



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**LARA FERNANDA SOUZA MAGALHÃES**

**A CONFORMAÇÃO JURÍDICA DA AUTONOMIA DO  
SUJEITO DOADOR FACE À TRANSPLANTAÇÃO *POST  
MORTEM E INTER VIVOS***

Salvador  
2017

**LARA FERNANDA SOUZA MAGALHÃES**

**A CONFORMAÇÃO JURÍDICA DA AUTONOMIA DO  
SUJEITO DOADOR FACE À TRANSPLANTAÇÃO *POST  
MORTEM E INTER VIVOS***

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

Orientadora: Profa. Ana Thereza Meirelles.

Salvador  
2017

**TERMO DE APROVAÇÃO**

**LARA FERNANDA SOUZA MAGALHÃES**

**A CONFORMAÇÃO JURÍDICA DA AUTONOMIA DO  
SUJEITO DOADOR FACE À TRANSPLANTAÇÃO *POST  
MORTEM E INTER VIVOS***

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

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/ 2017

A Deus, pela força e coragem durante toda esta caminhada.

À minha família e amigos, pelo amor de sempre e pelo incentivo.

E para Leo, companheiro de todas as horas, pela paciência e compreensão.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus, pela força e coragem durante essa longa caminhada.

Gostaria de agradecer aos meus pais e à minha irmã que, com muito amor e dedicação, não mediram esforços para que eu chegasse até essa etapa de minha vida.

À minha orientadora, Professora Ana Thereza Meirelles, pela paciência na orientação e incentivo que tornaram possível a conclusão desta monografia.

Agradeço também a meu namorado, Leonardo, por todo carinho, compreensão e por sempre me apoiar em todas as minhas decisões.

Por fim, aos meus amigos de graduação e de vida, que entenderam a minha ausência durante esse período, e a todos que, direta ou indiretamente, fizeram parte da minha formação.

“Onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade humana e a pessoa não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças.”

Ingo Sarlet

## RESUMO

O Brasil está entre os países que mais realizam transplantes no mundo. Contudo, ainda existe grande discrepância entre a demanda e o número de transplantes efetivamente realizados. Um dos fatores limitantes para a execução desse procedimento consiste na própria legislação brasileira, na medida em que restringe a autonomia do sujeito ao dificultar o livre exercício da sua vontade quanto ao destino dos seus órgãos, seja em vida ou após a morte. Busca-se, ao decorrer do desenvolvimento do presente trabalho, discutir acerca da legitimidade da restrição pelo ordenamento jurídico ao exercício da autonomia do doador na transplantação *post mortem* ou *inter vivos*, bem como questionar se o direito à integridade física e o princípio da dignidade humana fundamentam essa restrição. O estudo realizado baseou-se em revisões bibliográficas acerca do tema em questão, além da análise da legislação vigente, à luz do decreto nº 1.975/17 que regulamenta a lei de transplantes nº 9.434/97. Concluiu-se que a necessidade do consentimento familiar, prevista pela legislação para o transplante *post mortem*, representa uma afronta à autonomia do indivíduo, na medida em que desconsidera a sua vontade manifestada em vida. No tocante ao transplante *inter vivos*, constatou-se que, apesar de avanços legislativos, ainda são impostas diversas formalidades para a realização desta intervenção cirúrgica, intensificando a morosidade do sistema. Todavia, nota-se que a presença de alguns desses requisitos se faz necessária para o resguardo da integridade física e a dignidade, preservando o caráter humanitário dos procedimentos de transplante de órgãos.

**Palavras-chave:** transplante de órgãos; autonomia; consentimento familiar; dignidade humana; doador; integridade física.

## ABSTRACT

Brazil is amongst the countries with largest numbers of organ transplantation procedures. However, there is still a big discrepancy between the demand and the effective number of transplants. One of the main limitations for transplants is the Brazilian legislation itself, in the means that it restricts the donor's autonomy by hindering the fulfillment of his wishes concerning the destination of his organs, either in life or after his demise. This work aims to discuss the legitimacy of the restriction in autonomy imposed by the law to *post mortem* and *inter vivos* organ transplantation, and to question if the right of physical integrity and human dignity justify this restriction. This study consists in a bibliographic review concerning the subject, in addition to an analysis of current legislation, including the law decree number 1.975/17 that regulates the law number 9.434/97. It was concluded that the necessity for family's consent, provided by law for *post mortem* transplantation, represents a setback to the donor's autonomy, whereas his own wish is disregarded. Concerning *inter vivos* transplantation, it was observed that, despite some legal improvements, there is still too much officialdom in the process, what contributes to the system's slowness. Nevertheless, it is noticeable that some of that officialdom is quite necessary to fender people's physical integrity and dignity, preserving the humanitarian character of organ transplantation.

**Keywords:** organ transplantation; autonomy; family's consent; human dignity; donor; physical integrity.



## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

a.	ano
ABTO	Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos
art.	artigo
CET	Central Estadual de Transplantes
CFM	Conselho Federal de Medicina
CNT	Central Nacional de Transplantes
Coord.	Coordenador
DAV	Diretivas Antecipadas de Vontade
ed.	edição
FAB	Força Aérea Brasileira
FMUSP	Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo
HLA	Human Leukocyte Antigen
MELD	Model for End-stage Liver Disease
n.	número
Org.	organizador
p.	página
PELD	Pediatric End-stage Liver Disease
pmp	por milhão de população
SNT	Sistema Nacional de Transplantes
SUS	Sistema Único de Saúde
UTI	Unidade de Terapia Intensiva
v.	volume

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	11
<b>2 O SISTEMA DE TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS</b>	14
2.1 O TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS <i>POST MORTEM</i>	15
2.2 O PRINCÍPIO DO CONSENTIMENTO PRESUMIDO E SUA APLICAÇÃO NA LEI 9.434/97	22
<b>2.2.1 Alteração do consentimento presumido com o implemento da Lei 10.211/2001</b>	24
<b>2.2.2 A problemática da prevalência da vontade familiar</b>	27
2.3 A SELEÇÃO DE DOADORES E O SISTEMA DE LISTA ÚNICA	30
<b>2.3.1 O funcionamento do Sistema de Lista Única</b>	30
<b>2.3.2 A questão da fraude que pode permear esse sistema</b>	32
<b>2.3.3 A impossibilidade da escolha do receptor no transplante <i>post mortem</i></b>	34
2.4 O TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS <i>INTER VIVOS</i>	36
2.5 A PROBLEMÁTICA DA LIMITAÇÃO DO ORDENAMENTO	37
<b>2.5.1 O direito do doador e do receptor</b>	37
<b>2.5.2 Os diversos requisitos impostos pela nova lei</b>	39
<b>3 A AUTONOMIA DO SUJEITO DOADOR FACE À TRANSPLANTAÇÃO DE ÓRGÃOS</b>	45
3.1 NOTAS ELEMENTARES SOBRE AUTONOMIA	46
3.2 LIMITAÇÕES DA AUTONOMIA	48
3.3 O CONSENTIMENTO PARA REALIZAÇÃO DE TRANSPLANTES	51
<b>3.3.1. Consentimento informado</b>	53
<b>3.3.2 O consentimento dos incapazes</b>	55
3.4 O DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA, À DIGNIDADE HUMANA E SUAS IMPLICAÇÕES NA PRÁTICA DO TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS	60
<b>3.4.1 O transplante de órgãos e o direito à dignidade humana</b>	61
<b>3.4.2 O transplante de órgãos e o direito à integridade física</b>	62
<b>4 IMPLICAÇÕES RELACIONADAS AO EXERCÍCIO DA AUTONOMIA</b>	69
4.1 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA BRASILEIRA	69

4.2 A GRATUIDADE DOS TRANSPLANTES E O MERCADO DE ÓRGÃOS	75
<b>4.2.1. Aspectos gerais sobre o instituto da doação</b>	75
<b>4.2.2. A ilicitude do mercado de órgãos</b>	78
4.3 A DOAÇÃO DE ÓRGÃOS MEDIANTE DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE	81
4.4 A SITUAÇÃO ATUAL DE TRANSPLANTES NO BRASIL	83
<b>4.4.1 O Sistema de captação e distribuição de órgãos à luz do decreto 9.175/2017</b>	84
<b>4.4.2 A recusa familiar como impedimento na prática dos transplantes</b>	90
<b>5 CONCLUSÃO</b>	93
<b>REFERÊNCIAS</b>	99

## 1 INTRODUÇÃO

Vive-se em um período de pós-modernidade, no qual é possível perceber a desconstrução dos valores estabelecidos para a fixação de novos preceitos, tendo como foco o homem e a sua dignidade humana. Dentre os inúmeros avanços sentidos pela sociedade, merece destaque o progresso das técnicas cirúrgicas e da imunologia, uma vez que trouxe consigo a possibilidade da substituição de partes do corpo, visando o prolongamento da vida do ser humano. Entretanto, isso gerou alguns impasses, principalmente no âmbito jurídico, visto que a prática dos transplantes vai de encontro à proteção conferida aos direitos da personalidade, no caso, o direito à integridade física, previsto do texto constitucional.

O ordenamento jurídico restringe a autonomia do indivíduo de poder decidir o que fazer com o seu próprio corpo, objetivando, dessa forma, preservar o direito ao corpo que lhe é inerente, permitindo em seu texto legislativo apenas alguns atos de disposição. É possível observar essa restrição na Constituição Federal de 1988, uma vez que proíbe a comercialização de órgãos, tecidos e substâncias humanas, ressaltando a necessidade da existência do elemento gratuidade na doação de órgãos para que seja considerada como uma conduta lícita.

As leis nº 9.434/97, nº 10.211/2001 e, mais recentemente, o decreto nº 9.175/2017 são as principais normas jurídicas que regulamentam o instituto do transplante de órgãos no Brasil. São esses textos normativos que determinam a estrutura do Sistema Nacional de Transplantes, definem o Sistema de Lista Única e estabelecem os critérios a serem atendidos para a prática dessa intervenção cirúrgica. Alguns pontos desses dispositivos legais são objetos de controvérsias no âmbito ético-jurídico, vez que afrontam a liberdade do indivíduo sobre o seu próprio corpo.

Diante do quanto explicitado, este trabalho apresenta como tema “A conformação jurídica da autonomia do sujeito doador em face à transplantação *post mortem* e *inter vivos*”. Tem como objetivo geral discutir a legitimidade das restrições ao exercício da autonomia do sujeito doador, impostas pelo ordenamento jurídico, no âmbito dos transplantes realizados em vida, bem como nos transplantes realizados após a morte. Ademais, busca refletir sobre a possível violação de direitos fundamentais e da própria dignidade humana diante de tais limitações.

Dessa forma, a construção deste trabalho acadêmico baseou-se na análise de textos normativos que possuem pertinência com o tema abordado, bem como de pesquisas bibliográficas, com a apresentação de posicionamentos doutrinários, extraídos de periódicos da área jurídica e médica, demonstrando a necessidade de conexão entre as duas searas para melhor elaboração deste estudo. Além disso, foram apresentados dados empíricos sobre o objeto de pesquisa, buscando, dessa forma, promover uma análise crítica em consonância com a realidade atual.

No que tange a relevância jurídica, o presente estudo tem como prerrogativa a discussão acerca do quanto disposto na legislação brasileira sobre a autonomia do doador, buscando elucidar sobre os principais pontos controversos existentes na atualidade a fim de promover uma adequação das normas vigentes à evolução que permeia a nossa sociedade, considerando a necessidade de conferir uma maior autonomia para o doador, pautada no princípio da autonomia da vontade do indivíduo. Outrossim, este trabalho revela-se de extrema valia para a compreensão acerca das alterações promovidas pelo novo decreto, visto que a sua vigência ainda é recente no mundo jurídico.

O tema apresenta grande relevância social, uma vez que o Brasil é um dos países que mais promove a doação de órgãos, sendo assim, sua compreensão é de extrema valia para aumentar cada vez mais esse quadro. O transplante de órgãos deve ser considerado como um mecanismo de perpetuação da vida, e não de mutilação do corpo humano, como é o pensamento de grande parte da população. Portanto a questão em debate acerca da autonomia do doador é fundamental para o futuro desenvolvimento da sociedade, promovendo uma maior conscientização da população para formação de cidadãos a favor da extensão da vida com dignidade.

Para que se realize o transplante de órgãos, devem ser atendidos uma série de requisitos, a exemplo da confirmação da morte encefálica e do consentimento familiar para a modalidade *post mortem*, e da comprovação de parentesco para a modalidade *inter vivos*. Esses e outros pontos importantes são discutidos no capítulo “O sistema de transplante de órgãos”, que traz um panorama geral acerca da realização do transplante de órgãos no Brasil, inclusive com observações a respeito da extinção da doação presumida, com o advento da lei nº 10.211/2001, e sobre o funcionamento do Sistema de Lista Única.

Ainda neste capítulo, vale ressaltar a questão da necessidade do consentimento familiar para a efetivação do transplante *post mortem*. Este tema ganhou repercussão em virtude da publicação do decreto nº 9.175/2017, em outubro do corrente ano, que explicitou a prevalência da vontade familiar sobre a manifestação de vontade do *de cuius* acerca da doação dos órgãos deste. Ainda que, na prática médica, já fosse requerido o consentimento familiar para a realização da intervenção cirúrgica, esta mudança reafirma uma realidade existente, que limita a autonomia do doador, ao invés de corrigi-la.

No momento em que são impostos requisitos para a realização dos transplantes de órgãos, são também introduzidas uma série de limitações à autonomia do sujeito doador. O capítulo “A autonomia do sujeito doador face à transplantação de órgãos” trata justamente do princípio da autonomia, no âmbito do direito e da bioética, e de sua expressão através do consentimento informado, bem como aborda a questão do consentimento de incapazes que, apesar de, muitas vezes, ser descartado pelo ordenamento jurídico, diante de algumas situações, torna-se relevante. Ademais, almejou-se discutir acerca das diversas formas de restrição da autonomia e a legitimidade destas perante o ato do transplante, fundamentando-se nos direitos à integridade física e dignidade humana.

