



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

ANA BEATRIZ ANDRADE AGRA DE MELO E SILVA

**AUTONOMIA NA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS: RESPEITO À VONTADE DO
INDIVÍDUO FRENTE AO DESEJO DA FAMÍLIA**

**CAMPINA GRANDE - PARAÍBA
2020**

ANA BEATRIZ ANDRADE AGRA DE MELO E SILVA

**AUTONOMIA NA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS: RESPEITO À VONTADE DO
INDIVÍDUO FRENTE AO DESEJO DA FAMÍLIA**

Trabalho de Conclusão de Artigo (Artigo Científico) apresentado a Coordenação do Curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Bioética e Direitos Humanos.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo D'Angelo Lara.

**CAMPINA GRANDE - PARAÍBA
2020**

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

S586a Silva, Ana Beatriz Andrade Agra de Melo e.
Autonomia na doação de órgãos [manuscrito] : Respeito à vontade do indivíduo frente ao desejo da família / Ana Beatriz Andrade Agra de Melo e Silva. - 2020.
28 p.
Digitado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas , 2020.
"Orientação : Prof. Dr. Marcelo D'angelo Lara , Coordenação do Curso de Direito - CCJ."
1. Doação de órgãos. 2. Vontade do indivíduo. 3. Desejo da família. I. Título
21. ed. CDD 341.481

ANA BEATRIZ ANDRADE AGRA DE MELO E SILVA

AUTONOMIA NA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS: RESPEITO À VONTADE DO INDIVÍDUO
FRENTE AO DESEJO DA FAMÍLIA

Trabalho de Conclusão de Artigo (Artigo Científico) apresentado a Coordenação do Curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Bioética e Direitos Humanos.

Aprovada em: 19/11/2020.

BANCA EXAMINADORA

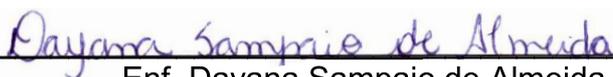


Prof. Dr. Marcelo D'Angelo Lara (Orientador)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS-CCJ

Prof. Laplace Guedes Alcoforado L. de Carvalho
Diretor do CCJ - Mat. 122931-1

Prof. Esp. Laplace Guedes Alcoforado Leite de Carvalho
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Enf. Dayana Sampaio de Almeida
Hospital Nossa Senhora das Neves

Aos profissionais envolvidos no recolhimento e transplante de órgãos e aos familiares que concordam com a doação, DEDICO.

Então, o Senhor Deus fez cair pesado sono sobre o homem, e este adormeceu; tomou uma das suas costelas e fechou o lugar com carne. E a costela que o Senhor Deus tomara ao homem, transformou-a numa mulher e lha trouxe.

Trecho extraído da **Bíblia Sagrada**, Livro de Gênesis, capítulo 2, versículos 21 e 22.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CET	Central Estadual de Transplantes
CF	Constituição Federal
CFM	Conselho Federal de Medicina
DAV	Diretivas Antecipadas de Vontade
PL	Projeto de Lei
STN	Sistema Nacional de Transplantes
SUS	Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	08
2	A HISTÓRIA DA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS E A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA...	09
3	A LEI DOS TRANSPLANTES.....	12
3.1	Alterações na lei 9.434/97 pela lei 10.211/2001 e a autonomia do indivíduo.....	14
3.2	Decreto 9.175/2017 e a regulamentação da lei 9.434/97.....	15
3.3	Projeto de Lei nº 3.176/2019.....	16
4	DIREITO DE CONSENTIR E A LEGISLAÇÃO.....	16
4.1	Autonomia.....	17
4.2	Direitos da personalidade.....	18
4.3	Divergência legislativa e direito comparado.....	19
5	A DIFICULDADE EM ENTENDER A DOAÇÃO DE ÓRGÃOS.....	20
6	METODOLOGIA.....	22
7	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	23
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	25
	AGRADECIMENTOS.....	28

AUTONOMIA NA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS: RESPEITO À VONTADE DO INDIVÍDUO FRENTE AO DESEJO DA FAMÍLIA

TÍTULO EM LÍNGUA ESTRANGEIRA: SUBTÍTULO

Ana Beatriz Andrade Agra de Melo e Silva*

RESUMO

A análise legislativa acerca da autonomia do indivíduo no que tange o desejo de doação de órgãos *post mortem* proposta no presente estudo visa entender como funciona a doação no Brasil, buscando observar o quanto o conhecimento social sobre o tema influencia na legislação. Serão apresentados a história da doação de órgãos no Brasil e o avanço das legislações específicas sobre o tema. Caracteriza-se como Trabalho de Conclusão de Curso de base bibliográfica-documental e tem por objetivos entender o Princípio da Autonomia e a relação com os Direitos Humanos que existe na Carta Magna, apresentar e compreender o Direito de Consentir e o sistema adotado no Brasil, analisando a adequação de acordo com as normas constitucionais vigentes de forma a perceber se há conflito normativo sobre o tema e apontar sugestões para resolução. A metodologia utilizada no estudo é a observacional conjunto com a dedutiva, partindo de premissas maiores para deduzir a conclusão do estudo, fazendo uso de uma pesquisa explicativa, que visa esclarecer quais motivos contribuem, de alguma forma, para a doação de órgãos. Como resultados do estudo, constata-se que: a desconsideração da vontade do indivíduo fere o princípio da autonomia garantido constitucionalmente e impede que o seu desejo seja realizado após a morte, ao passo que não há uma legislação que regulamente a obrigatoriedade de respeito à essa vontade expressa. Logo, a presente pesquisa, ao apresentar o embate entre a prevalência do desejo da família frente ao do indivíduo, relaciona à discrepância entre os potenciais e os efetivos doares e o respeito às normas específicas socialmente engessadas.

Palavras-chave: Doação de órgãos. Autonomia. Vontade do indivíduo. Desejo da família.

ABSTRACT

A análise legislativa acerca da autonomia do indivíduo no que tange o desejo de doação de órgãos *post mortem* proposta no presente estudo visa entender como funciona a doação no Brasil, buscando observar o quanto o conhecimento social sobre o tema influencia na legislação. Serão apresentados a história da doação de órgãos no Brasil e o avanço das legislações específicas sobre o tema. Caracteriza-se como Trabalho de Conclusão de Curso de base bibliográfica-documental e tem por objetivos entender o Princípio da Autonomia e a relação com os Direitos Humanos que existe na Carta Magna, apresentar e compreender o Direito de Consentir e o sistema adotado no Brasil, analisando a adequação de acordo com as

* Graduanda do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Estadual da Paraíba – UEPB.
Email: anabeatrizamelo@gmail.com

normas constitucionais vigentes de forma a perceber se há conflito normativo sobre o tema e apontar sugestões para resolução. A metodologia utilizada no estudo é a observacional conjunto com a dedutiva, partindo de premissas maiores para deduzir a conclusão do estudo, fazendo uso de uma pesquisa explicativa, que visa esclarecer quais motivos contribuem, de alguma forma, para a doação de órgãos. Como resultados do estudo, constata-se que: a desconsideração da vontade do indivíduo fere o princípio da autonomia garantido constitucionalmente e impede que o seu desejo seja realizado após a morte, ao passo que não há uma legislação que regulamente a obrigatoriedade de respeito à essa vontade expressa. Logo, a presente pesquisa, ao apresentar o embate entre a prevalência do desejo da família frente ao do indivíduo, relaciona à discrepância entre os potenciais e os efetivos doares e o respeito às normas específicas socialmente engessadas.

Palavras-chave: Doação de órgãos. Autonomia. Vontade do indivíduo. Desejo da família.

1. INTRODUÇÃO

Apesar de ser um tema bastante conhecido, grande parte da população não compreende o procedimento de doação de órgãos. Por inúmeras questões, as famílias negam que os órgãos dos seus entes queridos mortos sejam doados e salvem vidas.

Por isso, o presente artigo, intitulado “Autonomia Na Doação De Órgãos: Respeito À Vontade Do Indivíduo Frente Ao Desejo Da Família”, tem como objetivo principal entender como funciona a doação de órgãos post mortem no Brasil, observando a história da doação de órgãos no país e o avanço das legislativo sobre o tema, de forma a perceber se há conflito normativo e apontar sugestões para resolução.

A escolha do tema se justifica: (a) pela experiência familiar vivida pela autora, em que um primo voltou a enxergar após um transplante de córneas, advindas de doador cadáver, e causou uma real paixão pela questão jurídica que permeia o tema; (b) por entender que as principais mudanças começam na academia, sendo essa uma oportunidade ímpar de promover o conhecimento sobre um assunto pouco discutido no ambiente acadêmico do Direito, ao mesmo tempo que pode influenciar diretamente na qualidade e expectativa de vida da população, pois a doação de órgãos salva um grande número de doentes que padecem em uma lista de espera; e (c) por compreender a importância de lutar pela autonomia do indivíduo, à luz da Constituição Federal, e pelo respeito à sua vontade mesmo após a morte.

