Apresentação em 07 de agosto de 1991. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=193269>. Acesso em: 19 mar. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 4.322, de 1998**. Altera a Lei nº 9.434, de 04 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, e dá outras providências. Autor: Paulo Paim. Apresentação em 25/03/1998. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=20807>. Acesso em: 19 mar. 2019.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo, Saraiva, 2015.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. 2003. 270 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2003.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 2.173**, de 23 de novembro de 2017. Define os critérios do diagnóstico de morte encefálica. Disponível em: <http://www.saude.rs.gov.br/upload/arquivos/carga20171205/19140504-resolucao-do-conselho-federal-de-medicina-2173-2017.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.995**, de 31 de agosto de 2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf. Acesso em: 30 abr. 2019.

CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Salvador: Juspodivm. 2015.

DANTAS, Ivo. Constituição e Bioética (breves e curtas notas). In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (organizadores). **Direitos Fundamentais e Biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008.

DALBEM, Giana Garcia; CAREGNATO, Rita Catalina Aquino. Doação de órgãos e tecidos para transplante: recusa das famílias. **Texto & Contexto Enfermagem** (UFSC. Impresso), 2010, v. 19(4): p.728-735. Disponível em: <http://www.abto.org.br/abtov03/default.aspx?mn=512&c=955&s=0&friendly=biblioteca---textos-e-publicacoes-sobre-transplantes>. Acesso em: 21 fev. 2019.

DALL'AGNOL, Darlei. **Bioética**. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. 13.ed. **Curso de Direito Civil. Parte Geral e LINDB**. v.1. São Paulo: Atlas, 2015.

FERNANDES, Marli Elisa Nascimento. **Percepção das Famílias de Doadores de Órgãos Sobre o Processo de Doação**. 2015. 95 f. Tese (Doutorado) - Curso de Ciências Médicas, Faculdade de Ciências Médicas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2015. Disponível em: http://repositorio.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/312718/1/Fernandes_MarliElisaNascimento_D.pdf. Acesso em: 23 set. 2018.

MAGALHÃES, Leslei dos Anjos. **O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida**. São Paulo: Saraiva. 2012.

MAYNARD, L.; LIMA, I. M.; LIMA, Y.; COSTA, E. Os Conflitos do Consentimento Acerca da Doação de Órgãos Post Mortem no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**, v. 16, n. 3, p.122-144, 30 dez. 2015. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/111657>. Acesso em: 10 set. 2018.

MEIRELLES, Ana Thereza; SILVA, Mônica Neves Aguiar da. Prática médica e diretivas antecipadas de vontade: uma análise ético-jurídica da conformação harmônica entre os pressupostos autonomia e alteridade. **Revista Jurídica Cesumar**. set/dez 2017, v. 17, n. 3, p.715-739. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/5686>. Acesso em: 30 abril 2019.

MEIRELLES, Ana Thereza; MAGALHÃES, Lara Fernanda Souza. O consentimento da família como condição limitadora da autonomia do doador no transplante *post mortem*. **Revista Direitos Fundamentais e Alteridade**, v. 2, n. 1, p.27-48. 2018. Disponível em: <https://cadernosdoceas.ucsal.br/index.php/direitosfundamentaisealteridade/article/view/495/0>. Acesso em: 30 mar. 2019.

MORATO, Eric Grossi. Morte encefálica: conceitos essenciais, diagnóstico e atualização. **Rev Med Minas Gerais**, 19.3:227-336, Jun/Ago 2009. Disponível em: <http://rmmg.org/artigo/detalhes/428#>. Acesso em: 20 mar. 2019.

PAZIN-FILHO, Antonio. Morte: considerações para a prática médica. **Medicina (Ribeirão Preto. Online)**, v. 38, n. 1, p.20-25, 30 mar. 2005. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rmrp/article/view/419>. Acesso em: 20 mar. 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2013.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 41, n. 163 jul./set. 2004, p.113-130. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/982/R163-08.pdf?sequence=4>. Acesso em: 24 nov. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Mônica Neves de Aguiar da. O paradoxo entre a autonomia e a beneficência nas questões de saúde: quando o poder encontra a vulnerabilidade. **Revista de Biodireito e Direitos dos Animais**. Brasília, v. 2, n. 1, Jan/Jun. 2016, p.70-85. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistarbda/article/view/273>. Acesso em: 14 abril 2019.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Relatório de avaliação de programa**: programa doação, captação e transplante de órgãos e tecidos. Relator Ministro Marcos Vinicius Vilaça. – Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo, 2006. 134p. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/relatorio-de-avaliacao-de-programa-programa-doacao-captacao-e-transplante-de-orgaos-e-tecidos.htm>. Acesso em: 20 fev. 2019.