Por fim, no capítulo “Implicações relacionadas ao exercício da autonomia”, pretendeu-se analisar a evolução legislativa brasileira quanto ao transplante de órgãos, com seus avanços e retrocessos, bem como esclarecer sobre a situação atual de transplantes no Brasil, apresentando o funcionamento do sistema de captação e distribuição de órgãos à luz do decreto nº 9.175/2017 e a problemática da recusa familiar como principal impedimento da prática desse procedimento. Ademais, buscou-se elucidar acerca da gratuidade como elemento central para a transplantação, corroborando a ilicitude do mercado de órgãos existente em algumas localidades do Brasil. Ainda, este último capítulo trouxe à tona a discussão acerca das diretivas antecipadas de vontade e a impossibilidade de dispor nesse instrumento sobre a doação de órgãos, vez que o ordenamento brasileiro sobrepõe o consentimento familiar em detrimento da vontade próprio do indivíduo, no âmbito dos transplantes *post mortem*, o que desnaturaria o instituto das diretivas.

## 2 O SISTEMA DE TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS

Em meados dos séculos XV e XVI começaram a ser realizar os primeiros testes, utilizando tecidos, provenientes de animais ou seres humanos, para serem aproveitados. No entanto, não lograram êxito, vez que o conhecimento ainda era muito limitado naquela época e, conseqüentemente, as técnicas aplicadas também, o que acarretou na contração de diversas infecções.<sup>1</sup>

A prática da transplantação de órgãos foi intensificada com o passar do tempo, mais precisamente a partir de 1950, quando houve o primeiro transplante de rins. Esse transplante renal foi realizado com sucesso na cidade de Boston, através da extração de um rim de um gêmeo, visando instaurar no corpo do seu irmão.<sup>2</sup>

Na medida em que houve avanços no campo da medicina, proporcionando uma maior segurança para essas operações, foram realizados transplantes de outros órgãos, tais como medula, pulmão, fígado e pâncreas.<sup>3</sup>

Como assevera Paulo Vítor Portella Silveira:

Nas últimas três décadas a substituição cirúrgica de órgãos insuficientes e definitivamente lesados por outros, anatômica e funcionalmente íntegros, aliada aos avanços da imunossupressão, transformou-se de experimento em opção terapêutica, capaz de prolongar a vida de pacientes, de outra forma terminais.<sup>4</sup>

No ano de 1967 foi executado o primeiro implante de coração em um ser humano, realizado pelo Dr. Christian Barnard. Todavia, no Brasil, foi o Dr. Zerbini que realizou o primeiro transplante de coração, no ano de 1968, no Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (FMUSP), a partir daí outras equipes começaram a disponibilizar a possibilidade da operação de transplante para a população brasileira.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2011, p. 290.

<sup>2</sup> *Ibidem*, *loc.cit.*

<sup>3</sup> HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiuza. **O Direito "In Vitro" da Bioética ao Biodireito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 141.

<sup>4</sup> SILVEIRA, Paulo Vítor Portella et al. Aspectos éticos da legislação de transplante e doação de órgãos no Brasil. **Revista Bioética**, v. 17, n. 1, 2009. p. 61.

<sup>5</sup> HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiuza. *Op.cit.* 2008, p. 141.

## 2.1 O TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS *POST MORTEM*

O transplante de órgãos pode ser definido como um processo que se inicia com a identificação do indivíduo, seguido da avaliação do potencial doador e a decretação da morte encefálica, com a posterior abordagem da família<sup>6</sup>, a qual irá permitir a operação, ou seja, a troca de um órgão deficitário humano, por outro saudável de função idêntica, tendo em vista fins terapêuticos, possibilitando ao donatário uma vida regular após a operação.

Para a realização da doação de órgãos tem-se como pressupostos essenciais a presença do *animus donandi*, ou seja, da intenção do doador em praticar a liberalidade, bem como a transferência de bens ou vantagens em favor do donatário e a aceitação de quem recebe.<sup>7</sup>

O *animus donandi* representa o elemento subjetivo da doação e significa a vontade de doar, praticar uma liberalidade sem nada esperar em troca, sem o recebimento de uma contraprestação em si. Já a transferência patrimonial do doador para o donatário e a aceitação representam os elementos objetivos do instituto, sendo esta de extrema valia para o aperfeiçoamento da doação, na medida em que traduz o consentimento de quem se beneficia, consentimento este que deve ser baseado na eticidade.<sup>8</sup>

A relevância desse instituto de preservação da vida humana proporcionou o surgimento de embates no âmbito ético-jurídico. Uma das questões amplamente discutidas envolve a realização dos transplantes de órgãos e o direito à integridade física. Conforme dispõe Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald<sup>9</sup>:

O direito à integridade física concerne à proteção jurídica do corpo humano, isto é, à sua incolumidade corporal, incluída a tutela do corpo vivo e do corpo morto, além dos tecidos, órgãos e partes suscetíveis de separação e individualização.

---

<sup>6</sup> PESSALACIA, Juliana Dias Reis; CORTES, Vanessa Faria; OTTONI, Alba. Bioética e doação de órgãos no Brasil: aspectos éticos na abordagem à família do potencial doador. **Revista Bioética**, v. 19, n. 3, 2011, p. 671.

<sup>7</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Teoria Geral e Contratos em Espécie**. 7. ed. Salvador: Editora Juspodivm, v. 4, 2017, p. 759-760.

<sup>8</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>9</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte geral e LINDB**. 13. ed. São Paulo: Atlas, v. I, 2015, p. 174.



Nesse sentido, o ordenamento jurídico, buscando garantir a proteção a esse direito, restringe a vontade do indivíduo significativamente, como verifica-se nos dispositivos legais acerca da matéria que autorizam apenas alguns atos de disposição sobre o corpo.

Há a possibilidade de desfazer-se de partes enfermas do corpo, bem como de partes reconstituíveis, durante a vida, tais como; leite, sangue e medula óssea, desde que se almeje o prolongamento da vida, além disso, é permitida também a transplantação *post mortem*.<sup>10</sup>

A morte marca o fim da vida, provocando a extinção da personalidade jurídica do indivíduo, o que acarreta diversos efeitos jurídicos, uma vez que não mais será considerado como um sujeito de direitos e obrigações, conforme o disposto no art. 6º do Código Civil.<sup>11</sup>

No ano de 1968, a Comissão da Escola de Medicina de Havard, que passou a se chamar, posteriormente, de Comissão de Morte Cerebral de Havard, publicou um relatório, documento oficial, no *Journal of the American Association*, divulgando os critérios essenciais para definição da morte encefálica, o qual passou a ser aplicado por diversos países.<sup>12</sup>

Vale ressaltar que alguns dos critérios para definição do coma irreversível, estabelecidos na supracitada Comissão, são utilizados até os dias atuais, possuindo somente algumas atualizações, mas a base continua sendo a mesma.<sup>13</sup>

O nosso ordenamento jurídico exige, para que seja reconhecida a morte, chamada de morte real, uma declaração médica constatando a morte encefálica, com a posterior lavratura da certidão de óbito, no cartório do registro civil competente.<sup>14</sup>

Essa certidão em comento é um documento público que constará informações pertinentes acerca do momento do óbito, tais como a hora, lugar e a razão da morte, segundo consta na Lei de Registros Públicos, lei 6.015/1973, em seu art. 80.<sup>15</sup>

---

<sup>10</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte geral e LINDB**. 15. ed. Salvador: Editora Juspodivm, v. I, 2017, p. 232.

<sup>11</sup> Art. 6º A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.

<sup>12</sup> PESSALACIA, Juliana Dias Reis; CORTES, Vanessa Faria; OTTONI, Alba. Bioética e doação de órgãos no Brasil: aspectos éticos na abordagem à família do potencial doador. **Revista Bioética**, v. 19, n. 3, 2011. p. 677.

<sup>13</sup> *Ibidem*, *loc.cit.*

<sup>14</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op. Cit.*, 2015, p. 307.

Para fins de transplante de órgãos *post mortem*, também será necessário o diagnóstico da morte encefálica, decretado com base em critérios clínicos estabelecidos pela resolução nº 1.480/97 do Conselho Federal de Medicina (CFM), dado que o Código Civil Brasileiro é silente quanto ao término da vida humana, apesar de definir expressamente o seu início.<sup>16</sup>

Anteriormente, com a aplicação do decreto nº 2.268/97, exigia-se para a decretação da morte encefálica a presença de dois médicos, sendo que ao menos um deles deveria ser especialista em neurologia com título reconhecido no país. Com a entrada em vigor do decreto nº 9.175/17, que revogou o supracitado dispositivo, determinou-se que o diagnóstico da morte encefálica deverá ser confirmado por um médico especificamente qualificado, que não seja integrante da equipe de remoção e transplantação de órgãos, sendo que essa qualificação será estabelecida pelo CFM, ou seja, foi retirada a exigência da avaliação de um médico neurologista para a identificação da morte encefálica, conforme art. 17, § 3º do decreto nº 9.175/17.<sup>17</sup>

O referido profissional de saúde constatará e registrará a cessação irreversível de todas as funções do encéfalo, incluindo o tronco encefálico, onde existem estruturas que regulam os processos vitais autônomos, para que possa ser realizado o

---

<sup>15</sup> Art. 80. O assento de óbito deverá conter: (Renumerado do art. 81 pela Lei nº 6.216, de 1975).

1º) a hora, se possível, dia, mês e ano do falecimento;

2º) o lugar do falecimento, com indicação precisa;

3º) o prenome, nome, sexo, idade, cor, estado, profissão, naturalidade, domicílio e residência do morto;

4º) se era casado, o nome do cônjuge sobrevivente, mesmo quando desquitado; se viúvo, o do cônjuge pré-defunto; e o cartório de casamento em ambos os casos;

5º) os nomes, prenomes, profissão, naturalidade e residência dos pais;

6º) se faleceu com testamento conhecido;

7º) se deixou filhos, nome e idade de cada um;

8º) se a morte foi natural ou violenta e a causa conhecida, com o nome dos atestantes;

9º) lugar do sepultamento;

10º) se deixou bens e herdeiros menores ou interditos;

11º) se era eleitor.

12º) pelo menos uma das informações a seguir arroladas: número de inscrição do PIS/PASEP; número de inscrição no Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, se contribuinte individual; número de benefício previdenciário - NB, se a pessoa falecida for titular de qualquer benefício pago pelo INSS; número do CPF; número de registro da Carteira de Identidade e respectivo órgão emissor; número do título de eleitor; número do registro de nascimento, com informação do livro, da folha e do termo; número e série da Carteira de Trabalho (Incluído pela Medida Provisória nº 2.187-13, de 2001)

<sup>16</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte geral e LINDB**. 15. ed. Salvador: Editora Juspodivm, v. I, 2017, p. 233.

<sup>17</sup> 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.

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

transplante, além de viabilizar também o acompanhamento no ato de comprovação e atestação da morte encefálica pelo médico de confiança da família do falecido, uma vez que se trata de um procedimento delicado.<sup>18</sup>

Para os familiares, muitas vezes, é complicada a compreensão dos critérios definidores da morte encefálica, uma vez que só acreditam na ocorrência do óbito quando existe a parada cardiopulmonar. Quando há apenas a morte individual do cérebro, as pessoas não conseguem compreender que efetivamente o indivíduo tenha falecido, posto que o coração ainda continua a bater, dando a impressão de que o sujeito se encontra em um sono profundo, o que acaba se tornando um empecilho, principalmente, para a permissão da realização da doação de órgãos.<sup>19</sup>

Segundo Regina Fiuza Sauwen e Severo Hryniewicz:

[...] o conceito de morte encefálica, a compreensão de pessoa humana se restringe ao de suas funções nervosas superiores: consciência e autoconsciência, capacidade de abstração etc. Se o coração continuar a bater e os pulmões a respirar sem a ajuda de aparelhos, mesmo assim a morte ocorre. Assim sendo, um indivíduo em estado vegetativo permanente (EVP) pode ser considerado um cadáver e podem ser retirados seus órgãos para doação, respeitando-se a legislação local.<sup>20</sup>

Apesar de o CFM estabelecer critérios para definir o momento exato da morte encefálica, existem críticas quanto a estes, vez que já houve casos na história da medicina em que constatou-se a cessação da atividade cerebral, mas o paciente veio a se recuperar posteriormente.<sup>21</sup> Casos como esses demonstram que ainda se faz necessário o estabelecimento de um critério mais preciso para que não haja margem para erros, já que se trata da vida de um ser humano.

Exemplo disso é o caso de Steven Thorpe. Em 2008, em Coventry, no Reino Unido, um garoto teve o diagnóstico de morte encefálica, decretado por 4 médicos. Entretanto, o pai do garoto, inconformado com a situação, se recusou a aceitar o diagnóstico e insistiu para que os exames fossem refeitos, pois acreditava que o seu filho ainda estava vivo, chegando, inclusive, a contratar uma neurologista para obter

---

<sup>18</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas. **Curso de Bioética e Biodireito**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 364-365.

<sup>19</sup> PESSALACIA, Juliana Dias Reis; CORTES, Vanessa Faria; OTTONI, Alba. Bioética e doação de órgãos no Brasil: aspectos éticos na abordagem à família do potencial doador. **Revista Bioética**, v. 19, n. 3, 2011, p. 677.

<sup>20</sup> HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiuza. **O Direito "In Vitro" da Bioética ao Biodireito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 145.

<sup>21</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte geral e LINDB**. 15. ed. Salvador: Editora Juspodivm, v. I, 2017, p. 233.

uma nova opinião. Esta examinou o paciente e descobriu que ainda existiam sinais muito fracos do cérebro do garoto, sendo assim, os médicos decidiram retirar o paciente do coma induzido para ver se ele se recuperaria, ficando surpresos ao receberem a notícia que o garoto recebeu alta após cinco semanas, sendo considerado como um “caso único”.<sup>22</sup>

Isto posto, observa-se que o padrão estipulado para identificar a morte encefálica apresenta imperfeições, já que pode vir a classificar um paciente como morto, mesmo que, na condição em que se apresenta, ainda existam chances de recuperação posterior.