Desta feita, apesar da pouca produção sobre o tema, demonstrando uma relativa falta de interesse em discutir um assunto demasiadamente importante, o material disponível é muito consistente e foi essencial para o desenvolvimento desse projeto. Verifica-se que a doação de órgãos se refere à problemática que engloba não só a área da saúde, mas acarreta ênfase especial na área jurídica, pois o direito de dispor ou não do próprio corpo vivo ou morto refere-se a um direito personalíssimo.

Utilizando da metodologia dedutiva, realizou-se uma investigação explicativa quanto aos fins, e pesquisa bibliográfica-documental no que tange aos meios de investigação, deparando-se com a seguinte problemática a ser respondida: “pode uma pessoa determinar a doação dos seus órgãos post mortem, no Brasil, sem a

autorização da família”? Imprescindível, portanto, a produção de conhecimento sobre o tema objeto de estudo.

Ademais, salienta-se que o presente estudo, por seu turno, não possui a pretensão de cessar os questionamentos acerca do tema, mas, de modo contrário, estimular ainda mais o debate, gerando sobre ele reflexões e contribuindo com as discussões, ainda escassas, que dizem respeito à problemática.

2. A HISTÓRIA DA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS E EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

Atualmente o transplante de órgãos é assunto tido como de conhecimento geral da maioria da população, apesar do proporcional desconhecimento de como realmente ocorre tal processo, o que acarreta em um alto número de pessoas que ainda aguardam na fila de espera por um órgão por não existir um número compatível de doadores.

Tratando-se de doação de órgãos, é necessário compreender que automaticamente se fala em transplantação. Todavia, não existe apenas um tipo de transplante, conforme parâmetros fixados pela medicina legal, ele pode ser: autotransplante (transferência de órgão ou tecido de um lugar a outro na mesma pessoa, pode ser conhecido como autoplástico), isotransplante (transplante de órgão ou tecido entre indivíduos do mesmo gênero e com caracteres hereditários idênticos), homotransplante (transplante de tecido ou órgãos entre seres humanos, mas com diferentes caracteres hereditários) ou xenotransplante (conhecido também como heterotransplante, é a transferência de tecido ou órgãos entre animais e humanos). No presente artigo serão tratados os homotransplantes com órgãos e tecidos advindos de pessoas mortas.

Ao analisar a história dos transplantes, observa-se que o primeiro relato deste recurso médico pode ser observado na Bíblia, no livro de Gênesis, capítulo 2 (versículos 21 e 22), em que Adão é mostrado como o primeiro doador da história. Outros relatos milenares podem ser encontrados na Ásia, advindos de médicos chineses. Descartando as demais tentativas sem comprovação histórica, os primeiros experimentos de xenotransplante se deram nos séculos XV e XVI. (SILVA NETO, 2006)

No final do século XIX ocorreram transplantes homólogo de córneas com sucesso, impulsionando a história dos transplantes na década de 50, quando o primeiro rim foi transplantado entre irmãos gêmeos monozigóticos pelo médico Joseph Murray nos Estados Unidos da América e obteve êxito, diferentemente das tentativas anteriores ao redor do mundo em que os pacientes morriam dias depois da cirurgia. (BOTELHO, 2015).

Ao longo dos anos, com a descoberta de drogas imunossupressoras (utilizadas com o fim de evitar a rejeição do órgão transplantado), exames de compatibilidade e o desenvolvimento das técnicas de cirurgia, os transplantes se tornam mais eficientes, sendo possível transplantar outros órgãos, como fígado, coração, pâncreas, pulmão e pele.

No Brasil, a história se iniciou em 1964 com um transplante renal de doador cadáver, no Rio de Janeiro. Um jovem de 18 anos recebeu o rim de uma criança de 9 meses de idade. Apesar da não publicação científica do procedimento, houve ampla divulgação pela imprensa. No ano seguinte, em São Paulo, foi realizado o primeiro transplante com doador vivo, em que um irmão doou um rim ao outro, fato registrado no Brasil e América Latina. (ANDRADE, 2009).

Diante de tais avanços, era mister que houvesse uma regulamentação estatal para garantir a adequação dos procedimentos médicos de transplante com a norma jurídica, de forma a proteger o doador, seus direitos de autonomia e personalidade, bem como o receptor e a equipe médica responsável pelo procedimento.

A primeira lei que regeu a doação de órgãos foi promulgada em 6 de novembro de 1963. A Lei 4.280/63, criada sob vigência da Constituição Federal de 1946, tem como ementa: “dispõe sobre a extirpação de órgão ou tecido de pessoa falecida”. É perceptível a inadequação dos termos utilizados com a conjuntura atual da sociedade, sendo a palavra “extirpação” chocante e causando dificuldade na compreensão do processo por parte do doador e da sua família.

Importante ressaltar que essa legislação apresentava, já em seu artigo 1º, a necessidade de autorização por escrito da pessoa – quando em vida – ou dos familiares, caso este fosse silente. Percebe-se, então, o respeito à autonomia do indivíduo no que tange o desejo de doação. (PIMENTEL; SARSUR; DADALTO, 2018).

Não obstante, a lei supracitada permitia que a doação fosse direcionada, conforme pode ser observado no art. 6º desta, possibilitando a comercialização dos órgãos, pois ela não tratava sobre a gratuidade da doação, existindo margens para a remuneração, tornando-se alvo de duras críticas. (ANDRADE, 2009).

Após cinco anos, passou a vigorar a Lei 5.479, de 10 de agosto de 1968, apresentando a ementa disposta: “dispõe sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes de cadáver para finalidade terapêutica e científica, e dá outras providências”, revogando então a legislação anterior que tratava sobre o assunto. A principal diferença que pode ser observada é a mudança dos termos “extirpar” e “pessoa falecida” por “retirada” e “cadáver”.

Visando pôr fim às críticas advindas da omissão quanto à gratuidade da doação, a lei dispõe em seu artigo 1º “a disposição gratuita de uma ou várias partes do corpo “post mortem”, para fins terapêuticos”. Logo, não há mais motivos para discutir a comercialização de órgãos. Ademais, foi permitida a doação entre pessoas vivas, desde que tratasse de pessoa maior e capaz, bem como “de órgãos duplos ou tecidos, vísceras ou partes e desde que não impliquem em prejuízo ou mutilação grave para o disponente e corresponda a uma necessidade terapêutica, comprovadamente indispensável, para o paciente receptor”, de acordo com o artigo 10 da referida lei.

Apesar de ter sido promulgada em meio ao regime militar, contrariando o senso comum, a legislação continuou garantindo a autonomia do paciente, de forma que a decisão da família só iria prevalecer quando este não tivesse expressado sua vontade em vida. Existia, ainda, a possibilidade de escolha pelos relativamente incapazes e de analfabetos, mediante a manifestação da vontade por instrumento público, vide artigo 3º, II, da Lei 5.479/68.

Diante do fim do Governo Militar, a (re)instauração do regime democrático, muitas foram as mudanças constitucionais advindas com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, apelidada de Constituição Cidadã, garantindo direitos individuais irrenunciáveis atrelados à personalidade, vida e dignidade, determinando em seu art. 199, § 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.

Desta feita, após vinte e quatro anos, passou a vigorar a Lei nº 8.489, 18 de novembro de 1992, para legislar conforme a Carta Magna havia disposto, apresentando como ementa: “dispõe sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, com fins terapêuticos e científicos e dá outras providências”. Revogando a lei anterior, manteve a gratuidade da doação, bem como a obrigatoriedade de recompor o corpo após a retirada dos órgãos e tecidos, para sepultamento ou necropsia.

O legislador apresentou a obrigatoriedade da morte encefálica, modificando o entendimento um dia após a promulgação da lei, vetando o artigo 2º, alegando que outras condições de morte permitem a imediata retirada de órgãos e tecidos, limitar à morte encefálica seria diminuir as possibilidades de doação, pois criaria condições insuperáveis para a doação de tecidos, como córneas. Visando o interesse público, houve o veto do artigo. Essa situação comprova a falta de conhecimento, por parte do legislador, dos conceitos de morte e morte encefálica.

Além disso, a mesma mensagem de veto se estende ao artigo 9º da Lei 8.489, pois alegou que a criação de centros regionais ou estaduais poderiam dificultar o procedimento, também comprovando a falta de conhecimento sobre o processo e dando margem à perda de órgãos, por não existir uma comunicação entre estados.