Portanto, é de extrema valia que seja determinado o momento exato em que se passa a considerar a morte do indivíduo, buscando-se evitar a mistanásia, ou seja, a morte fora de hora que ocorre quando é retirado um órgão vital ao ser humano antes que o paciente tenha efetivamente falecido, uma vez que, ao incidir em erro, pelo fato de não respeitar todos os critérios estabelecidos, o profissional de saúde poderá sofrer sanções, seja de natureza civil ou penal.<sup>23</sup>

O perigo de uma declaração incorreta da morte encefálica é proporcional à pressão para se ganhar tempo para se retirar órgãos que poderão servir para doação. Sendo assim, muitos defensores dos transplantes afirmam ser desnecessária a realização de exames confirmatórios, vez que eles só atrapalhariam o sistema de captação, lhes tornando mais moroso.<sup>24</sup>

A lei 9.434/97 não dispõe acerca da responsabilidade civil, apenas da penal, uma vez que prevê sanções, nos arts. 14 a 20, para aqueles que praticarem atos que afrontem a integridade física dos doadores e receptores de órgãos, do mesmo modo àqueles que violem o princípio da dignidade humana. Sendo também vedada a conduta do médico que vise acelerar a morte do paciente terminal, buscando a

---

<sup>22</sup> PORTAL TERRA. Jovem reage após morte cerebral diagnosticada por 4 médicos, 2012. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/ciencia/jovem-reage-apos-morte-cerebral-diagnosticada-por-4-medicos,e30a00beca2da310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>>. Acesso em: 29 Maio 2017.

<sup>23</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas. **Curso de Bioética e Biodireito**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 363.

<sup>24</sup> RODRIGUES FILHO, Edison Moraes; JUNGES, José Roque. Morte encefálica: uma discussão encerrada? **Revista Bioética**, v. 23, n. 3, 2015, p. 487.

realização do transplante deste para beneficiar outrem, configurando um homicídio ou, até mesmo, a eutanásia passiva.<sup>25</sup>

Quanto à responsabilidade civil do médico decorrente dos danos causados pelo transplante, deve-se aplicar o disposto no Código Civil em seus arts. 186 e 951<sup>26</sup>, já que a lei específica é silente nesse aspecto. De acordo com este, que adota a teoria da culpa, para ser caracterizada esta responsabilidade civil deve ser comprovada a culpa, ou seja, fundamental a comprovação da imprudência, negligência ou imperícia do profissional de saúde para que o indivíduo tenha direito a um ressarcimento, configurando a responsabilidade subjetiva.<sup>27</sup>

A imprudência é uma modalidade de culpa que pode ser verificada quando há uma ação precipitada e sem a cautela necessária, ou seja, há a prática de uma conduta comissiva diversa da que era esperada e com pouca consideração pelos interesses alheios. Já a negligência é observada quando há uma conduta omissiva em que o profissional deixa de tomar uma atitude esperada diante da situação apresentada, não tomando as precauções devidas, devido a uma falta de atenção, o que impede que o agente preveja o resultado que devia e podia ser previsto. A imperícia ocorre quando o profissional não possui o conhecimento ou qualificação técnica essencial para o exercício da profissão. Sendo assim, ao praticar um ato ou se omitir diante de uma situação em que seria necessária a sua conduta profissional, pode vir a ser responsabilizado por provocar um dano irreversível a alguém devido a sua inaptidão técnica.<sup>28</sup>

Assim sendo, havendo a comprovação da culpa, a vítima poderá requerer uma indenização, seja por danos morais ou danos materiais, sendo estes concernentes a lesões no patrimônio e aqueles a lesões aos direitos da personalidade do indivíduo.

Vale ressaltar que a obrigação existente entre o médico e o paciente em uma operação de transplante é de meio, ou seja, o profissional de saúde empregará

---

<sup>25</sup> DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 360.

<sup>26</sup> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

<sup>27</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 51-52.

<sup>28</sup> *Ibidem*, loc. cit.

todos os seus esforços para a obtenção do resultado pretendido, prestando os esclarecimentos necessários para o paciente acerca dos riscos e possíveis prejuízos envolvidos, entretanto não poderá ser responsabilizado pelo insucesso da intervenção cirúrgica, já que não se obriga à obtenção do resultado. Diferentemente do que ocorre nas obrigações de resultado em que o devedor só se exonera da obrigação quando atinge o fim previamente estabelecido, uma vez que há uma vinculação a um resultado determinado, arcando com as consequências, caso haja descumprimento.<sup>29</sup>

Uma vez deliberada a morte encefálica será realizado o transplante, contudo, é indispensável a autorização do cônjuge, do companheiro ou do parente que seja capaz, de linha reta ou colateral até o segundo grau, sendo essa autorização fundada em documento subscrito por duas testemunhas que estavam presentes no momento da morte, segundo o art. 20, § 1º do decreto nº 9.175/17.<sup>30</sup> Caso não haja enquadramento do indivíduo nas hipóteses previstas no referente artigo, será necessária a autorização judicial para que o transplante seja realizado.

Quanto à conservação dos órgãos, esta deverá ser processada em centros específicos para essa finalidade, autorizados previamente pelo Ministério de Saúde, órgão central do Sistema Nacional de Transplantes (SNT), conforme dispõe o art. 24, §2º do decreto nº 9.175/17.<sup>31</sup>

Insta salientar a obrigatoriedade dos estabelecimentos de saúde procederem com a notificação das Centrais, uma vez que haja diagnóstico de morte encefálica de algum dos seus pacientes. Contudo, se estes estabelecimentos não possuírem autorização para a retirada de órgãos, deverão, imediatamente, solicitar assistência

---

<sup>29</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Obrigações**. 9. ed. São Paulo: Atlas, v.II, 2015, p. 292.

<sup>30</sup> 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.

<sup>31</sup> Art. 24. Quando indicada a preservação **ex situ** de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano, esses serão processados obrigatoriamente em estabelecimentos previamente autorizados pelo órgão central do SNT, em conformidade com o disposto neste Decreto e nas normas complementares.

§ 2º A preservação de órgãos deverá ser realizada em centros específicos para essa finalidade.

dos profissionais mais próximos que sejam habilitados para tal, de acordo com a lei de transplantes.<sup>32</sup>

## 2.2 O PRINCÍPIO DO CONSENTIMENTO PRESUMIDO E SUA APLICAÇÃO NA LEI 9.434/97

A lei específica nº 9.434, publicada em 5 de fevereiro de 1997 e regulamentada pelo decreto nº 9.175/17, delibera sobre a sistemática da transplantação de órgãos. Essa lei, inicialmente, era intitulada como “Lei de Doação Presumida de Órgãos”, justamente pelo fato de adotar o princípio do consentimento presumido, o qual estabeleceu que todos cidadãos maiores e capazes seriam caracterizados como doadores obrigatórios após a morte, uma vez que não manifestassem sua vontade contrária em vida, seja por desinformação, temor ou até mesmo negligência, almejando, dessa forma, ampliar o número de doadores de órgãos, visto que o grande número de pessoas à espera de um transplante era uma realidade do momento em que foi implementada a citada lei, que perdura até os dias de hoje.

Contudo, o seu objetivo inicial não foi alcançado, vez que houve a abolição da autonomia do indivíduo, limitando a possibilidade de decidir sobre a disposição do próprio corpo. Esse fenômeno resultou em um inconformismo social, comparando-se, inclusive, aos tempos de escravidão quando um indivíduo possuía o direito de propriedade sobre o corpo do outro. Já no caso da doação presumida, a figura do “senhor de escravos” é substituída pelo Estado e a dos escravos pelos cidadãos.<sup>33</sup>

Essa não autorização deveria ser comprovada através da expressão “não doador de órgãos e tecidos”, gravada na carteira de identidade civil ou na carteira nacional de habilitação, o que se mostrou uma afronta à autonomia dos possíveis doadores, uma

---

<sup>32</sup> Art. 13. É obrigatório, para todos os estabelecimentos de saúde notificar, às centrais de notificação, captação e distribuição de órgãos da unidade federada onde ocorrer, o diagnóstico de morte encefálica feito em pacientes por eles atendidos.

Parágrafo único. Após a notificação prevista no caput deste artigo, os estabelecimentos de saúde não autorizados a retirar tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverão permitir a imediata remoção do paciente ou franquear suas instalações e fornecer o apoio operacional necessário às equipes médico-cirúrgicas de remoção e transplante, hipótese em que serão ressarcidos na forma da lei.

<sup>33</sup> SILVEIRA, Paulo Vítor Portella et al. Aspectos éticos da legislação de transplante e doação de órgãos no Brasil. **Revista Bioética**, v. 17, n. 1, 2009, p. 70.

vez que não reconhece o direito ao consentimento esclarecido. Isso configura uma atitude antiética e coercitiva, que certamente viria a provocar conflitos futuramente, posto que, ao declarar essa exigência para a validação da autorização, desconsidera as diversas outras formas de manifestações de vontade, prejudicando a harmonia social.<sup>34</sup>

A lei em comento, ao consagrar o princípio do consentimento presumido, desnaturou o instituto da doação de órgãos, uma vez que este trata de um contrato em que há a disposição gratuita da coisa, sendo baseada numa ideia de liberalidade. Apesar de não haver uma contraprestação envolvida, a sua prática gera um sentimento de solidariedade ao próximo, ou seja, através da doação é possível que se ganhe muito mais do que foi doado, é um ato que não tem como se atribuir um valor específico.<sup>35</sup>

Dessa forma, a doação deve partir da própria empatia do indivíduo, do altruísmo inerente ao supracitado instituto, e não de uma imposição do Estado. Este, ao agir dessa forma, desconsiderando a vontade do indivíduo ser ou não doador, está retirando o *animus donandi*, um requisito subjetivo essencial para configuração da doação, o qual representa a intenção do doador de praticar a liberalidade. Como assevera Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

O elemento subjetivo da doação (*animus donandi* ou liberalidade) significa a ação desinteressada de ceder a outrem um determinado bem, sem contraprestação. O doador deve estar premido pela vontade de enriquecer o donatário, através de sua própria conduta, sem a obtenção de uma contraprestação. É o que se chamou no Código Civil italiano e no português de espírito de liberalidade.<sup>36</sup>

Destarte, a autorização dos familiares era irrelevante para a realização desse procedimento, cabendo aos profissionais de saúde, apenas, a obrigação de devolução do corpo condignamente recomposto, para os familiares do falecido ou aos seus responsáveis legais, após a transplantação, visto que é considerado como

---

<sup>34</sup> SILVEIRA, Paulo Vítor Portella et al. Aspectos éticos da legislação de transplante e doação de órgãos no Brasil. **Revista Bioética**, v. 17, n. 1, 2009. p. 68.

<sup>35</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Teoria Geral e Contratos em Espécie**. 7. ed. Salvador: Editora Juspodivm, v. 4, 2017. p. 756.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 759.



um direito que deve ser protegido em prol da dignidade humana<sup>37</sup>. A incoerência desta conduta configura crime previsto no art. 19º da lei nº 9.434/97<sup>38</sup>.

Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves asseveram que:

A princípio, poder-se-ia dizer que os fins da Lei, por intermédio dos dispositivo legal e regulamentar, afiguravam-se altruístas. Afinal, por que não salvar uma vida se isso é possível, mediante a retirada de órgãos de um indivíduo que já não a tem? É a luta pela a vida, contra a morte.<sup>39</sup>

Todavia, o fato de não possuírem mais vida não torna os cadáveres sem valor, uma vez que para os seus familiares continuam possuindo a mesma importância que tinham em vida, muitas vezes, até mais, justamente pelo fato de o corpo, mesmo morto, traduzir a imagem da pessoa viva para os seus entes queridos. Inclusive, apesar de não possuir mais personalidade jurídica, o *de cuius* ainda possui proteção legal, posto que, mesmo após a decretação da morte, há a possibilidade da aplicação de sanções pelo Código Penal caso sejam praticados crimes contra o respeito aos mortos, disposto nos seus arts. 209 a 212.<sup>40</sup>

### **2.2.1 Alteração do consentimento presumido com o implemento da Lei 10.211/2001**

A aplicação do princípio do consentimento presumido gerou muitas controvérsias, principalmente pela insegurança que provocou na população, considerando que os seus efeitos eram pouco claros e imprevisíveis, acarretando a inaplicabilidade da

---

<sup>37</sup> Art. 8º Após a retirada de tecidos, órgãos e partes, o cadáver será imediatamente necropsiado, se verificada a hipótese do parágrafo único do art. 7º, e, em qualquer caso, condignamente recomposto para ser entregue, em seguida, aos parentes do morto ou seus responsáveis legais para sepultamento.

<sup>38</sup> Art. 19. Deixar de recompor cadáver, devolvendo-lhe aspecto condigno, para sepultamento ou deixar de entregar ou retardar sua entrega aos familiares ou interessados: Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

<sup>39</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2011. p. 297

<sup>40</sup> Art. 209 - Impedir ou perturbar enterro ou cerimônia funerária:

Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa.

Parágrafo único - Se há emprego de violência, a pena é aumentada de um terço, sem prejuízo da correspondente à violência.

Art. 210 - Violar ou profanar sepultura ou urna funerária:

Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.

Art. 211 - Destruir, subtrair ou ocultar cadáver ou parte dele:

Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.

Art. 212 - Vilipendiar cadáver ou suas cinzas:

Pena - detenção, de um a três anos, e multa.

doação presumida no direito brasileiro, de acordo com a nova redação dada ao art. 4º da lei nº 9.434/97<sup>41</sup> decorrente do implemento da lei nº 10.211/2001.<sup>42</sup>

O consentimento presumido constrangia direito personalíssimo, privando a autodeterminação do indivíduo. Devido a isso, fez-se necessária essa mudança legislativa, colocando nas mãos dos familiares o poder decisório acerca do transplante *post mortem*, extinguindo a solidariedade compulsória que antes era aplicada.<sup>43</sup>

A aplicação da legislação anterior referente à regulamentação do transplante de órgãos deixava os familiares do falecido receosos quando este manifestava à vontade no sentido de permitir a doação de órgãos, dado que, devido à falta de conhecimento acerca da matéria, acreditavam que a morte do indivíduo seria acelerada para que fossem retirados seus órgãos e, posteriormente, disponibilizados para salvar outra vida em risco, podendo gerar, inclusive, um tráfico de órgãos.<sup>44</sup>

Vale ressaltar que tanto a aplicação do consentimento presumido pela lei 9.434/97, quanto às alterações feitas pela lei 10.211/2001 promoveram críticas, como dispõe Paulo Vítor Portella Silveira *et al*<sup>45</sup>:

Sendo assim, verifica-se que o próprio legislador ao instituir a Lei 10.211 toma uma postura que entra em desacordo com os princípios de liberdade e dignidade, que regem a sociedade de forma harmônica, instituídos legalmente por aquele mesmo poder. Não se pode desconsiderar o intuito e empenho do legislador de resolver o problema da doação de órgãos com a criação das leis. No entanto não se pode também admitir que desconsidere os princípios fundamentais de liberdade do cidadão. Podemos inferir, que o legislador equivocou-se ao ser extremista em suas colocações, pois ora instituiu a doação presumida (Lei 9.434), ora eliminava a mesma, mas deixava de lado a liberdade de escolha do cidadão (Lei 10.211).

Além de interferir na liberdade de escolha do indivíduo, a instituição do supracitado princípio pela lei 9.434/97 foi acusada de ser inconstitucional, do ponto de vista jurídico, já que ofendia o direito de propriedade sobre o corpo do falecido por parte da família, bem como a falta de esclarecimento de boa parte da população acerca

---

<sup>41</sup> 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.

<sup>42</sup> SILVEIRA, Paulo Vítor Portella et al. Aspectos éticos da legislação de transplante e doação de órgãos no Brasil. **Revista Bioética**, v. 17, n. 1, 2009.p. 69-70.

<sup>43</sup> SILVEIRA, Paulo Vítor Portella et al. Aspectos éticos da legislação de transplante e doação de órgãos no Brasil. **Revista Bioética**, v. 17, n. 1, 2009.p. 69-70.

<sup>44</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 71-72.

do tema poderia ocasionar a não manifestação das pessoas em documentos adequados sobre a vontade de ser ou não um doador, não por desinteresse realmente, mas sim pela falta de acesso a informação devida. A falta de documentação de uma parcela dos brasileiros também poderia vir a interferir na manifestação de vontade, já que ainda existem alguns indivíduos sem registro de nascimento no país.<sup>46</sup>

Ademais, as pessoas que não queriam se tornar doadoras, pois havia essa possibilidade, já que se trata de um ato de liberalidade, ficavam apreensivas de declarar sua vontade e serem censuradas, segregadas pela sociedade ou até mesmo pelos próprios funcionários das repartições públicas competentes para realizar esse registro.<sup>47</sup>

O fato de não se admitir mais a doação presumida de órgãos resultou em uma diminuição considerável do número de transplantes no Brasil, já que é comum haver a recusa familiar, aliado aos outros empecilhos encontrados na obtenção de transplantes, como no caso das crenças religiosas e a falta de esclarecimento da população sobre a matéria.

O Brasil está entre os três principais países do mundo que mais realizam transplantes, mas ainda há uma grande desproporção entre a alta demanda e o baixo número de transplantes efetivados. Ao analisar a estatística de transplantes realizados no ano de 2016 disponibilizadas pela Associação Brasileira de Transplante de Órgãos (ABTO), observa-se que o Brasil teve um aumento de 3,5% do índice de transplantes e atingiu o número de 14,6 doadores por milhão de população (pmp), sendo que a região sul do país se destaca em relação as demais por apresentar 30,1 doadores pmp. De acordo com a supracitada associação, também houve uma redução, mesmo que pequena, da recusa familiar no país, mas o índice ainda continua alto.<sup>48</sup>

Nada obstante, ainda é necessária maior divulgação de informações quanto aos transplantes de órgãos e seus procedimentos para a população, vez que grande

---

<sup>46</sup> HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiuza. **O Direito "In Vitro" da Bioética ao Biodireito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 142-143.

<sup>47</sup> DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 397-398.

<sup>48</sup> ABTO - Associação Brasileira de Transplante de Órgãos. **Registro Brasileiro de Transplantes**, 2016. Disponível em: <<http://www.abto.org.br/abtov03/default.aspx?c=1092&mn=476>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

parcela ainda não possui conhecimento acerca da matéria para a tomada de uma decisão consciente, pois a falta de discernimento acaba influenciando em um posicionamento negativo.

Ademais, se trata de uma matéria de saúde pública, sendo assim, merece mais atenção do Estado, visto que as filas de procura de transplante de órgãos crescem cada vez mais, já que as fontes disponíveis são insuficientes para suprir a necessidade da população. A escassez de órgãos é uma realidade do nosso país, sendo caracterizada como uma questão metalegal, uma vez que vai além da lei.

Insta salientar que, atualmente, grande parcela dos órgãos que são disponibilizados para transplante são decorrentes de doações *post mortem*, no entanto, esse número ainda é pequeno e não consegue suprir a demanda existente, uma vez que a decretação da morte encefálica não é algo tão comum de ocorrer.<sup>49</sup>

A problemática paira na escassez chamada de não patrimonial, ou seja, pela carência de recursos não econômicos, infungíveis, visto que nenhuma decisão judicial poderá contornar esse obstáculo, ordenando a realização da doação de órgãos para todos que necessitam.<sup>50</sup>

Isto posto, devem ser criados programas que propiciem a captação de órgãos, naqueles lugares onde os transplantes são desenvolvidos, visando estimular gestos de solidariedade e altruísmo dos seres humanos.<sup>51</sup>

### 2.2.2 A problemática da prevalência da vontade familiar

Destarte, essa alteração trouxe à tona a discussão acerca da transmissibilidade desse direito, considerando que o direito ao corpo tem caráter personalíssimo e,

---

<sup>49</sup> PESSALACIA, Juliana Dias Reis; CORTES, Vanessa Faria; OTTONI, Alba. Bioética e doação de órgãos no Brasil: aspectos éticos na abordagem à família do potencial doador. **Revista Bioética**, v. 19, n. 3, 2011, p. 673.

<sup>50</sup> VILLAS-BÓAS, Maria Elisa. Alocação de órgãos e tecidos e a disciplina dos transplantes. **Revista Bioética**, v. 19, n. 3, 2011, p. 642.

<sup>51</sup> SILVEIRA, Paulo Vítor Portella et al. Aspectos éticos da legislação de transplante e doação de órgãos no Brasil. **Revista Bioética**, v. 17, n. 1, 2009, p. 61.

sendo assim, tem como característica a intransmissibilidade a terceiros<sup>52</sup>, o direito à disposição cadavérica também deveria assim ser considerado.

Conquanto, não se pode olvidar que mesmo com as melhores intenções, a família não deveria substituir a vontade do indivíduo manifestada, sendo necessária a harmonia entre o declarado pelo *de cuius* em vida e o que virá a ser decidido pela família.

Por se tratar de um momento delicado para os entes queridos, a recusa familiar, atualmente, é considerada como um dos principais obstáculos enfrentados para a realização dos transplantes no Brasil, uma vez que, diante da morte, cria-se um impasse entre a vontade de resguardar a memória do falecido e o desejo de ajudar ao próximo. Essa recusa pode ser ocasionada devido à abordagem inadequada ao familiar, devendo esta ser feita por profissionais capacitados.<sup>53</sup>

O profissional que irá lidar com a família nesse momento de luto deverá possuir habilidade para comunicar-se com uma linguagem clara e acessível, visto que se trata de uma matéria em que são utilizados muitos termos técnicos, além de salientar que a revogação poderá ser realizada a qualquer momento até a realização efetiva do transplante, mesmo após a assinatura do termo do consentimento, o que poderá proporcionar maior tranquilidade para que os familiares adotem uma posição favorável.<sup>54</sup> Vale ressaltar que, apesar de existir essa possibilidade de revogação, poderá ser imputada responsabilidade caso surjam danos em decorrência desse ato, já que pode haver a violação da boa-fé objetiva.<sup>55</sup>

Outrossim, outra informação que pode propiciar segurança para os familiares no momento da decisão é a ciência que após seja dada a permissão quanto a doação de órgãos, o indivíduo será transferido para um hospital para a realização de um

---

<sup>52</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte geral e LINDB**. 13. ed. São Paulo: Editora Atlas, v. I, 2015, p. 145.

<sup>53</sup> PESSALACIA, Juliana Dias Reis; CORTES, Vanessa Faria; OTTONI, Alba. Bioética e doação de órgãos no Brasil: aspectos éticos na abordagem à família do potencial doador. **Revista Bioética**, v. 19, n. 3, 2011, p. 676.

<sup>54</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>55</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito à integridade pessoal. In: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coords.). **Direitos constitucionalizados**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 416.

exame complementar, desde que seja necessário, para confirmação da morte encefálica, evitando que se incorra em erro, como no caso da mistanásia.<sup>56</sup>

Conforme dispõem Pessalacia, Cortes e Ottoni :<sup>57</sup>

Estudo realizado em unidade de terapia intensiva (UTI) revelou que pacientes com morte encefálica podem receber um cuidado inferior, no sentido de não serem vistos como um todo, sendo o atendimento direcionado apenas para a manutenção das funções que o classificam como potencial doador. O estudo destaca a seguinte questão: a manutenção precária do paciente com morte cerebral hospitalizado como potencial doador pode ser a segunda causa de não ocorrência da doação de órgãos e tecidos no Brasil. Isso se deve, provavelmente, à desproporção entre a evolução tecnológica na manutenção do organismo e o despreparo da equipe profissional em abordar a família.

A problemática da prevalência da vontade familiar surge no momento em que o indivíduo manifesta vontade em vida, no sentido de permitir a doação de órgãos após a morte, entretanto, depois do seu falecimento, a sua vontade não é respeitada, ficando a cargo da família a decisão da doação.

O objetivo do legislador ao alterar a lei 9.434/97, vetando a aplicação do consentimento presumido, foi de acalmar os ânimos da população que se encontrava insatisfeita com a vigência da lei anterior, posto que provocava insegurança, bem como, principalmente, visou salvaguardar o momento de luto pelo quais passam os familiares após a perda de uma pessoa querida. Contudo, essa modificação, ao proteger os familiares, desprotegeu o indivíduo, visto que, ao colocar nas mãos da família o poder de decidir sobre o destino dos órgãos do falecido, representou uma afronta à autonomia da pessoa.

Diante disso, hoje já se discute sobre a possibilidade da disposição no testamento vital de uma cláusula acerca da doação de órgãos, uma vez que, além de preservar a vontade do ser humano após a morte, também visa diminuir a altíssima carga de responsabilidade que é imposta aos familiares nessa situação.

---

<sup>56</sup> PESSALACIA, Juliana Dias Reis; CORTES, Vanessa Faria; OTTONI, Alba. Bioética e doação de órgãos no Brasil: aspectos éticos na abordagem à família do potencial doador. **Revista Bioética**, v. 19, n. 3, 2011, p. 676.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 678.

## 2.3 A SELEÇÃO DE DOADORES E O SISTEMA DE LISTA ÚNICA

O Sistema de Lista Única, coordenado pelo Sistema Nacional de Transplantes, é responsável pelo controle dos transplantes de órgãos realizados no Brasil, de acordo com o decreto nº 9.175/2017.

### 2.3.1 O funcionamento do Sistema de Lista Única

O decreto nº 9.175/17 institui que os transplantes de órgãos só poderão ser realizados por estabelecimentos de saúde, sejam públicos ou privados, que possuam equipes autorizadas pelo Ministério da Saúde para prática de tal operação, conforme previsto em seu art. 11<sup>58</sup>. Entretanto, para que seja concedida essa autorização, é essencial que sejam efetuados todos os testes necessários no doador para que se verifique se há alguma infecção ou infestação que venha a prejudicar o transplante futuramente, de acordo com o disposto no art. 34 do supracitado decreto<sup>59</sup>.

Cada Estado Brasileiro possui a incumbência de cadastrar as pessoas que necessitam de transplante em uma lista única para que não haja espaço para fraudes, bem como para tornar mais organizado esse sistema, segundo art. 5, § 2º, inciso II, do decreto nº 9.175/17.<sup>60</sup>

Insta salientar que o Estado Brasileiro, através do Sistema Único de Saúde (SUS) oferece, gratuitamente, todos os tipos de transplantes para a população, bem como, a medicação necessária para o pós-operatório.<sup>61</sup>

---

<sup>58</sup> Art. 11. O transplante, o enxerto ou a retirada de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano somente poderão ser realizados em estabelecimentos de saúde, públicos ou privados, por equipes especializadas, prévia e expressamente autorizados pelo órgão central do SNT.

<sup>59</sup> Art. 34. A realização de transplantes ou enxertos de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano somente será autorizada após a realização, no doador, dos testes estabelecidos pelas normas do SNT, com vistas à segurança do receptor, especialmente quanto às infecções, às afecções transmissíveis e às condições funcionais, segundo as normas complementares do Ministério da Saúde.

<sup>60</sup> § 2º Para fins do disposto no inciso VIII do caput, a lista única de espera de receptores será constituída pelo conjunto das seguintes listas:

II - lista estadual.

<sup>61</sup> STANCIOLI, Brunello et al. O Sistema Nacional de Transplantes: saúde e autonomia em discussão. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 11, n. 3, Fevereiro 2011, p. 131.

Segundo Maria Helena Diniz, não há a estipulação de um critério justo na escolha do receptor no cadastro desse sistema, devendo ser adotado, consoante posicionamento da autora, o critério terapêutico, o qual determina que deve-se observar na escolha do receptor a urgência médica do seu estado clínico, respeitando o princípio da não discriminação, seja ela por idade, nacionalidade, sexo, raça ou crença religiosa, sendo que, para isso, deveria o receptor, além de estar cadastrado na lista única, possuir também compatibilidade imunológica com o doador. Esse critério proporcionaria uma maior celeridade, já que existem pacientes nessa lista que estão em estado crítico e podem vir a falecer, pelo fato de não possuir prioridade.<sup>62</sup>

Contudo, observa-se que, de acordo com os princípios adotados no âmbito da Bioética, ao se legitimar esse critério terapêutico haveria uma transgressão ao princípio da justiça, o qual “refere-se à imparcialidade da distribuição dos riscos e benefícios de todos os envolvidos na pesquisa científica e nas práticas médicas, seja no âmbito nacional quanto no internacional”<sup>63</sup>, de acordo com Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf, na medida em que prioriza pacientes em estado mais gravoso cadastrado no Sistema de Lista Única.