No ano seguinte instituiu-se o Decreto nº 879, de 22 de julho de 1993, visando regulamentar a Lei nº 8.489/1992. Nele expressa não apenas a gratuidade da doação, mas também a impossibilidade de comercialização dos órgãos¹. Além disso, traz definições essenciais para o entendimento da legislação, como o conceito de doador, receptor, transplante, autotransplante e morte encefálica.

Enxerga-se o zelo do legislador com a proibição de qualquer tipo de comercialização no momento em que a Lei supracitada permitia a doação entre pessoas vivas apenas entre avós, netos, pais, filhos, irmãos, tios, sobrinhos, primos até segundo grau inclusive, e entre cônjuges, salvo se houver autorização jurídica. Além disso, protege ao menor e mulher gestante.

Nesta legislação, há um desejo maior de garantia da integridade e da vida do ser humano a partir do momento em que fica manifesta a proibição de experimentos humanos, devendo haver garantia de algum êxito no transplante².

Algo importante é a manutenção da autonomia do indivíduo em todas essas leis, pois sempre trazem a doação condicionada à autorização por parte do doador, quando em vida, manifestou sua vontade de forma clara e expressa, conforme pode ser observado:

Art. 7º Somente será admitida a utilização de tecidos, órgãos ou parte do corpo humano se existir desejo expresso do doador manifestado em vida, mediante documento pessoal ou oficial nos termos do art. 3º, inciso I; da Lei nº 8.489, de 1992, e deste Decreto.

Art. 17. A pessoa maior e capaz poderá inscrever-se na Central de Notificação da Secretaria de Saúde como doador post mortem ou como doador em vida, indicando especificamente os tecidos, órgãos ou partes do seu corpo que pretende doar.

¹ Art. 2º Os tecidos, órgãos e partes do corpo humano são insusceptíveis de comercialização. (BRASIL, 1993).

² Art. 4º O transplante somente será realizado se não existir outro meio de prolongamento ou melhora da qualidade de vida ou melhora da saúde do indivíduo enfermo e se houver conhecimento consolidado na medicina que admita algum êxito na operação, ficando vedada a tentativa de experimentação no ser humano. (BRASIL, 1993)

Para atender todas as situações, o legislador também trata do silêncio do doador, quando determina no Parágrafo único do artigo 7º:

Parágrafo único. Na falta dos documentos indicados no *caput* deste artigo a retirada de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano somente será realizada se não houver manifestação em contrário por parte do cônjuge, ascendente ou descendente, observado o disposto no § 6º do art. 31.

Observa-se aqui uma ideia primária de Testamento Vital³, uma espécie das Diretivas Antecipadas de Vontade, em que os familiares decidirão apenas quando a pessoa for silente e não puder manifestar sua vontade por qualquer motivo que seja, mas prevalecendo a vontade do indivíduo quando for conhecida.

Apesar de tudo, as leis nº 4.280/1963, 5.479/1968 e 8.489/1992 pouco regulamentavam sobre o proceder quando se trata de transplantes e doação, de forma que foram insuficientes.

3. A LEI DOS TRANSPLANTES

Em 4 de fevereiro de 1997, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 9.434 que “dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências”. Dividindo-a em 6 capítulos, o legislador tornou a lei mais clara e detalhada, separando as disposições aplicadas ao doador vivo e cadáver. No mesmo ano o Decreto nº 2.268, de 30 de junho de 1997, foi decretado para regulamentar a Lei de Transplantes, revogando a Lei nº 8.489/92 e o Decreto nº 879/93.

Mantendo a gratuidade da doação e a impossibilidade de comercialização de órgãos e tecidos, a legislação instituiu a necessidade de autorização prévia do órgão de gestão nacional do Sistema Único de Saúde (SUS), visando garantir a integridade da doação. Percebe-se, então, uma concentração e dependência do Estado no que tange à doação de órgãos e transplantes, comprovando isso foi criado o Sistema Nacional de Transplante (SNT), serviço federal responsável pela coordenação de todo o processo de captação e distribuição dos órgãos doados⁴.

O referido controle estatal visou garantir a igualdade de oportunidade para aqueles que aguardam na fila de transplantes, levando em consideração o grau de risco do paciente e evitar o comércio ilegal de órgãos. Além disso, mobiliza as forças nacionais em prol do benefício da população, solicitando auxílio da Força Aérea Brasileira no transporte e entrega do órgão, para que este não perca suas funções e salve uma vida. Todas essas mudanças são reflexo de uma Constituição Federal que tem o direito à vida e à saúde como princípios fundamentais irrenunciáveis.

Ademais, havia uma divergência do que era entendida como a morte encefálica, levando o Conselho Federal de Medicina a atualizar os conceitos e parâmetros para tal definição, com a Resolução nº 1.480/97. Essa atualização era necessária para que a Lei de Transplantes fosse devidamente aplicada pela equipe médica, nos termos legais.

³ O Testamento Vital é definido por Dadalto (2020) como: “documento redigido por uma pessoa no pleno gozo de suas faculdades mentais, como o objetivo de dispor acerca dos cuidados, tratamentos e procedimentos que deseja ou não ser submetida quando estiver com uma doença ameaçadora de vida, fora de possibilidade terapêuticas e impossibilitado de manifestar livremente sua vontade”.

⁴ Conforme dados do Governo Federal, pouco mais de 90% dos transplantes do país em 2010 foram realizados pelo SUS. (FLAESCHEN, 2010).

Entretanto, apesar de todas as garantias de igualdade, a referida lei fere o Princípio da Autonomia do indivíduo quando apresentou em seu artigo 4º a ideia de doação presumida. Ou seja, se não houvesse manifestação expressa da pessoa sendo contrária à doação, ainda que os familiares tivessem opinião diversa, entenderia que aquele cadáver era doador de órgãos. Isso pode ser observado nos seguintes artigos:

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. (Lei 9.434/97)

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. (Decreto 2.268/97)

A recusa expressa deveria ser feita em um documento de validade nacional, como a Carteira de Identidade (RG), Carteira Nacional de Habilitação (CNH) ou carteiras de classe. Isso fere a autonomia por não poder conceder ao indivíduo o direito de escolher, mas apenas de negar.

Por não haver uma clara explicação acerca do procedimento de retirada de órgãos, bem como de campanhas educativas promovidas pelo Governo Nacional, a presunção de doação gerou um efeito oposto, causou polêmica e reprovabilidade, apesar do propósito ser aumentar a oferta de órgãos. Ou seja, ao invés de um aumento no número de órgãos disponíveis para doação e uma consequente diminuição da fila de espera, as pessoas se dirigiam aos postos de emissão de documentação para declarar não doadoras. Esse fenômeno se deve a muitos fatores, desde o não conhecimento do processo de doação até questões religiosas e culturais.

Nenhuma imposição funciona se não houver explicação. Dessa vez não seria diferente. Uma lei em que todos eram considerados doadores foi aprovada e a reação social ocorreu. Conforme informações do Ministério da Saúde, desde a vigência da lei, cerca de 90% das famílias não autorizavam a retirada dos órgãos dos entes queridos que faleciam. As pessoas desacreditavam no sistema de saúde e transplantes. (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2005).

Diante da situação, os médicos vivam um impasse entre a determinação legal e a contraposição dos familiares. Nesse sentido, Sá (2003) diz:

[...] a difícil situação do médico e respectiva equipe [...] posto que uma vez constatada a morte encefálica do paciente nada poderia impedir o procedimento determinado pela Lei (isto se analisarmos, repita-se, o art. 4º apenas quanto à sua redação inicial), no sentido de que fossem notificadas as centrais de notificações [...]. A verdade é que o profissional enfrentou problemas de ética e de consciência, com a Lei de doação presumida. Não lhe seria suficiente invocar o Código de Ética Médica, precisamente seu art. 28, que permite ao profissional da medicina “recusar a realização de atos médicos que, embora permitidos pela lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência” porque, em face ao sistema de hierarquia, o Código de Ética é ato administrativo normativo, inferior à lei, pelo que deve ser interpretado de acordo com ela, jamais em contrário.

A legislação era consonante com o Código de Ética Médica em vigor na época, a Resolução nº 1.246/88, sendo vedado ao médico, diante da responsabilidade profissional, “descumprir legislação específica nos casos de

transplantes de órgãos ou tecidos”⁵. Logo, os profissionais de saúde feririam o direito à vida se agissem de forma omissa quanto aos órgãos disponíveis para doação.