Esse sistema de captação de órgãos para transplante se inicia pela decretação da morte encefálica de um paciente e a subsequente notificação à Central Estadual de Transplante (CET) da unidade federativa vinculada, conforme art. 18 do decreto nº 9.175/17.<sup>64</sup>

A supracitada Central irá se dirigir ao hospital em que houve a morte para realização de exames preliminares, buscando auferir as características do futuro doador, para que, de acordo com o perfil encontrado, seja analisada a lista de possíveis receptores compatíveis que se encaixam nesse perfil e possa ser realizado o transplante posteriormente.<sup>65</sup>

Nada obstante, a baixa taxa de notificação dos potenciais doadores é um dos problemas que assolam nossa sociedade, prejudicando ainda mais o aumento do

---

<sup>62</sup> DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 403-404.

<sup>63</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 18.

<sup>64</sup> Art. 18. Os hospitais deverão notificar a morte encefálica diagnosticada em suas dependências à CET da unidade federativa a que estiver vinculada, em caráter urgente e obrigatório.

<sup>65</sup> SILVEIRA, Paulo Vítor Portella et al. Aspectos éticos da legislação de transplante e doação de órgãos no Brasil. **Revista Bioética**, v. 17, n. 1, 2009, p. 65.



número de transplantes. Essa notificação às Centrais de Notificação é obrigatória após a decretação da morte encefálica, segundo dispõe a lei 9.434/97, em seu art. 13<sup>66</sup>.

### 2.3.2 A questão da fraude que pode permear o sistema

Existem diversos critérios para a alocação de recursos escassos em saúde, sendo os principais: a fila, a efetividade, a necessidade-gravidade e o merecimento. A fila é um critério cronológico e imparcial, já que dispensa qualquer avaliação pessoal, sendo, por isso, o mais utilizado. Entretanto, apesar de ser um critério neutro e, em consequência disso, mais “justo”, desconsidera diferenças que devem ser observadas em algumas ocasiões, como a urgência.<sup>67</sup>

A divulgação das posições na fila de espera é uma questão que apresenta controvérsias, pois, na forma que é regulada atualmente, considerando que o paciente/receptor apenas tem acesso à sua posição na lista e não dos demais, pode vir a ensejar fraudes futuras devido ao sigilo desse sistema, mesmo que necessário, dado que a ordem da fila pode sofrer alteração sem que seja conhecido pelos outros.<sup>68</sup>

Já o critério da efetividade busca certificar o maior aproveitamento possível dos recursos disponíveis, por isso é baseado em um viés utilitarista. Pela lógica desse critério, os recursos disponíveis deveriam ser destinados àqueles que possuem maior chance de sucesso com a utilização do mesmo. Posto que é utilitarista, visa a maximização do bem coletivo, evitando que haja o desperdício de bens ou o seu mau uso, uma vez que podem ser inúteis para quem os recebe, todavia, podem existir outras pessoas que teriam grande chance de sucesso com o mesmo recurso.<sup>69</sup>

Tendo disposto Maria Elisa Villas-Bôas que:

---

<sup>66</sup> Art. 13. É obrigatório, para todos os estabelecimentos de saúde notificar, às centrais de notificação, captação e distribuição de órgãos da unidade federada onde ocorrer, o diagnóstico de morte encefálica feito em pacientes por eles atendidos.

<sup>67</sup> VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. Alocação de órgãos e tecidos e a disciplina dos transplantes. **Revista Bioética**, v. 19, n. 3, 2011, p. 644.

<sup>68</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 645.

Imagine-se, *verbi gratia*, alocar órgãos para transplante sem atentar para a compatibilidade minimamente essencial entre o órgão e o receptor que permitisse supor com segurança a viabilidade do procedimento. O priorizado, nesse caso, não apenas não resolveria seu problema com o recebimento do órgão, que poderia melhor servir a outrem, como poderia vir a sofrer agravos maiores, com o risco de se perderem o órgão e as duas vidas.<sup>70</sup>

O critério da necessidade se fundamenta nas situações em que os recursos são escassos, dessa forma, se baseando na questão da gravidade, é um dos critérios mais utilizados, considerando que aquele paciente que possui uma situação de maior urgência deva ser atendido primeiramente, em detrimento daquele que possui uma maior estabilidade.<sup>71</sup>

Contudo, existem desvantagens na aplicação desse critério, na medida em que pode estar havendo um desperdício de recursos, uma vez que alguns pacientes se encontram em uma situação já tão avançada e grave que a esperança de recuperação, muitas vezes, é mínima, sendo este um argumento muito debatido entre os utilitaristas.<sup>72</sup>

Outrossim, outra problemática desse critério é a subjetividade que lhe é inerente, vez que ao ponderar quem está em uma situação de urgência, sempre há alguma subjetividade envolvida.<sup>73</sup>

A bioética apresenta também um critério que pode ser utilizado nesses casos, sendo ele chamado de merecimento. Esse critério leva em consideração as contribuições do indivíduo na sociedade, o que gera controvérsias em relação a sua aplicação, posto que o indivíduo é analisado pela perspectiva utilitarista, ou seja, pela sua utilidade na sociedade e não pelo seu valor próprio como ser humano, além também de suscitar a subjetividade, visto que parte de um julgamento moral.<sup>74</sup>

Atualmente, o critério aplicado no caso dos transplantes de órgãos é, em regra, o da fila aliado ao da efetividade e o da necessidade, sob o aspecto da urgência ou gravidade. Sendo esse último critério, no caso dos transplantes de fígado, aplicado através de sistemas de pontos internacionalmente validados, chamado de *Model for End-Stage Liver Disease (MELD)*, dedicado para adolescentes e adultos, e o

---

<sup>70</sup> VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. Alocação de órgãos e tecidos e a disciplina dos transplantes. **Revista Bioética**, v. 19, n. 3, 2011, p. 645.

<sup>71</sup> *Ibidem*, loc.cit.

<sup>72</sup> *Ibidem*, loc.cit.

<sup>73</sup> *Ibidem*, loc.cit.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p.646.

*Pediatric End-Stage Liver Disease (PELD)*, dedicado para menores de 12 anos. Buscando, dessa forma, que o critério da necessidade seja assentado em parâmetros mais objetivos.<sup>75</sup>

Esses ainda não são critérios ideais, ainda possuem muitas falhas. O ideal seria que houvesse uma oferta de órgãos equivalente à demanda e que não fosse preciso priorizar uma pessoa em relação à outra, vez que o direito à vida é um direito fundamental e previsto constitucionalmente.

Nada obstante, a escassez de órgãos ainda é uma realidade do nosso país e, enquanto perdurar, o que se resta a fazer é investir em programas de incentivo às doações, bem como na otimização do sistema de doação de órgãos, para que transpareça confiança e segurança para as pessoas, conseqüentemente ampliando a oferta, ética e lícita, desses recursos.<sup>76</sup>

### **2.3.3 A impossibilidade da escolha do receptor no transplante *post mortem***

É possível constatar a intervenção estatal na esfera pessoal do indivíduo a partir do momento em que o legislador impossibilita que o doador escolha o destinatário final dos seus órgãos na doação *post mortem*, segundo o art. 10º da lei 9.434/97<sup>77</sup>, proibindo que o receptor do órgão seja alguém que não esteja cadastrado no Sistema de Lista Única.

Dessa forma, por ser a doação considerada como um ato personalíssimo, não poderia o Estado dispor sobre o corpo do indivíduo após a sua morte, como assevera os dispositivos, violando o direito ao corpo, considerado um dos direitos da personalidade, visto que após o óbito, apesar da pessoa deixar de ser considerada como um sujeito de direito, ainda provoca efeitos no ordenamento jurídico.

---

<sup>75</sup> VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. Alocação de órgãos e tecidos e a disciplina dos transplantes. **Revista Bioética**, v. 19, n. 3, 2011, p. 645.

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 655.

<sup>77</sup> Art. 10. O transplante ou enxerto só se fará com o consentimento expresso do receptor, assim inscrito em lista única de espera, após aconselhamento sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento.

Alguns autores condenam essa socialização *post mortem*, ou seja, a conversão dos órgãos do falecido em propriedade do Estado. Taciana Andrade<sup>78</sup> defende em sua dissertação a possibilidade de escolha pelo doador do destinatário de seus órgãos, baseando-se nos mesmos critérios aplicados na doação *inter vivos*. Entende que se essa alternativa fosse disponibilizada para a população haveria um aumento do número de transplantes, uma vez que permitiria a manifestação da família do doador quanto à destinação dos órgãos, valorizando a afetividade envolvida nos transplantes, dificultando o comércio de órgãos.<sup>79</sup>

A adoção dessa alternativa pelo ordenamento jurídico estimularia o consentimento familiar no que tange a realização de transplantes, já que, diante da possibilidade de direcionamento de um órgão a um ente querido necessitado, existe uma probabilidade maior de uma manifestação positiva da família. Entretanto, questiona-se se nos casos em que o receptor for alguém que não se enquadre nos critérios estabelecidos pela lei para doação *inter vivos*, sendo necessária a autorização judicial, seria possível uma investigação detalhada acerca do vínculo do receptor com o *de cuius*, já que na doação *post mortem* há a problemática do perecimento dos órgãos após a retirada do corpo humano.<sup>80</sup>

Um dos fatores que impedem a disponibilização dessa alternativa pelo ordenamento é a questão da mercantilização de órgãos, já que fatores externos poderiam vir a influenciar na decisão da família quanto ao direcionamento do órgão, como a pecúnia, cerceando o direito a esse tratamento médico das classes menos favorecidas da sociedade. Para que não haja margem para esse mercado de órgãos, uma opção seria a limitação quanto à destinação de órgãos *post mortem* para aqueles receptores que possuam algum parentesco próximo com o doador.<sup>81</sup>

---

<sup>78</sup> ANDRADE, Taciana *apud* VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. Alocação de órgãos e tecidos e a disciplina dos transplantes. **Revista Bioética**, v. 19, n. 3, 2011, p. 649.

<sup>79</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

<sup>80</sup> VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. Alocação de órgãos e tecidos e a disciplina dos transplantes. **Revista Bioética**, v. 19, n. 3, 2011, p. 650.

<sup>81</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

## 2.4 O TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS *INTER VIVOS*

O direito de dispor de partes do próprio corpo, visando propiciar a saúde de outrem, ainda é um tema muito polêmico nos dias atuais, vez que suscita grandes questionamentos éticos, com aspectos complexos sociais e pessoais.

Os transplantes *inter vivos* só são admitidos quanto a órgãos duplos ou partes de órgãos, corpo ou tecidos, desde que a sua retirada não provoque nenhum prejuízo para o indivíduo, como o comprometimento das suas funções vitais ou saúde mental, conforme art. 9º §3º da lei 9.434/7<sup>82</sup>, buscando, dessa forma, preservar a integridade física do doador. Dessa forma, esse transplante só poderá ser realizado se tiver como objetivo o prolongamento da vida ou melhora da saúde do receptor, ou seja, é essencial a comprovação da necessidade terapêutica do último, sendo necessário que não haja outra alternativa de tratamento para o doente, que será corroborado através da declaração do médico.<sup>83</sup>

Isto posto, nota-se que a disposição de partes renováveis do corpo humano, tais como óvulos, esperma e sangue, não se submetem a normatividade dos transplantes<sup>84</sup>, uma vez que, pelo fato de serem renováveis, não apresentam os mesmos riscos que o transplante de um órgão ou parte dele.

Exemplo disso é a admissão de transplantes *inter vivos* de substâncias regeneráveis, sendo o menor, incapaz de validamente consentir, doador, sob a condição de que o transplante não venha a lhe trazer riscos, visto que não seria razoável pôr a vida de um menor em risco para beneficiar outrem, não sendo possível o favorecimento de uma vida em detrimento da outra.<sup>85</sup>

---

<sup>82</sup> Art. 9º É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4º deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea.

§ 3º Só é permitida a doação referida neste artigo quando se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável, e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora.

<sup>83</sup> ROCHA, Maria Isabel de Matos. Transplante de órgãos entre vivos: as mazelas da nova lei. **Revista dos Tribunais**, v. 742, ano 86, 1997, p. 71.

<sup>84</sup> *Ibidem*, loc.cit.

<sup>85</sup> *Ibidem*, loc.cit.

Essa situação é admitida pela doutrina, apresentando algumas controvérsias, dado que alguns doutrinadores julgam ser necessária, para o recolhimento de substâncias renováveis dos incapazes, a existência de um grau de parentesco entre o doador e o receptor para que a doação se efetive, pois entendem que se isso não for exigido haveria uma instrumentalização do ser humano.<sup>86</sup>

## 2.5 A PROBLEMÁTICA DA LIMITAÇÃO DO ORDENAMENTO

O ordenamento jurídico estipula diversos requisitos para a efetivação dos transplantes *inter vivos*, sendo o cumprimento destes de enorme valia para a validade do ato, bem como para a preservação da integridade física e dignidade das partes envolvidas, ou seja, do doador e o receptor.

### 2.5.1 O direito do doador e do receptor

O transplante de órgãos é uma relação triangular em que estão envolvidos o doador, o receptor e o médico. O doador nessa relação representa o sujeito ativo, sendo aquele que deverá se submeter aos testes para diagnóstico de infecção e infestação que são exigidos para o procedimento da coleta de sangue para a futura realização da doação, segundo disposto no art. 2º, parágrafo único da lei de transplantes<sup>87</sup>, bem como será necessária a comprovação de que o indivíduo possui um bom estado de saúde.<sup>88</sup>

---

<sup>86</sup> ROCHA, Maria Isabel de Matos. Transplante de órgãos entre vivos: as mazelas da nova lei. **Revista dos Tribunais**, v. 742, ano 86, 1997, p. 71.