Logo, em 1998 a Medida Provisória nº 1.718-3, de 30 de dezembro de 1998, acrescentou ao artigo 4º da Lei 9.434/97 um sexto parágrafo - visando amenizar o caos de desaprovação social pela presunção de doação - que dispunha: “na ausência de manifestação de vontade do potencial doador, o pai, a mãe, o filho ou o cônjuge poderá manifestar-se contrariamente à doação, o que será obrigatoriamente acatado pelas equipes de transplante e remoção”.

Ocorria, então, que essa alteração garantia a manifestação familiar contrária à remoção dos órgãos, ainda que o *de cuius* não tivesse deixado qualquer expressão acerca da sua vontade. O grande problema era que não havia regulamentação quanto ao tempo que os familiares tinham para se exprimir, gerando, novamente, a presunção de concordância da doação. Além disso, ainda não era claro para a população a ordem de preferência para realizar o consentimento, se alguém teria prioridade ou qualquer parente poderia expressar à vontade e tomar a decisão. (CARVALHO; CARDOSO, 2014).

3.1. Alterações na lei 9.434/97 pela lei 10.211/2001 e a autonomia do indivíduo

No ano de 2000, o artigo 4º da Lei 9.434/97 foi revogado definitivamente pela Medida Provisória nº 1.959-27, de 24 de outubro do mesmo ano, extinguindo a presunção de doação. Em 23 de março 2001, foi promulgada a Lei nº 10.211, que modificou o artigo 2º, parágrafo único; além dos artigos 8º, 9º e 10. As mudanças foram referentes à necessidade de realização, no doador, de todos os testes de triagem para diagnóstico de infecção e infestação; a necropsia imediata e recomposição do cadáver de forma digna para sepultamento por parte dos familiares; a limitação de pessoas para quem o vivo poderia dispor dos seus órgãos, tecidos ou partes para doação (excetuando a medula óssea) e a necessidade de consentimento expreso do receptor, inscrito em lista única, para realização do transplante.

Diante do tema proposto no presente trabalho, o foco será na modificação do artigo 4º, pois atravessou o extremo da presunção até a negação da autonomia, desrespeitando, então, a liberdade individual e o direito de dispor do próprio corpo. A redação apresentada pela lei 10.211/2001 e que vigora até hoje é:

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.

No projeto de lei havia a presença de um parágrafo único que possibilitava a escolha por parte do cidadão, quando em vida manifestava a sua vontade por registro nos termos da regulamentação. *In verbis*, “Parágrafo único. 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”.

Com a inclusão deste dispositivo na legislação, seria garantido ao cidadão o direito à autonomia, nos termos da Constituição Federal/88 e era o compreendido pelos legisladores nas redações das leis anteriores que tratavam sobre o tema.

⁵ Artigo 43, Resolução nº 1.246/88 do CFM.

Todavia, o Ministério da Saúde manifestou-se por vetar esse Parágrafo Único, com uma justificativa que não estava de acordo com o pregado por um Estado Democrático de Direito. As razões apresentadas para o veto foram a contrariedade do parágrafo único com o caput do artigo, além de contrariar a prática das equipes transplantadoras e captadoras que não efetuam a retirada dos órgãos sem a autorização dos familiares, ainda que existisse a expressão da vontade do indivíduo.

Observa-se uma mudança nos termos utilizados para especificar qual dos familiares poderia autorizar a retirada de órgãos e tecidos. Na redação inicial da lei a doação era presumida; com a aplicação da Medida Provisória nº 2.083-32/2001, a autorização poderia ser de “qualquer um de seus parentes maiores, na linha reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, ou do cônjuge”; por fim, na redação apresentada pela Lei nº 10.211/2001 e vigente até hoje, o artigo 4º rege que a doação “dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive”. Esta atualização é importante para delimitar quem terá prioridade de decisão, principalmente para aplicação de analogia quando o *de cuius* não for casado civilmente, mas estiver em união estável, nos termos do artigo 226, parágrafo 3º, CRFB/88.

A Lei é silente quanto à divergência de opiniões entre parentes no mesmo grau de parentesco para decisão, como filhos ou pais. Buscando proteger o bem jurídico tutelado, prevalecerá o desejo do parente que não deseja realizar a doação, o que causa um novo dano à autonomia. (ONUCCI,2010).

Além disso, o artigo 2º da Lei nº 10.211/2001 rege que mesmo as pessoas que manifestaram a vontade relativas à retirada *post mortem* de tecidos, órgãos e partes, na Carteira de Identidade Civil e da Carteira Nacional de Habilitação, perderiam sua validade a partir de 22 de dezembro de 2000. Observa-se, então, uma ação retrógrada por parte do legislativo brasileiro no que tange o direito do cidadão em decidir o destino do seu corpo após a morte.

3.2. Decreto 9.175/2017 e a regulamentação da lei 9.434/97

O Decreto nº 9.175 de 18 de outubro de 2017 representa a regulamentação mais recente acerca da disposição de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Dividido em 8 capítulos, trata de forma detalhada sobre os artigos da Lei nº 9.434/97, revogando o Decreto nº 2.268/97.

Conforme as diversas mudanças e atualizações na área médica, se fazia necessário uma legislação que tratasse sobre as melhorias, como o aumento dos órgãos que integram o STN, a especificação das suas atribuições, a criação dos Centrais Estaduais de Transplantes (CET), ressalta a existência de uma única fila de transplantes, apresenta maiores detalhes que devem estar nos prontuários, dispõe sobre o transplante em estrangeiros não residentes e dá outras providências.

Quanto à recepção dos órgãos, tecidos ou enxertos, ainda é necessário o consentimento do receptor, por meio da autorização em documento que conterá as informações sobre o procedimento e as perspectivas de êxito, insucesso e as possíveis sequelas e que serão transmitidas ao receptor, após ser devidamente aconselhado sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento. Na hipótese de o receptor ser juridicamente incapaz ou estar privado de meio de comunicação oral ou escrita, o consentimento para a realização do transplante será dado pelo cônjuge, pelo companheiro ou por parente consanguíneo ou afim, de maior idade e

juridicamente capaz, na linha reta ou colateral, até o quarto grau, inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes na assinatura do termo. Ou seja, a família poderá responder pelo indivíduo quando este estiver impossibilitado de manifestar sua vontade, mas o desejo dele prevalecerá.

Todavia, no que tange a retirada dos órgãos, a legislação continuou tolhendo a autonomia do indivíduo, transferindo para a família do falecido a decisão sobre a disposição do corpo do falecido para doação, conforme pode ser observado no artigo 20 do decreto aqui discutido.

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.

§ 1º A autorização deverá ser do cônjuge, do companheiro ou de parente consanguíneo, de maior idade e juridicamente capaz, na linha reta ou colateral, até o segundo grau, e firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.

A palavra “somente” presente no caput do artigo comprova o intuito do legislador em manter a ideia apresentada no dispositivo de 1998 de exclusividade dos familiares para decidir sobre a doação, mesmo que o falecido tenha expressado em vida seu desejo mediante documento registrado. Observa-se que passados 20 anos da Lei dos Transplantes e 16 anos do fim da presunção de doação, coube a família decidir algo que pertence ao indivíduo.

3.3 Projeto de Lei nº 3.176/2019

Em 28 de maio de 2019, foi apresentado pelo senador Sérgio Olímpio Gomes, conhecido como Major Olímpio, do PSL, um Projeto de Lei que retorna à discussão sobre a presunção de doação. Com a justificativa de aumentar o número dos órgãos disponíveis para doação, bem como usando os países que possuem esse sistema de consentimento por exemplo, o consentimento presumido para todos os maiores de 16 anos apresenta uma retroação legislativa, tornando o Estado em detentor do corpo do indivíduo.

Não há fundamento constitucional para tal determinação, a saber que retira totalmente a autonomia da pessoa. Não deve ser dada a ela o direito de negar, mas de escolher, de manifestar a sua vontade.

4. DIREITO DE CONSENTIR E A LEGISLAÇÃO

Para que ocorra a doação de órgãos e tecidos *post mortem* é necessário o consentimento, pois ele é pressuposto de licitude. São três os principais sistemas que existem no mundo sobre essa questão: vontade expressa do *de cuius*, consentimento presumido e consentimento familiar. No primeiro caso, deverá ser levada em consideração qualquer vontade do morto que foi expressa em vida, de forma que a equipe médica e os familiares respeitem integralmente. Quando nada foi manifestado em vida, os familiares poderão decidir. Esse sistema é adotado no Japão, bem como na Alemanha, Holanda, Suíça, Reino Unido, dentre outros países europeus. (RUZZA, 2008).

Quanto ao consentimento presumido – que vigorou no Brasil por pouco tempo após a promulgação da Lei 9.439/97 - entende toda pessoa morta como doadora, de forma que a doação será compulsória caso não haja oposição dos representantes

legais ou do falecido. Fazem uso desse sistema países como a França, Bélgica, Portugal, Suécia e a Espanha, líder em transplante de órgãos. (RUZZA, 2008).

Por fim, tem-se o caso de prevalência do consentimento familiar, em que mesmo existindo expresso desejo do *de cuius*, a palavra final será do familiar mais próximo na linha de sucessão, nos termos da legislação. Esse é o sistema adotado no Brasil e que não leva em consideração a autonomia do indivíduo capaz de decidir em vida como quer dispor dos seus órgãos e tecidos *post mortem*. (RUZZA, 2008).

Para tratar acerca da doação de órgãos é necessário entender sobre autonomia, os fundamentos jurídicos do país e o direito de consentimento atrelado aos direitos da personalidade.

O Brasil é um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade, nos termos do preâmbulo da sua Constituição Federal de 1988.

4.1 Autonomia

Inevitável tratar sobre democracia e não falar sobre autonomia. A palavra autonomia possui origem etimológica grega e pode ser conceituada como “a norma que o próprio indivíduo estabelece para si, estando, portanto, desde os primórdios, atrelada à subjetividade individual, mas também à fluidez dos aspectos sociais, culturais e religiosos que nos moldam”. Devido uma repercussão jurídica advinda dessa característica do ser humano, passou a ser tratada como um princípio jurídico. (DADALTO, 2020).

Diante das mudanças do Estado Liberal para um Estado que interferia na esfera privada, a autonomia da vontade foi superada pela autonomia privada. Importante observar o que trata Dadalto (2020) ao analisar a questão sob a égide do Estado Democrático de Direito, o conceito de autonomia “é vazio se não for lido e conformado com os conceitos de dignidade e de alteridade”. No Brasil, a dignidade da pessoa humana faz parte do rol dos princípios fundamentais presentes da Constituição Federal/88.

Desta feita, ao observar esse princípio pela ótica da dignidade humana, a autonomia privada se relacionada com a ação individual, ao passo que a autonomia pública está ligada às “ações coordenadas por meio de leis coercitivas, que limitam esse agir individual”. Ou seja, “a autonomia não é a autossuficiência, mas relação com os outros e consigo mesmo”. (DADALTO, 2020)

Nesses termos, em um Estado Democrático de Direito, como o Brasil, o cidadão é participante da Constituição, de forma tal que a individualidade não pode se sobrepôr ao coletivo, devendo permitir a existência de diferentes projetos de vida em uma sociedade plural. Desta feita, autonomia privada não implica em liberdade para fazer o que quiser, pois a garantia para que os indivíduos persigam sua liberdade se limita à intersubjetividade e alteridade.

Quando ocorre o reconhecimento da autonomia privada como ela é, automaticamente ocorre o respeito à dignidade humana. Isso se dá porque quando o indivíduo reconhece a sua potencialidade como pessoa humana, entende que merece respeito, não há como negar a adoção de medidas que revelam o exercício das liberdades.

Nesse sentido, pode-se conceituar pessoa autônoma como aquela que delibera e escolhe seus planos, sendo ainda, capaz de agir com base nessas

deliberações. Logo, são reconhecidas pela capacidade que possuem de se autodeterminar, compreender, deliberar e efetuar escolhas independentes.

4.2 Direitos da personalidade

Desta feita, na CF/88 observa-se que os primeiros bens segurados são o direito individual e a liberdade, diante de um país pluralista de ideias e de pessoas. No corpo da Carta Magna pode ser observado no caput do artigo 5º a garantia à liberdade, bem como o direito à vida. No inciso X deste artigo é possível enxergar “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Partindo da Carta Magna para uma legislação infraconstitucional, o Código Civil, nos artigos 11 e 12, apresentam a base geral da tutela da personalidade humana.

Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

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 neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

O Direito da Personalidade, resguardado nos artigos acima, é definido por Gonçalves (2012) como “direitos inalienáveis, que se encontram fora do comércio, e que merecem a proteção legal”. Esses direitos são extrapatrimoniais e, salvo exceções, apresentam-se como indisponíveis. Sobre o assunto, Ruzza (2008) acrescenta que existem princípios inter-relacionados e indissociáveis, como os da dignidade, indisponibilidade e integridade, pois constituem um núcleo intangível do corpo humano e o direito que ele tem de ser dotado de identidade pessoa, de forma que o titular da dignidade e indisponibilidade inerentes ao ser humano. Ou seja, o corpo possui direitos.

Nesse sentido, é possível entender como direito geral da personalidade do ordenamento jurídico brasileiro o princípio da dignidade da pessoa humana. Nas palavras de Ruzza (2008) “O direito ao corpo é uma projeção do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à integridade física”.

Tratando da doação de órgãos e tecidos, os direitos de personalidade em espécie relevantes são o direito à vida, o direito à integridade física, o direito ao corpo, o direito a partes separadas do corpo e o direito ao cadáver. Há de se questionar o artigo 6º, Código Civil, que trata do fim da existência da pessoa com a morte; mas é necessário entender o cadáver como um prolongamento do direito ao corpo vivo, além de observar a autonomia privada.

Ainda sobre o tema, o direito ao próprio corpo é um complemento do poder sobre si, porém, para exercê-lo é necessário respeitar os limites da manutenção da sua integridade.

Desta feita, seria de se entender que o indivíduo, cidadão brasileiro, teria o direito de dispor do seu corpo, *por mortem*, como bem entendesse, principalmente se viesse a garantir o direito à vida do outro, ou seja, a doação dos órgãos por alguém civilmente capaz.

No artigo 199, parágrafo 4º, CRFB/88, é apresentado que “a lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante”. Ou seja, a legislação deveria facilitar o processo de retirada de órgãos, talvez por esse dispositivo em 1997 a legislação 9.434/97 tratava da doação presumida. Já o Código Civil, instituído pela Lei 10.406/2002, apresenta em seu artigo 14:

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.
Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Ou seja, dentro dos limites legais de capacidade e proteção à vida, à integridade física e à saúde, é possível expressar o desejo de doação dos órgãos e tecidos após a morte. Importante ressaltar que, conforme o pensamento de Amaral (2006, p.263) analisado por Ruzza (2008) “a integridade física abrange o direito ao corpo e nele. incluindo “os seus tecidos, órgãos e partes separáveis, e o direito ao cadáver”. Nota-se que assegura, não somente a vida e a totalidade do corpo humano, como também, tutela à totalidade do corpo do cadáver”.

4.3 Divergência legislativa e direito comparado

Diante dos conceitos apresentados, apesar do que é expresso no Código Civil, em consonância com a Constituição Federal, a legislação específica sobre o tema apresenta algo divergente. Poderia se alegar que isso seria decorrente da diferença temporal e desatualização da legislação, mas analisando as mudanças, percebe-se que não é essa a causa. Conforme já tratado, a Lei nº 9.434/97 passou por diversas mudanças, sendo a última em 2017 pelo Decreto nº 9.175/17. Importantes atualizações acerca do diagnóstico de morte encefálica, comunicação da morte ao acompanhante e a possibilidade de um médico de confiança da família acompanhar os testes. Algo que não mudou foi a necessidade do consentimento familiar para a doação.

Desta feita, há um confronto entre o Código Civil e a lei e decreto que regulamentam a doação. A IV Jornada de Direito Civil, no Enunciado 277, interpreta o artigo 14º (que fala sobre a personalidade) da seguinte forma:

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

Por isso, o artigo 4º da Lei 9.434/97 seria aplicado apenas em caso de silêncio do *de cuius*. Entretanto, por ser levada em consideração a legislação específica por parte das equipes de transplante, não há o reconhecimento legal da manifestação da vontade do doador quando em vida. O sítio virtual do CNJ, corroborando com a legislação específica, incentiva à conversa entre os familiares sobre o tema de forma que possam conhecer à vontade um dos outros, para que, ocorrendo morte, o desejo da pessoa seja respeitado.

Não obstante, o recente Decreto de 2017 reitera a exclusividade de decisão da família, apresentando uma divergência com as legislações acima apresentadas. Por não haver clareza quanto ao tema e nem jurisprudência - cadáveres não podem

buscar o reconhecimento da autonomia – os médicos não efetuam a retirada dos órgãos e tecidos temendo ferir o Código de Ética Médica, além de temerem processos judiciais advindos dos familiares. Ademais, não há uma regulamentação jurídica que garanta o respeito ao desejo do indivíduo no fim da vida, diferentemente do que não ocorre com o testamento no que tange o desejo quanto ao destino de bens materiais.