<sup>87</sup> Art. 2º A realização de transplante ou enxertos de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano só poderá ser realizada por estabelecimento de saúde, público ou privado, e por equipes médico-cirúrgicas de remoção e transplante previamente autorizados pelo órgão de gestão nacional do Sistema Único de Saúde

Parágrafo único. A realização de transplantes ou enxertos de tecidos, órgãos e partes do corpo humano só poderá ser autorizada após a realização, no doador, de todos os testes de triagem para diagnóstico de infecção e infestação exigidos em normas regulamentares expedidas pelo Ministério da Saúde.

<sup>88</sup> FARAH, Elias. Transplantes de órgãos e tecidos humanos. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v. 27, 2011, p.67.

Já o sujeito passivo é representado pelo receptor, o qual deverá manifestar seu consentimento para consentir a operação, ciente dos riscos inerentes do ato. O médico simboliza o terceiro interveniente que será aquele que tem a maior responsabilidade nessa relação, uma vez que executará o transplante com o apoio dos demais profissionais necessários.<sup>89</sup>

Com relação aos direitos e deveres, o doador tem o direito de dispor de partes do seu próprio corpo, já o receptor possui o direito de recusar o transplante, posto que este procedimento só será realizado se houver seu consentimento expresso, de acordo com o quanto previsto na Constituição Federal em seu artigo 5, inciso II: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”<sup>90</sup>, ou seja, os indivíduos possuem liberdade para agirem de acordo com sua vontade, salvo quanto àquilo que a legislação proíbe.

Sendo assim, não é possível que um profissional de saúde imponha a realização de um transplante a um paciente se não houver a sua autorização prévia, mesmo que essa intervenção cirúrgica lhe traga diversos benefícios, já que, ao impor o transplante, o médico cometerá crime de constrangimento ilegal<sup>91</sup>. Essa conduta será considerada lícita se for justificada por perigo iminente de vida, como dispõe o art. 146, parágrafo 3º, inciso I, do Código Penal.<sup>92</sup>

Tanto o doador quanto o receptor possuem direito a um consentimento informado prévio à transplantação de órgãos. A ausência deste configura o crime de lesão corporal grave por parte do profissional de saúde, já que, para a manifestação de vontade ser válida, deverá o indivíduo receber os esclarecimentos devidos acerca do procedimento. Estes esclarecimentos deverão ser prestados pelo médico, posto que este tem o dever ético de informar sobre as possíveis vantagens e desvantagens

---

<sup>89</sup> FARAH, Elias. Transplantes de órgãos e tecidos humanos. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v. 27, 2011, p. 67.

<sup>90</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 19 ago. 2017.

<sup>91</sup> Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

§ 3º - Não se compreendem na disposição deste artigo:

I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida;

<sup>92</sup> ROCHA, Maria Isabel de Matos. Transplante de órgãos entre vivos: as mazelas da nova lei. **Revista dos Tribunais**, v. 742, ano 86, 1997, p. 69.

dos tratamentos que realizará no paciente. Dessa forma, o consentimento deverá ser proveniente de pessoa capaz para ser classificado como válido, segundo a lei nº 9.434/97, admitindo-se, no caso de incapazes, apenas, a doação de substâncias renováveis.<sup>93</sup>

Vale ressaltar que o indivíduo pode se opor quanto ao tratamento que possua potencial para prolongar a sua vida ou curá-lo, vez que a vida é um direito e não um dever, dessa forma, não pode ser imposta ao indivíduo, possuindo, este, a faculdade de recusar tratamento que lhe seja favorável.<sup>94</sup>

### 2.5.2. Os diversos requisitos impostos pela nova lei

Para que o transplante possa ser realizado é necessário, segundo a lei nº 9.434/97, que o doador possua capacidade jurídica, bem como que a disposição seja gratuita, já que é proibido o mercado de órgãos no Brasil.<sup>95</sup>

Ainda sobre a necessidade da capacidade jurídica do doador é importante salientar que, se o doador for considerado como menor absolutamente incapaz, a doação será classificada como juridicamente impossível. Já em relação ao menor relativamente incapaz, para que seja possível efetivar a doação é necessária a prévia emancipação pelos pais, para que, após adquirida a capacidade, depois de emancipado, possa ter a liberdade para optar sobre a disposição. Ademais, os pais não podem condicionar a emancipação à futura disposição de órgãos ou partes do corpo do seu filho, visto que, ao fazer isso, estariam desnaturando o instituto da doação, na medida em que a voluntariedade do ato seria desprezada, bem como o seu caráter solidário.<sup>96</sup>

Quanto à necessidade de se observar a ordem dos receptores constantes no sistema de lista única, a lei 9.434/97 foi silente nesse aspecto no que toca o

---

<sup>93</sup> ROCHA, Maria Isabel de Matos. Transplante de órgãos entre vivos: as mazelas da nova lei. **Revista dos Tribunais**, v. 742, ano 86, 1997, p. 69.

<sup>94</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito à integridade pessoal. In: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coords.). **Direitos constitucionalizados**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 426.

<sup>95</sup> ROCHA, Maria Isabel de Matos. *Op. Cit.*, p. 74.

<sup>96</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 350.



transplante *inter vivos*.<sup>97</sup> Entretanto, o decreto nº 9.175/17, que regulamenta a referida lei, dispôs, em seu art. 29, §4º<sup>98</sup>, que a autorização do doador para permitir a realização da operação de transplante deve ser feita por escrito e na presença de duas testemunhas, especificando o órgão, tecido ou parte do corpo que será retirada, bem como deverá haver a identificação e a qualificação da pessoa que receberá o transplante, podendo ser revogada a qualquer tempo antes da sua concretização, em caso de arrependimento ou mudança de circunstâncias.

Dessa forma, é possível, após interpretação do supracitado dispositivo, inferir que está implícita a possibilidade de transplante *inter vivos* para pessoa determinada, sendo desnecessária a obediência ao sistema de lista única, uma vez que o decreto determina a identificação do receptor em seu dispositivo. Diferentemente do que ocorre na transplantação *post mortem*, a doação em vida é um ato *intuitu personae*, ou seja, há a individualização do doador e do receptor.<sup>99</sup>

Há o requisito da existência de vínculo familiar específico entre o doador e o receptor para que haja a validação da doação, buscando, através disso, inibir o comércio de órgãos, uma vez que, se não houvesse essa limitação imposta pela lei, a venda de órgãos poderia ser praticada por qualquer pessoa, desde que usasse como justificativa a realização de uma doação, tornando inviável o controle da autenticidade destas alegações. Deste modo, o decreto 9.175/17, que regulamenta a lei de transplantes, dispõe que apenas será permitida a doação em vida se o receptor for cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até o 4º grau do doador. Entretanto, há a possibilidade de o juiz autorizar a retirada do órgão mesmo quando este referido requisito não for preenchido, ou seja, quando o vínculo existente entre o doador e o receptor for diverso do especificado no dispositivo legal,

---

<sup>97</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 429.

<sup>98</sup> Art. 29. Somente será permitida a doação referida nesta Seção quando se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos, células e partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e de sua saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável.

§ 4º O doador especificará, em documento escrito, firmado por duas testemunhas:

I - o tecido, o órgão, a célula ou a parte do seu corpo que doará para transplante ou enxerto;

II - o nome da pessoa beneficiada; e

III - a qualificação e o endereço dos envolvidos.

<sup>99</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Op. Cit.*, p. 430.

desde que o motivo para o transplante seja delimitado, bem como que seja excluída a hipótese de comercialização de órgãos.<sup>100</sup>

O transplante, seja ele realizado em vida ou após a morte, precisa ser gratuito e baseado na ideia de solidariedade, tendo em vista o respeito ao princípio da dignidade humana. Essa doação não pode carecer da característica essencial da gratuidade, vez que a ausência desta ocasionaria em uma mercantilização de órgãos, equivalendo a uma coisificação do ser humano. A doação deve ser uma decisão exclusiva da pessoa, não podendo esta ser obrigada a realizar o ato de disposição para favorecer outrem contra a sua vontade. Como assevera Maria Helena Diniz: “Essa doação deverá ser, portanto, um ato livre, consciente, explícito, responsável e gratuito.”<sup>101</sup>

Em relação a legislação anterior que discorria sobre o mesmo tema, foi mantida a possibilidade de o incapaz doar medula óssea, desde que haja a autorização expressa dos pais ou de seus representantes legais e autorização judicial, bem como a comprovação de que o transplante não trará risco para o doador, segundo dispõe o art. 29, §6º do decreto 9.175/17.<sup>102</sup> Permaneceu inalterada também a inviabilidade da gestante realizar doações, exceto de medula óssea, sob condição do ato não oferecer risco a sua saúde.<sup>103</sup>

Outrossim, a lei dispensa a autorização judicial para os casos em que o doador for capaz e o objeto do transplante seja a medula óssea, sendo necessária a mencionada autorização para os demais casos, uma vez que o representante legal

---

<sup>100</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 351-352.

<sup>101</sup> DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 383.

<sup>102</sup> Art. 29. Somente será permitida a doação referida nesta Seção quando se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos, células e partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e de sua saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável.

§ 6º A doação de medula óssea de pessoa juridicamente incapaz somente poderá ocorrer entre consanguíneos, desde que observadas as seguintes condições:

I - se houver autorização expressa de ambos os pais ou de seus representantes legais, após serem esclarecidos sobre os riscos do ato;

II - se houver autorização judicial; e

III - se o transplante não oferecer risco para a saúde do doador.

<sup>103</sup> ROCHA, Maria Isabel de Matos. Transplante de órgãos entre vivos: as mazelas da nova lei. **Revista dos Tribunais**, 1997, v. 742, p. 74.

do potencial doador terá que requerer a anuência diretamente ao juiz para que a operação seja realizada.<sup>104</sup>

Insta salientar que o supracitado dispositivo proibiu o uso dos meios de comunicação para a realização de apelos para doação de órgãos ou de publicidade de estabelecimentos que efetuam os transplantes, sendo estabelecidas sanções caso alguém contrarie, segundo seu art. 53.<sup>105 106</sup>

Ademais, dispôs que o autotransplante, transplante feito com as células do próprio receptor, regulamentado pelo art. 30 do dispositivo em comento<sup>107</sup>, é permitido, inclusive em incapazes, desde que haja a autorização de pais ou representantes legais.<sup>108</sup>

Esse sistema de transplantes de órgãos *inter vivos* apresenta diversas restrições impostas pela nova lei de transplantes nº 9.434/97, bem como pelo decreto nº 9.175/17 que a regulamenta, como pode ser observado pelas disposições expostas acima, objetivando a proteção do corpo do doador, em consideração ao princípio da dignidade humana.

Antes da sua revogação pelo decreto 9.175/17, o decreto nº 2.268/97, em seu art. 20<sup>109</sup>, determinava uma limitação ao prever que a disposição de tecidos, partes e órgãos do corpo vivo deveria ser antecedida da confirmação da comunicação ao Ministério Público em atuação no local do domicílio do doador, como condição para se concretizar a doação.<sup>110</sup> Entretanto, com a entrada em vigor desse novo decreto,

<sup>104</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 350.

<sup>105</sup> Art. 53. É vedada a realização e a veiculação de publicidade nas seguintes situações:

I - para obter doador ou doadores de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano, vivos ou falecidos, com vistas ao benefício de um receptor específico;

II - para divulgar estabelecimentos autorizados a realizar transplantes e enxertos; e III - para a arrecadação de fundos para o financiamento de transplante ou enxerto em benefício de particulares.

<sup>106</sup> ROCHA, Maria Isabel de Matos. *Op. Cit.*, 1997, v. 742, p. 79.

<sup>107</sup> Art. 30. O autotransplante dependerá somente da autorização do próprio receptor ou de seus representantes legais.

<sup>108</sup> ROCHA, Maria Isabel de Matos. *Op. cit.*, 1997, v. 742, p. 74.

<sup>109</sup> Art. 20. A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo vivo será precedida da comprovação de comunicação ao Ministério Público e da verificação das condições de saúde do doador para melhor avaliação de suas conseqüências e comparação após o ato cirúrgico.

Parágrafo único. O doador será prévia e obrigatoriamente informado sobre as conseqüências e riscos possíveis da retirada de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo, para doação, em documento lavrados na ocasião, lido em sua presença e acrescido de outros esclarecimentos que pedir e, assim, oferecido à sua leitura e assinatura e de duas testemunhas, presentes ao ato.

<sup>110</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2011, p. 290.

eliminou-se a atuação do Ministério Público no transplante *inter vivos*, sendo desnecessária essa comunicação prévia ao transplante.

Além dessas formalidades impostas pela lei, para as doações de rins ainda é exigida a comprovação de, no mínimo, quatro compatibilidades em relação aos antígenos leucocitários humanos (HLA), exceto nos casos em que o receptor seja cônjuge ou consanguíneo do doador, na linha reta ou colateral até o 3º grau. Isso se baseia na compreensão de que a disposição de um órgão saudável proveniente de uma pessoa também sadia não vai trazer benefícios para esta, inclusive, pode lhe deixar mais vulnerável, como no caso do transplante de rim, na medida em que o doador passará a possuir apenas um órgão após a operação e, se futuramente este vier a ser danificado, não haverá o outro para suprir a função anteriormente desempenhada.<sup>111</sup>

Deste modo, a lei proíbe que os doadores que possuam alguma deficiência na saúde ou comprometimento das atividades, comprovado através de exames prévios, possam se submeter ao transplante. Mesmo que o indivíduo queira doar nestas condições e se sujeitar aos prejuízos decorrentes desta intervenção cirúrgica, não poderá, pois a lei veta, restringe a autonomia do indivíduo neste sentido, tornando a sua manifestação de vontade nula, tencionando garantir o direito à integridade física inerente ao ser humano.<sup>112</sup>

Insta salientar que a lei de transplantes também apresenta como exigência a necessidade dos médicos, que fazem parte da equipe de transplantes, possuírem a habilitação profissional para a realização da cirurgia, bem como a ausência de registro da prática de erro médico que tenha ocasionado uma lesão de natureza grave ou o óbito do paciente.<sup>113</sup>

Ressalta-se que os critérios para a realização dos procedimentos relativos ao transplante são determinados pelo Conselho Federal de Medicina (CFM). Com relação aos documentos exigidos para a operação, como por exemplo o prontuário hospitalar e os relatórios médicos, devem ser arquivados nas instituições respectivas

---

<sup>111</sup> DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 385.