Em outros países ao redor do mundo, as Diretivas Antecipadas de Vontade são regulamentadas juridicamente e por isso possuem plena validade. Nos Estados Unidos, conhecido como *living will*, nesse documento é possível apresentar todos os desejos quanto ao tratamento, escolha e destino do corpo em caso de não poder o indivíduo e manifestar. Conceito existente desde a década de 60, foi na década de 70 em que houve o primeiro caso judicial sobre o assunto no caso Karen Ann Quinlan. Diante do sistema de *common law*, outros casos surgiram e a jurisprudência foi firmada, sendo hoje bem aplicada e respeitada no país. Fato que não se pode descartar as diferenças jurídicas com o Brasil, pois neste país seria necessária uma lei federal que viesse a regulamentar o instituto, mas é um exemplo próximo sobre a funcionalidade do *living will*.

Em Portugal as Diretivas Antecipadas de Vontade foram reguladas por intermédio da Lei nº 25/2012, em 16 de julho de 2012, oportunidade que criou o Registro Nacional de Testamento Vital. Um longo caminho foi percorrido no país e ainda deverá continuar, pois há confusões terminológicas na legislação, como entender que as Diretivas Antecipadas de Vontade são o mesmo que o Testamento Vital. É importante observar o direito português pela conexão histórica como Brasil, além das contribuições advindas da Associação Portuguesa de Bioética para o Conselho Federal de Medicina, auxiliando no desenvolvimento do tema neste país.

Na Argentina muitos diplomas normativos tratam sobre o tema, mas ressalta-se que na Lei nº 4.263, promulgada em 2007, o assunto já era tratado, ainda de forma embrionária, e discutido. A vontade previamente dita do paciente em uma situação de fim de vida em que não se pode expressar o desejo seria respeitada, comprovando a busca pela garantia da autonomia do indivíduo civilmente capaz.

No ordenamento jurídico brasileiro não há uma legislação federal que garanta o respeito à autonomia do indivíduo no que tange às manifestações de desejos de tratamento no fim da vida, diferentemente dos países acima citados. Apesar disso, há uma Resolução do CFM que garante o respeito à vontade manifestada do paciente, quando no curso das plenas faculdades mentais.

Ao observar a Resolução nº 1995, de 31 de agosto de 2012, percebe-se o objetivo de regulamentar o Testamento Vital, porém, advindo de um órgão de classe, não possui competência para legislar de forma semelhante a uma Lei.

Ocorre, então, uma omissão legislativa sobre o tema, não expressando o conteúdo válido que pode ser tratado no Testamento Vital, dificultando ainda mais a discussão sobre a escolha do destino do corpo pós morte.

5. A DIFICULDADE EM ENTENDER A DOAÇÃO DE ÓRGÃOS

A doação de órgãos é vista, por muitos, como uma atitude digna de elogios. Nos hospitais, quando alguém está passando para o centro cirúrgico onde ocorrerá a retirada dos órgãos e tecidos para doação, geralmente se forma um corredor com os profissionais que aplaudem a atitude da família ao decidir dar vida a outros, o “corredor de honra”.

Todavia, segundo dados da Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos (ABTO), em 2019 mais de 40% das famílias não autorizaram a doação, mesmo podendo salvar entre quatro ou cinco vidas. Em 2020 os dados são piores, pois devido à pandemia do Covid-19, entre o dia 17 de março e o dia 30 de junho de 2020, foi observada uma redução de 33% da doação de órgãos, 49% no número de transplantes de todos os órgãos e 45% em inscrições em lista.

O gráfico abaixo apresenta os números coletados de janeiro a junho do ano corrente, e expressam a discrepância entre os potenciais e efetivos doadores. Sabendo que o consentimento, no Brasil, é exclusivamente dos familiares (de acordo com o art. 4º, lei 9.434/97), é perceptível a necessidade de conscientização para incentivo à doação. Muitos são os motivos para a negação, a compreensão do tema depende de uma carga religiosa, filosófica e cultural dos familiares do de cujus. Há muitas razões pelas quais determinada população é menos propensa a dar o consentimento para a doação, dentre essas razões, as questões sociais e religiosas desempenham um papel importante, especialmente em uma comunidade multiétnica, multicultural e multirreligiosa. consonante com os fatos acima expostos. (VICTORINO; VENTURA, 2017).

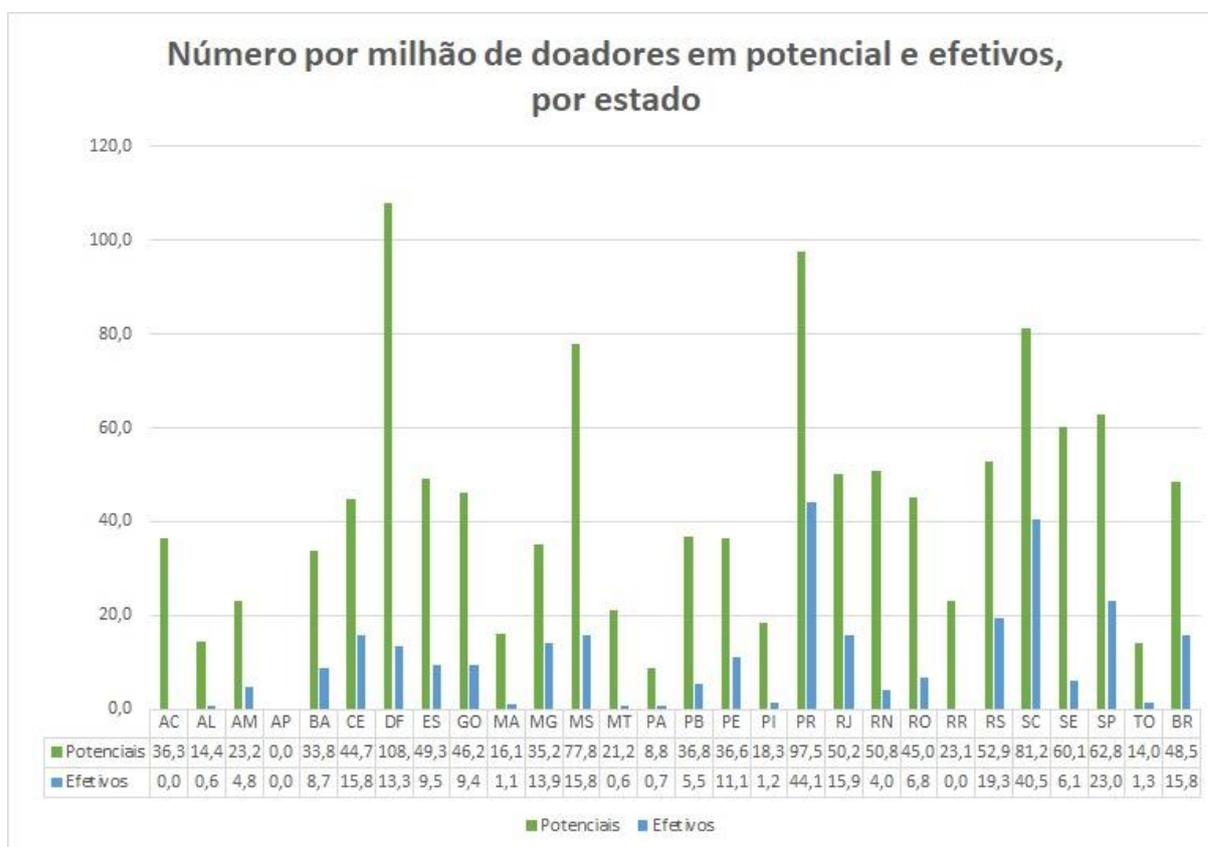


Figura 1 - Gráfico comparativo entre o número de potenciais e efetivos doadores de órgãos de janeiro a junho de 2020

Apesar do último censo realizado em 2010 ter apresentado que mais de 80% da população brasileira é cristã e essa fé entende que a verdadeira vida só será vivida após a morte, como tratado pelo Apóstolo Paulo na carta aos filipenses, “porque para mim o viver é Cristo e o morrer é lucro”, as pessoas não conseguem admitir a morte. Isso pode ser visto como decorrência da ideia de imortalidade que existe no coração do ser humano, independente da crença, por ter sido criado à

imagem e semelhança do Ser Eterno. Poucas pessoas estão realmente preparadas para lidar com a morte.

Essa mesma fé traz a ideia de milagre relacionada à reversão do quadro de morte encefálica, decorrente do desconhecimento do conceito desse fato e muitas vezes do silêncio teológico quanto ao tema.