<sup>112</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2011, p.290.

<sup>113</sup> FARAH, Elias. Transplantes de órgãos e tecidos humanos. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v. 27, 2011, p.68.

pelo prazo mínimo de cinco anos, assim como, anualmente deverá ser encaminhado para o Sistema Único de Saúde (SUS) os dados dos pacientes atendidos.<sup>114</sup>

Por fim, é possível constatar que o tema transplante de órgãos ainda necessita de maior atenção e dedicação legislativa, vez que o direito precisa se adequar ao desenvolvimento da ciência médica para que possa haver um abrandamento dos tormentos sofridos pelo ser humano. Entretanto, observa-se que este tema não vem sendo uma preocupação do Poder Público nos dias de hoje, apesar da saúde pública possuir grande relevância social, ainda não é a prioridade, como deveria ser.<sup>115</sup>

---

<sup>114</sup> FARAH, Elias. Transplantes de órgãos e tecidos humanos. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v. 27, 2011, p. 62.

<sup>115</sup> *Ibidem*, p. 60.

### 3 A AUTONOMIA DO SUJEITO DOADOR FACE À TRANSPLANTAÇÃO DE ÓRGÃOS

Derivada do grego *autos* (“próprio”) e *nomos* (“governo”), a palavra autonomia designa o direito de liberdade, privacidade e escolha dos indivíduos, ou seja, possibilita que o ser autônomo se autogoverne livre de interferências externas.<sup>116</sup>

Nas ciências jurídicas, o princípio da autonomia privada é princípio fundamental para o Direito Civil. Este deriva da ideia de liberdade e proporciona ao sujeito que a detém a capacidade para agir dentro do sistema econômico vigente, visto que, considerando a existência de um sistema capitalista, caso haja uma limitação da autonomia privada do sujeito, ele encontrará obstáculos para se realizar de maneira plena. Dessa forma, o exercício da autonomia privada representa o próprio exercício da dignidade humana.<sup>117</sup>

O conceito da autonomia se estende à bioética, se materializando através do consentimento informado e representa um dos quatro pilares da teoria bioética principialista de Beauchamp e Childress. Nesta área, ela consiste no direito de participação ativa do paciente no processo decisório sobre seu tratamento, protegendo-o da tendência paternalista da medicina.<sup>118</sup>

No que tange à transplantação de órgãos, o princípio da autonomia enfrenta algumas limitações práticas, dentre as quais destaca-se a própria legislação vigente. Esta impõe restrições à autonomia dos indivíduos ao determinar a necessidade do consentimento familiar para a doação *post mortem*, além de outros impedimentos na doação *inter vivos*.

---

<sup>116</sup> BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. Tradução de Luciana Pudenzi. 4 ed. São Paulo: Editora Edições Loyola, 2002, p. 137-138.

<sup>117</sup> REQUIÃO, Maurício. Autonomia privada como elemento de concreção da dignidade da pessoa humana: considerações preliminares. *In*: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo a autonomia**. Salvador: Editora Juspodivm, 2014, p. 23.

<sup>118</sup> FABBRO, Leonardo. Limitações jurídicas a autonomia do paciente. **Revista Bioética**, v. 7, n. 1, 1999, p. 1.

### 3.1 NOTAS ELEMENTARES SOBRE AUTONOMIA

A autonomia representa o direito ao exercício da liberdade pessoal do indivíduo, sendo este exercício livre de interferências alheias que não possuam alguma base fundante, tendo como objetivo a efetivação da própria personalidade.<sup>119</sup>

O corpo do ser humano simboliza o suporte físico da própria personalidade do indivíduo, na medida em que é algo intrínseco a esta, não podendo ser dissociado. Já a autonomia privada, que tem como escopo a efetivação das liberdades individuais, possibilita que os indivíduos definam para si um estatuto próprio que lhe dará reconhecimento como seres ímpares.<sup>120</sup>

A autonomia privada pode ser um elemento para efetivação da dignidade humana, mas isso não quer dizer que somente aqueles que possuem autonomia privada, ou seja, os capazes, possuem dignidade, já que os incapazes também são detentores desta.<sup>121</sup>

De acordo com a teoria principialista de Beauchamp e Childress, a bioética possui quatro princípios fundamentais: a beneficência, a não-maleficência, a justiça e a autonomia. O princípio da beneficência diz respeito à intenção de proporcionar o bem-estar do paciente, já o princípio da não-maleficência assegura que os profissionais de saúde avaliem os riscos inerentes aos procedimentos aplicados, evitando a ocorrência de algum prejuízo para o paciente. O princípio da justiça dispõe que o profissional em comento atue de forma a não favorecer um paciente em detrimento do outro sem que haja uma justificativa técnica plausível. Por sua vez, o princípio da autonomia, objeto deste trabalho, trata do respeito à liberdade de escolha de cada indivíduo sobre sua própria vida.<sup>122</sup>

---

<sup>119</sup> GODINHO, Adriano Marteleto. Autonomia privada no âmbito das relações médico-paciente e a “capacidade para consentir”: uma necessária ruptura com o regramento civil da (in)capacidade jurídica. *In*: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo a autonomia**. Salvador: Editora Juspodivm, 2014, p. 32.

<sup>120</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>121</sup> REQUIÃO, Maurício. Autonomia privada como elemento de concreção da dignidade da pessoa humana: considerações preliminares. *In*: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo a autonomia**. Salvador: Editora Juspodivm, 2014, p. 20.

<sup>122</sup> GARRAFA, Volnei; MARTORELL, Leandro Brambilla; NASCIMENTO, Wanderson Flor do. Críticas ao principialismo em bioética: perspectivas desde o norte e desde o sul. **Revista Saúde e Sociedade**, v. 25, n. 2, 2016, p. 444.

Para que essa capacidade de escolha seja plenamente exercida são necessárias duas condições, quais sejam: a liberdade e a qualidade. A liberdade seria a ausência de interferência externa no processo de escolha, enquanto a qualidade seria a prestação de informação adequada acerca da decisão a ser tomada, sendo que estas informações devem ser apresentadas no Termo de Consentimento Informado.<sup>123</sup>

A garantia da autonomia está intimamente relacionada com a capacidade dos indivíduos em tomar decisões adequadas. A autonomia proporciona a capacidade decisória ao indivíduo, e, por vezes, quando esta se encontra limitada, se faz necessária uma avaliação mais aprofundada sobre a validade da decisão autônoma, que pode vir a ser suplantada por um representante.<sup>124</sup> Quanto à similaridade dos conceitos de autonomia e capacidade, Beauchamp coloca que:

Há duas hipóteses plausíveis: ou uma pessoa autônoma é (necessariamente) uma pessoa capaz (de tomar decisões), ou os julgamentos acerca da capacidade de uma pessoa para autorizar ou recusar uma intervenção devem ser baseados numa avaliação da autonomia dessa pessoa.<sup>125</sup>

Apesar de similares, os conceitos de autonomia e capacidade apresentam uma importante diferença referente à sua graduação. A autonomia é um conceito contínuo, não havendo uma linha clara que delimite diferentes “graus de autonomia”. O mesmo não é verdade para a capacidade, pois, diante de cada escolha, a capacidade do indivíduo possui uma escala binária: ele pode ser capaz ou incapaz de decidir.<sup>126</sup> Mesmo os relativamente incapazes possuem plena capacidade em algumas situações e incapacidade diante de outras.

A classificação de capacidade ou incapacidade é estabelecida por um limiar, isto é, um patamar mínimo de autonomia que diferencie os indivíduos quanto o seu poder de decidir. A determinação desse limiar é controversa, podendo se modificar em função dos riscos ou da complexidade do caso concreto. Alguns autores, como Buchanan e Brock, defendem que os riscos inerentes à decisão determinam a fronteira entre a capacidade e a incapacidade, sugerindo que um procedimento mais

---

<sup>123</sup> ALBUQUERQUE, Raylla; GARRAFA, Volnei. Autonomia e indivíduos sem a capacidade para consentir: o caso dos menores de idade. **Revista Bioética**, v. 24, n. 3, 2016, p. 453.

<sup>124</sup> BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. Tradução de Luciana Pudenzi. 4 ed. São Paulo: Editora Edições Loyola, 2002, p. 151.

<sup>125</sup> *Ibidem*, p. 154.

<sup>126</sup> *Ibidem*, p. 155.



arriscado, como um transplante de coração, deveria passar por um crivo mais apurado. Já Beauchamp assevera que a complexidade seja o fator determinante desta divisa, devendo o risco influenciar apenas no nível de evidência da aferição de capacidade.<sup>127</sup>

A capacidade jurídica não está necessariamente vinculada à capacidade de tomar decisões médicas. A primeira é tradicionalmente voltada para os interesses da sociedade e proteção da propriedade, enquanto que a segunda já se dirige ao indivíduo. Apesar desta diferença, a determinação destas capacidades é similar, se baseando na mensuração da habilidade cognitiva do indivíduo em compreender e interpretar informações, além de ponderar as consequências de suas escolhas.<sup>128</sup>

### 3.2 LIMITAÇÕES DA AUTONOMIA

A autonomia privada e seus limites é uma questão de grande debate nos dias atuais, vez que a cada dia se torna mais difícil se estabelecer contornos, seja no âmbito ético ou jurídico, para o referido tema, além do necessário convívio com a insuficiência de normas legais, dura realidade do ordenamento brasileiro, para estabelecer a regulamentação devida.<sup>129</sup>

As limitações realizadas na autonomia do sujeito visam a concreção da dignidade humana, se realizadas da forma devida, para isso devem ser específicas e restritas, de acordo com a análise do caso concreto. Já as limitações inapropriadas acabam por interferir no próprio exercício da dignidade.<sup>130</sup>

Albuquerque e Garrafa classificam o paternalismo como um obstáculo à autonomia. Ele é dividido em paternalismo individual, quando praticado diretamente por profissionais de saúde, e paternalismo do Estado. O primeiro é definido pela coerção

---

<sup>127</sup> BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. Tradução de Luciana Pudenzi. 4 ed. São Paulo: Editora Edições Loyola, 2002, p. 160-161.

<sup>128</sup> *Ibidem*, p. 155.

<sup>129</sup> GODINHO, Adriano Marteleto. Autonomia privada no âmbito das relações médico-paciente e a “capacidade para consentir”: uma necessária ruptura com o regramento civil da (in)capacidade jurídica. *In*: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo a autonomia**. Salvador: Editora Juspodivm, 2014, p. 31.

<sup>130</sup> REQUIÃO, Maurício. Autonomia privada como elemento de concreção da dignidade da pessoa humana: considerações preliminares. *In*: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo a autonomia**. Salvador: Editora Juspodivm, 2014, p. 21.

do indivíduo por parte do médico, que, na intenção de beneficiar seu paciente, acaba impondo o tratamento que julga mais correto, sobrepondo sua autonomia. Já o paternalismo do Estado manifesta-se através de políticas públicas, que limitam a autonomia individual em prol da saúde coletiva, a exemplo da obrigatoriedade da utilização do cinto de segurança e da quarentena forçada para algumas doenças infectocontagiosas.<sup>131</sup>

No momento em que o ordenamento jurídico confere autonomia privada aos indivíduos, visando a regulação dos seus interesses, esta tem que ser exercida de forma limitada. Tendo em vista essa perspectiva, não existe a possibilidade de que os elementos de existência e validade dos negócios jurídicos sejam afastados em decorrência do exercício da autonomia do indivíduo, bem como as sanções previstas, caso haja o descumprimento do quanto previsto na lei.<sup>132</sup>

Com relação ao transplante de órgãos, através da lei nº 9.434/97, que regulamenta o instituto, o Estado restringe a autonomia do indivíduo, como é possível observar em diversos dos seus artigos, interferindo na esfera individual daqueles que são tutelados pela própria Constituição Federal, sendo esta limitação, inclusive, considerada, em alguns pontos, como inconstitucional pela autora Roxana Borges.<sup>133</sup>

A teoria das incapacidades é outro exemplo dessa limitação realizada pelo ordenamento jurídico. Através dessa teoria o legislador estabelece que aquele que não possui o discernimento necessário para a prática de atos civis terá sua autonomia limitada. No caso dos absolutamente incapazes, ou seja, os menores de 16 anos, a limitação da autonomia se dá de forma mais intensa, uma vez que não possui nenhum discernimento para a prática dos mencionados atos, inclusive, os atos praticados por ele serão considerados nulos, sendo, dessa forma, dependente de um representante para atribuição de validade.<sup>134</sup>

---

<sup>131</sup> ALBUQUERQUE, Raylla; GARRAFA, Volnei. Autonomia e indivíduos sem a capacidade para consentir: o caso dos menores de idade. **Revista Bioética**, v. 24, n. 3, 2016, p. 454.

<sup>132</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 58.

<sup>133</sup> *Ibidem*, p. 135.

<sup>134</sup> REQUIÃO, Maurício. Autonomia privada como elemento de concreção da dignidade da pessoa humana: considerações preliminares. In: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo a autonomia**. Salvador: Editora Juspodivm, 2014, p. 24.