Em outros casos a família acredita que assinar o termo de consentimento da doação seria o mesmo que assassinar o paciente, já que o coração “ainda está batendo” e a presença dos batimentos cardíacos ainda está intimamente ligada à vida no entendimento popular. Rossato et al. (2017) sobre o tema, diz:

O fato de achar que o coração é o órgão que controla a vida humana pode ser compreendido como uma visão romantizada que as pessoas desenvolvem em relação ao órgão que é responsável por manter o corpo vivo. Quando os familiares percebem que o coração é inerte à situação que se apresenta e outra explicação lhes é apresentada, outro entendimento se estabelece e este, por sua vez, oferece uma perspectiva lógica para compreender o processo de morte encefálica. Contudo, um dos motivos que dificultam a compreensão do diagnóstico de ME ocorre pelo fato de o paciente apresentar batimentos cardíacos, movimentos respiratórios e temperatura corpórea. Assim, a família não percebe o paciente como morto e crê na possibilidade de reversão do quadro.

Outros fatores existentes são a dificuldade do familiar em aceitar a manipulação do corpo do parente para a retirada de órgão, acreditando que seria aquele um templo sagrado e inviolável; o medo do parente ficar desfigurado e a última imagem dele ser monstruosa; desconfiança quanto ao destino dos órgãos e tecidos (MORAIS; MASSAROLLO, 2009)

Ademais, ocorre também da pessoa não manifestar o seu desejo em vida, causando dúvida no familiar que opta, em sua maioria, por não consentir a doação. Por isso há inúmeras campanhas conscientizando sobre a importância de tratar sobre esse tema com os familiares, dissipando as dúvidas e expressando o desejo de ser doador. O Facebook em parceria com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) criou um projeto chamado de Doar é legal, executado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), que “consiste na emissão de certidão (sem validade jurídica) que atesta a vontade de voluntários em doar órgãos, células e tecidos. Para obter o documento, basta preencher um formulário virtual. Após a confirmação, a certidão pode ser impressa”, segundo informações disponíveis no sítio virtual do CNJ. A justificativa apresentada pelo Conselho para tal programa é a importância de dizer aos familiares o desejo de doar, já que a lei brasileira exige o consentimento da família para a retirada de órgãos e tecidos para transplante.

6. METODOLOGIA

O desenvolvimento dessa pesquisa se deu a partir do uso de método observacional por ser o primeiro passo de um estudo crítico e por ser capaz de conduzir a um aprendizado ativo com uma postura dirigida para um determinado fato, na medida em que a observação é imprescindível para se constatar os aspectos jurídicos e sociais que circundam à doação de órgãos e o respeito à autonomia.

Em conjunto, fez-se uso do método dedutivo e histórico, que parte de argumentos gerais para argumentos particulares, do conhecimento universal para o conhecimento particular, analisando de maneira geral as questões legislativas da

doação de órgãos, igualmente investigando os aspectos sociais e históricos que redundam o tema.

Considerando a essencialidade de se definir o tipo de pesquisa, ocorreu quanto aos fins, uma investigação explicativa, visando o esclarecimento dos fatores que motivam as baixas taxas de doação de órgãos por parte de familiares, associada à pesquisa aplicada fundamentada pela necessidade de resolução do problema apontado, trazendo possibilidade de solução como a mudança legislativa.

Já no que tange aos meios de investigação, a metodologia utilizada será a pesquisa bibliográfica, utilizando material publicado em revistas, livros, sítios eletrônicos. Serão utilizadas fontes primárias e secundárias de informação, além da legislação brasileira e de países outros visando comparação e agregar maior conhecimento ao projeto.

No tocante às técnicas de pesquisa utilizadas, fez-se uso das técnicas de investigação teórica, como a históricas, ao passo que foram analisados documentos, relatos, e a técnica normativa, pois houve uma detalhada análise jurídico-normativo da legislação brasileira e comparada com a de outros países. Logo, como instrumentos para o desenvolvimento desse trabalho, foram utilizados livros, revistas, publicações especializadas, teses, dissertações, artigos nacionais a fim de consubstanciar a análise em fundamentos coesos e robustos.

Ademais, restaram levantadas e aproveitadas, legislações infraconstitucionais, como o Código Civil Brasileiro e as resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM) como fontes diretas de pesquisa.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da análise proposta pelo presente estudo, observou-se o quanto a descoberta dos transplantes de órgãos e tecidos foi importante para a promoção de vida às pessoas que passavam por enfermidades, incentivou os estudos científicos acerca do tema, as buscas por medicação e a tentativa de superar as expectativas. No Brasil, essas cirurgias são responsáveis por salvar milhares de vidas anualmente.

Desta feita, é imprescindível enxergar que em uma sociedade regida por normas jurídicas, nenhum tema se afasta do direito, pois tudo é por ele regulado. No caso estudado não é diferente, já que a transplantação e conseqüente doação, influenciam diretamente na vida dos indivíduos, partes de um grupo que devem ter seus direitos preservados, principalmente à vida e à integridade física.

Inegável reconhecer que pouco se trata, na academia, sobre isso, de forma que muitos acadêmicos não conhecem a legislação específica acerca da doação de órgãos e o que ela implica na vida das pessoas, bem como no processo de garantia da autonomia da vontade. Muito se é falado sobre garantir os direitos humanos resguardados pela Constituição cidadã, mas a visão ainda é rasa sobre todos os aspectos que ela influencia.

Observar o avanço legislativo apresentado ao longo da pesquisa leva a perceber o quanto o legislador, no início, preocupou-se em resguardar o doador, seu desejo em fim de vida. Mesmo na primeira lei sobre o tema, com poucos artigos – decorrente do escasso conhecimento sobre o assunto que era novidade científica – notava-se o zelo em proteger o indivíduo e a família, que poderia decidir nos casos da não expressão da vontade da pessoa quanto à doação.

Com o decorrer dos avanços tecnológicos e científicos, a legislação precisou se aprimorar, evitar a venda de órgãos e assegurar que não houvesse mutilação dos corpos. Também era necessário garantir legalmente a recomposição do corpo, após retirada dos órgãos, para sepultamento. Mas algo em comum, todo o tempo, era a proteção da vontade do doador, mesmo *post mortem*.

Estranhamente, a lei retroagiu, partindo para a total exclusão da autonomia do indivíduo, ferindo o que a Constituição garantia de forma veemente, presumindo a doação, entregando ao Estado algo que pertencia ao indivíduo. O que era fundamental ao Estado Democrático de Direito era tolhido e desconsiderado, usando como justificativa a promoção do bem comum, uma visão utilitarista e que não estava de acordo com a Lei Maior, bem como a sociedade brasileira.

O resultado foi uma mudança em massa da documentação, pessoas sem conhecimento do processo de doação, que fizeram questão de se declarar não-doadoras, dificultando ainda mais e tornando maiores as filas de espera por um órgão. Após isso, uma mudança levou do extremo da presunção para o outro da total negação. O indivíduo, ainda que tendo manifestado sua vontade, seria desconsiderado, sendo válida apenas a decisão familiar.

As divergências legislativas são mantidas frente ao medo dos médicos, de serem punidos por atender ao desejo do paciente e contrariar à família, e a falta de conhecimento, por parte da população, do procedimento de doação e os seus benefícios. Fato esse que pode ser percebido no gráfico apresentado no trabalho, em que há uma grande discrepância entre o número de potenciais e efetivos doadores.

Apesar de tudo isso, ainda observa-se uma nova retroação com Projeto de Lei nº 3.176/2019 que tramita visando retornar a ideia de presunção, não apenas de maiores, mas de pessoas a partir dos 16 anos. Conforme dados apontados, as pessoas não possuem total compreensão sobre a doação de órgãos, principalmente nos estados mais carentes do país, de forma que poderá ocorrer uma nova mudança em massa da documentação, causando novos problemas.

Diante do exposto, observa-se que a vontade do indivíduo só poderá ser respeitada pela própria família, pois não há como garantir que o desejo por ele expressado, mesmo que publicamente, será levado em consideração pela equipe médica por diversos temores.

A falta de clareza, mesmo em meio ao desenvolvimento crescente da tecnologia para transplantes, mostra uma legislação obsoleta e retrógrada, que não deseja tornar a autonomia privada, peça fundamental no salvamento de vidas, ainda que pudesse aumentar o número de doadores. Isso se daria por ser mais fácil para a pessoa se declarar doadora, quando em vida, se comparado com a dor da família ao assinar o termo de consentimento em meio ao luto.

Observando aos sistemas adotados em outros países, conforme apresentado, o Brasil possui condições de aperfeiçoar e legislar sobre uma implementação real de um documento que venha a exprimir as vontades do indivíduo, quando esse tem condições físicas e mentais de fazê-lo. A regulamentação do Testamento Vital, que já é tratado pelo CFM como documento válido, poderá salvar diversas vidas, além de retirar um peso dos familiares que se deparam com uma difícil situação.

Ademais, é necessário um PL que venha a esclarecer a situação e não a retroagir, como o proposto no PL nº 3176/2019.

Espera-se que os resultados apresentados neste artigo, possam despertar nos poderes públicos a necessidade de discutir e implementar uma legislação clara,

que conceda a todos os que são civilmente capazes definir o destino do seu corpo pós-morte, podendo salvar vidas e tirar o fardo da decisão dos familiares enlutados.

Além disso, que possa apresentar a necessidade de conscientização, a partir dos dados apresentados, para uma educação voltada à população acerca do conceito de morte, enxergando nela, a chance de oferecer o dom da vida àqueles que já não tinham mais esperanças.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Kely Cristina de; TIPPLE, Anaclara F. V.; BACHION, Maria Márcia; LEITE, Giulena Rosa; MEDEIROS, Marcelo. Doação de órgãos e bioética: construindo uma interface. *Revista Brasileira de Enfermagem*, [S.L.], v. 56, n. 1, p. 18-23, fev. 2003. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0034-71672003000100004>.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 13.105 de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília: Senado Federal, 2015.

BRASIL. **Mensagem de veto nº 721**. 1992. Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/VEP-LEI-8489-1992.pdf>. Acesso em: 30 julho 2020.

BRASIL. Decreto nº 879, de 22 de julho de 1993. Regulamenta a Lei nº 8.489, de 18 de novembro de 1992, que dispõe sobre a retirada e o transplante de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, com fins terapêuticos, científicos e humanitários. Brasília, **Portal do Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0879impressao.htm>. Acesso em: 02 agosto 2020.

BRASIL. Lei nº 4.280, de 06 de novembro de 1963. Dispõe sobre a extirpação de órgão ou tecido de pessoa falecida. Brasília, **Portal do Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4280impressao.htm>. Acesso em: 30 jul. 2020.

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, **Portal do Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L5479impressao.htm>. Acesso em: 30 jul. 2020.

BRASIL. Lei nº 8489, 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, **Portal do Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1989_1994/L8489impressao.htm>. Acesso em: 30 jul. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.434, de 04 de fevereiro de 1997. Regulamento Regulamento Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Brasília, **Portal do Planalto**. Disponível

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20remo%C3%A7%C3%A3o%20de,tratamento%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias.&text=Art.>. Acesso em: 02 ago. 2020.

BRASIL. **Resolução CFM** n. 1.480 de 8 de agosto de 1997. Dispõe de critérios para a caracterização de morte encefálica. Brasília. DF. 1997. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480_1997.htm>. Acesso em 10 agosto de 2020.

BRASIL. **Resolução CFM** n. 1.246 de 8 de janeiro de 1988. Dispõe de critérios para a caracterização de morte encefálica. Brasília. DF. 1997. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480_1997.htm>. Acesso em 10 agosto de 2020.

CARVALHO, Gisele Mendes de; CARDOSO, Karla Jezualdo. TRÁFICO DE ÓRGÃOS, PATERNALISMO JURÍDICO E DIREITO À INTEGRIDADE MORAL: A DIGNIDADE HUMANA TEM PREÇO?: doação de órgãos post mortem e a celeuma da legitimidade do consentimento. In: MEZZARROBA, Orides *et al* (org.). **Biodireito**. Curitiba: Clássica Editora, 2014. p. 584-611.

Fabbro L. Limitações jurídicas a autonomia do paciente. **Revista Bioética**, Brasília 1999; v.7, n. 1, p. 7-12,

FLAESCHEN, Marcelo. **Transplantes - Doa-se vida - Brasil dispara em transplantes de órgãos e cresce também em número de doadores**. 2010. Desafio do Desenvolvimento. Disponível

em: <https://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=1297:reportagens-materias&Itemid=39>. Acesso em: 07 ago. 2020.

MARINHO, A. Transplantes de órgãos no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**, [S. l.], v. 11, n. 3, p. 120-122, 2011. DOI: 10.11606/issn.2316-9044.v11i3p120-122. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13224>. Acesso em: 03 out. 2020.

MATTOS, Delmo; RAMOS, Edith; VELOSO, Roberto. Entre a autonomia da vontade kantiana e o princípio da autonomia de Beauchamp e Childress: Uma discussão acerca da autonomia da autonomia e da dignidade humana na bioética e no direito. **Revista Perspectiva Filosófica**, [S.l.], v. 42, n. 1, dez. 2015. ISSN 2357-9986. Disponível em: <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/perspectivafilosofica/article/view/230247>>. Acesso em: 03 out. 2020.

PIMENTEL, Willian; SARSUR, Marcelo; DADALTO, Luciana. Autonomia na doação de órgãos post mortem no Brasil. **Revista Bioética**, [S.L.], v. 26, n. 4, p. 530-536, dez. 2018. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422018264271>.

SILVEIRA, Paulo Vitor Portella *et al.* Aspectos éticos da legislação de transplante e doação de órgãos no Brasil. **Revista Bioética**, [S.L.], v. 17, n. 1, p. 61-75, 1 jan. 2009.

SILVA NETO, Manoel Lemes da. **Fatores de Risco para Infecções em Transplante Renal**. 2006. 91 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Ciências Ambientais e Saúde, Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2006.

STEINER, Philippe. **A doação de órgãos: a lei, o mercado e as famílias**. Tempo Soc. [online]. 2004, vol.16, n.2, pp.101-128.

VICTORINO, João Paulo; VENTURA, Carla Aparecida Arena. Doação de órgãos: tema bioético à luz da legislação. **Revista Bioética**, [S.L.], v. 25, n. 1, p. 138-147, abr. 2017.

WEBER, Thadeu. Autonomia e dignidade da pessoa humana em Kant. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, [S.L.], v. 3, n. 9, p. 232-259, 30 dez. 2009. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justica. <http://dx.doi.org/10.30899/dfj.v3i9.462>.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Ele que era, que é e que virá; o Alfa e o Ômega, princípio e fim. Ao Soberano Deus que nunca soltou as rédeas da minha vida e mesmo em meio ao caos se fez presente.

Ao meu esposo, Tiago Silva, que divide a vida, as dores, as alegrias, os fardos e sempre me encorajou a continuar.

Aos meus pais, João Baptista e Maria das Graças, que fizeram de tudo para me dar a melhor educação disponível, que investiram em mim recursos, tempo, e acima de tudo me deram o maior dos tesouros que é o Evangelho.

À minha irmã, Patrícia Ramos, e aos meus familiares que criaram tanta expectativa com a minha formação e, enfim, podem fazer parte desse momento.

À minha avó, Nini, por todas as orações, conselhos, carinho, garrafas de café e conversas.

Aos meus amigos queridos, pessoas essenciais para minha permanência no CCJ quando desejei desistir e vender minha arte na praia. Em especial a Luana Sarmiento, Aline Barbosa, Paulo Vitor Viana, Phidias Leão, Marina Kelly, Camila Torres, Vanildo Barbosa e Wagner Brito.

Ao meu professor e orientador, Marcelo Lara, por todo o auxílio e cuidado, especialmente nessa fase final do curso.

Aos amigos de longe, mas sempre presentes: Julliana Lira, Natana Batista, Aline Nunes, Marco Colaneri e Pedro Henrique.

A todos que fazem a CRU CAMPUS, pelos momentos de oração, compartilhamento da Palavra, cuidado e estudo.

Aos membros da Congregacional Zona Sul, minha segunda família, com quem divido momentos incríveis de aprendizagem e amor. De maneira especial ao pastor Valter Neves, que há meses me auxilia na visão teológica sobre a doação de órgãos; bem como aos amigos Samuel Miranda, Renata Miranda, Jonathas Noblat, Daura Noblat, Walisson Osório, Histalfia Barbosa e Taise Vasconcelos que me ouviram pacientemente falar por mais de um ano sobre o meu trabalho de conclusão de curso.

Às irmãs, em Cristo, que o Senhor me concedeu por graça: Lorena Correia, Bruna Nóbrega e Stefany Pimentel, pelo companheirismo e compreensão.

Por fim, agradeço a todos que fazem a Universidade Estadual da Paraíba, em especial ao professor Laplace Guedes por todo carinho e dedicação para tornar o centro melhor, e a Arthur, da secretaria, por tanta paciência para solucionar as questões que surgiram com a pandemia.

A todos, agradeço.