Quanto aos relativamente incapazes, a exemplo dos indivíduos que possuem idade entre 16 e 18 anos, a limitação da autonomia é menos intensa. Os relativamente incapazes necessitam de um assistente para que a sua vontade seja exteriorizada de forma válida, já que, apesar de possuírem autorização para a prática de atos civis, o assistente se faz necessário para suprir a sua incapacidade relativa, sendo considerado anuláveis os atos que vier a praticar sem a devida assistência.<sup>135</sup>

De acordo com o princípio da menor restrição possível aos direitos fundamentais, no caso dos menores de idade, a incapacidade é a regra, sendo possível a capacidade, excepcionalmente, no caso de emancipação, contudo, para os maiores de idade, a regra seria a capacidade, sendo possível a limitação da sua autonomia, tornando-o incapaz, excepcionalmente.<sup>136</sup>

O incapaz tem sua autonomia privada limitada, enquanto dure a incapacidade, visando salvaguardar a sua segurança jurídica, como também da sociedade, ou seja, de certo modo, busca promover a sua dignidade. Entretanto, a lei não disponibiliza a possibilidade de uma análise individual e de acordo com o caso concreto, a qual seria mais justa, uma vez que se trata de uma limitação severa a autonomia do indivíduo.<sup>137</sup>

A limitação da autonomia do incapaz proporciona segurança jurídica para ele, tornando nulos os atos praticados durante a incapacidade, dessa forma, também protegendo aqueles que contratam com o incapaz, uma vez que estes saberão quais serão as consequências estabelecidas pelo ordenamento caso venha a contratar com aquele sujeito.<sup>138</sup>

No momento em que são impostas limitações a autonomia do indivíduo, estas se tornam uma barreira à própria realização existencial do sujeito, impedindo a efetivação da própria dignidade humana, já que ao transferir a capacidade de tomar decisões, até mesmo das escolhas mais íntimas, para mão de outra pessoa, esta

---

<sup>135</sup> REQUIÃO, Maurício. Autonomia privada como elemento de concreção da dignidade da pessoa humana: considerações preliminares. In: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo a autonomia**. Salvador: Editora Juspodivm, 2014, p. 24.

<sup>136</sup> *Ibidem, loc.cit.*

<sup>137</sup> *Ibidem, p. 25.*

<sup>138</sup> *Ibidem, p. 26.*

pode agir de modo contrário aos seus interesses, frustrando o exercício dos seus direitos da personalidade.<sup>139</sup>

Ademais, Roxana Borges ainda considera outros fatores limitantes da autonomia, como a moral e os bons costumes. A moral seria caracterizada como um limite, na medida em que aqueles negócios jurídicos que sejam considerados como imorais podem ser definidos como ilícitos. Dessa forma, a supracitada autora defende que um negócio jurídico, mesmo que não afronte o próprio ordenamento, poderá ser julgado como um negócio ilícito por imoralidade. Com relação aos bons costumes, muitos autores consideram este conceito integrante da própria definição de moral, posto que declaram que o negócio ilícito por imoralidade é aquele contrário aos bons costumes. Contudo, ao se colocar a tutela da personalidade a cargo da moral e dos bons costumes abre-se margem para discricionariedades, como já aconteceu na história da humanidade, visto que a vontade popular foi utilizada como justificativa para a prática de atrocidades.<sup>140</sup>

### 3.3 O CONSENTIMENTO PARA REALIZAÇÃO DE TRANSPLANTES

O consentimento representa uma extensão da autonomia na prática biomédica. É necessário que o indivíduo esteja plenamente esclarecido para que possa tomar uma decisão autônoma, sendo esse o principal papel do consentimento informado.<sup>141</sup>

Para realização do transplante, o consentimento deve ser feito de forma expressa e de preferência por escrito, conforme dispõe a lei de transplantes. Além disso, deve haver a identificação do doador, do receptor, dos médicos, bem como dos órgãos que serão transplantados, bastando apenas o consentimento do paciente, se for

---

<sup>139</sup> REQUIÃO, Maurício. Autonomia privada como elemento de concreção da dignidade da pessoa humana: considerações preliminares. *In*: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo a autonomia**. Salvador: Editora Juspodivm, 2014, p. 27.

<sup>140</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 62-65.

<sup>141</sup> ALBUQUERQUE, Raylla; GARRAFA, Volnei. Autonomia e indivíduos sem a capacidade para consentir: o caso dos menores de idade. **Revista Bioética**, v. 24, n. 3, 2016, p. 454.

capaz, caso contrário, será necessária a anuência dos pais ou responsáveis legais.<sup>142</sup>

No caso de transplantes *post mortem* é essencial o consentimento expresso dos familiares, vez que não vigora mais a doação presumida. Quanto à ordem do parentesco para consulta, no caso de ausência de manifestação em vida, não há disposição na lei de transplantes, bem como nas leis subsidiárias sobre o assunto.<sup>143</sup>

Entende-se que, no caso de o falecido ser casado, no transplante *post mortem*, seguindo o bom senso, a esposa deverá ser consultada, todavia, se esta for ausente, o consentimento ficará a cargo dos descendentes. Já no caso de indivíduos ausentes ou incapazes, seus pais serão consultados em caso de óbito. Na hipótese de não existirem parentes do *de cuius*, não poderá haver o suprimento judicial do consentimento, vez que se trata de um direito personalíssimo.<sup>144</sup>

Além da exigência do consentimento do doador, também se exige o do receptor, inclusive, o seu silêncio pode equivaler a sua manifestação de vontade, em virtude do caráter emergencial e imprevisível de certos atos médicos, dessa forma, a manifestação de vontade do receptor pode ser expressa ou tácita.<sup>145</sup>

Diante disso, o Código Penal estabelece, em seu art. 129<sup>146</sup>, que a retirada de órgãos sem a devida autorização incorre no crime de lesão corporal ou homicídio, caso sobrevenha a morte do doador.<sup>147</sup>

Além das sanções de natureza penal, também são impostas sanções de natureza civil para reparação dos danos causados, sejam eles materiais ou morais, podendo estes serem direcionados às possíveis vítimas ou aos seus parentes. Sendo assim, os profissionais de saúde responsáveis pelo transplante deverão fazer a verificação do cumprimento das exigências legais e procedimentais.<sup>148</sup>

Existe a possibilidade de o consentimento ser revogado a qualquer momento, desde que essa revogação seja feita antes da operação médica. Não há uma forma

---

<sup>142</sup> FARAH, Elias. Transplantes de órgãos e tecidos humanos. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v. 27, 2011, p. 66.

<sup>143</sup> *Ibidem*, p. 67.

<sup>144</sup> *Ibidem*, *loc.cit.*

<sup>145</sup> *Ibidem*, p. 68.

<sup>146</sup> Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

<sup>147</sup> FARAH, Elias. *Op. Cit.*, v. 27, 2011, p. 68.

<sup>148</sup> *Ibidem*, *loc. cit*

específica para o ato revogatório do consentimento, devendo ser, apenas, definido, expresso e explícito.<sup>149</sup>

Há uma teoria de que a revogação não geraria ônus para o desistente, porém, ela não é pacífica. A operação de transplante é um ato complexo, que demanda toda uma preparação, além da grande quantidade de profissionais envolvidos, sendo assim, é razoável que haja o ressarcimento dos eventuais prejuízos decorrentes da desistência sem fundamento do doador ou dos familiares.<sup>150</sup>

Importante salientar que a lei 11.633/2007 eliminou a possibilidade de ressarcimento caso o transplante não obtenha êxito, se isso decorrer de alteração do estado do órgão, seja por acidente ou incidente no seu transporte.<sup>151</sup>

### 3.3.1 Consentimento informado

Nas relações travadas entre médicos e pacientes há a necessidade do consentimento informado, independentemente da relevância do procedimento aplicado, para que a manifestação de vontade deste último possa ser considerada como livre e esclarecida. A partir desse consentimento informado, ou seja, da devida prestação de informações acerca dos riscos inerentes aos procedimentos que serão realizados, o paciente possuirá autonomia para optar por determinado tratamento ou não.<sup>152</sup>

A validade do consentimento informado é aferida pela presença de cinco requisitos, de acordo com Sorin Hostiuc<sup>153</sup>:

- 1) o paciente deve ser informado;
  - 2) entender a informação;
  - 3) agir por vontade própria (de forma autônoma) ao concordar em assinar o consentimento informado;
  - 4) ter competência legal para concordar;
  - 5) autorizar o procedimento.
- Desses cinco requisitos, três dependem

---

<sup>149</sup> FARAH, Elias. Transplantes de órgãos e tecidos humanos. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v. 27, 2011, p. 66.

<sup>150</sup> *Ibidem*, loc.cit.

<sup>151</sup> *Ibidem*, loc.cit.

<sup>152</sup> GODINHO, Adriano Marteleto. Autonomia privada no âmbito das relações médico-paciente e a “capacidade para consentir”: uma necessária ruptura com o regramento civil da (in)capacidade jurídica. In: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo a autonomia**. Salvador: Editora Juspodivm, 2014, p. 35.

<sup>153</sup> HOSTIUC, Sorin. Consentimento informado e competência em pediatria: opiniões de uma amostra de médicos romenos em treinamento. **Jornal de Pediatria**, v. 88, 2012, nº 6, p. 519.

principalmente do paciente (2, 3 e 5), um depende principalmente do médico (1), e um é um requisito legal (4).

O consentimento informado pode ser subdividido em consentimento informado como autorização autônoma e consentimento informado como autorização efetiva, segundo Faden e Beauchamp. O paciente que não possui o supracitado requisito 4, mas possui todos os demais, no âmbito da pediatria, seria capaz de proferir uma autorização autônoma, buscando assegurar a autonomia do paciente, ou seja, o direito que este possui de deliberar quanto à sua condição médica. Contudo, isso não é validado perante os tribunais, uma vez que estes consideram que deve haver a assinatura do termo de consentimento informado por uma pessoa que possui competência legal para tal ato.<sup>154</sup>

No ordenamento jurídico brasileiro não há referência expressa ao termo “consentimento informado”, contudo existem precedentes legislativos que confirmam a existência e o significado desse termo. O art. 15 do Código Civil certifica isto na medida em que determina que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.”<sup>155</sup> O Código de Defesa do Consumidor requisita que sejam prestados os esclarecimentos devidos ao consumidor, instituindo ao fornecedor de serviços a responsabilidade caso as informações apresentadas sejam insuficientes. Além disso, o Estatuto do Idoso confere, as pessoas maiores de sessenta anos, a faculdade de optar pelo tratamento que julgar mais favorável.<sup>156</sup>

Pelo fato de não haver, no ordenamento jurídico brasileiro, um conceito definido acerca do consentimento informado, fica a cargo da hermenêutica a identificação do significado desse termo.<sup>157</sup>

Ao analisar a lei nº 3/2001, promulgada na Comunidade Autônoma da Galícia, na Espanha, é possível a compreensão do termo “consentimento informado”, o qual seria, em tradução livre, conforme Adriano Marteleto Godinho:

<sup>154</sup> HOSTIUC, Sorin. Consentimento informado e competência em pediatria: opiniões de uma amostra de médicos romenos em treinamento. **Jornal de Pediatria**, v. 88, nº 6, 2012, p. 519.

<sup>155</sup> BRASIL. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 09 out. 2017.

<sup>156</sup> GODINHO, Adriano Marteleto. Autonomia privada no âmbito das relações médico-paciente e a “capacidade para consentir”: uma necessária ruptura com o regramento civil da (in)capacidade jurídica. In: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo a autonomia**. Salvador: Editora Juspodivm, 2014, p. 35.

<sup>157</sup> *Ibidem*, loc. cit.

[...] a conformidade expressa do paciente, manifestada por escrito, mediante a obtenção da informação adequada, para a realização de um procedimento diagnóstico ou terapêutico que afete a sua pessoa e que comporte riscos importantes, notórios ou consideráveis.<sup>158</sup>

Assim como diversos institutos jurídicos, o consentimento informado também decorre da boa-fé, uma vez que há uma obrigação de transmissão de informações com transparência e lealdade na relação médico-paciente, ou seja, um dever de informar, não apenas baseado no fato de existir uma relação de natureza contratual. Essa obrigação assumida pelo médico, antes de tudo, busca preservar o direito a integridade física e moral do paciente, sendo preexistente ao surgimento do próprio negócio jurídico, visto que mesmo antes deste já se mostra necessário a não intervenção sobre o corpo do paciente sem o consentimento devido.<sup>159</sup>

Considerando que na relação estabelecida entre o médico e o paciente, este representa a parte mais frágil, uma vez que não detém o mesmo conhecimento que profissionais da área, inclusive dos aspectos técnicos da medicina, as informações devem ser transmitidas de forma clara e acessível para que possa realizar a assinatura do Termo de Consentimento Informado. Ao assinar esse Termo, o paciente está proferindo sua autorização para a prática dos futuros atos médicos, assumindo todos os riscos inerentes aos procedimentos nele indicados.<sup>160</sup>

Para que o consentimento seja considerado como válido é necessário que o paciente possua capacidade jurídica, bem como que todas as informações necessárias ao procedimento tenham lhe sido prestadas. Além disso, a manifestação de vontade do paciente deve ter sido realizada de forma livre, sem a presença de eventuais vícios que possam vir a lhe deturpar.<sup>161</sup>

### 3.3.2 O consentimento dos incapazes

O conceito de capacidade jurídica é determinado pelo Código Civil, sendo este considerado como um dos principais requisitos para atribuição de personalidade

---

<sup>158</sup> GODINHO, Adriano Marteleto. Autonomia privada no âmbito das relações médico-paciente e a “capacidade para consentir”: uma necessária ruptura com o regramento civil da (in)capacidade jurídica. In: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo a autonomia**. Salvador: Editora Juspodivm, 2014, p. 36.

<sup>159</sup> *Ibidem, loc.cit.*

<sup>160</sup> *Ibidem, loc.cit.*

<sup>161</sup> *Ibidem, loc.cit.*



jurídica.<sup>162</sup> Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, representa “a aptidão para adquirir direitos e assumir deveres pessoalmente”.<sup>163</sup>

A capacidade de direito, subdivisão da capacidade jurídica, é aquela inerente ao detentor da personalidade, permitindo a este a possibilidade de ser titular de relações jurídicas, seja ele pessoa jurídica ou natural. Já a capacidade de fato ou também chamada de capacidade de exercício, outra subdivisão da capacidade jurídica, representa a capacidade de exercer, pessoalmente, os atos da vida civil, podendo sofrer limitações em decorrência da idade ou do estado de saúde, conforme a teoria das incapacidades.<sup>164</sup>

Vale ressaltar que são categorias distintas, sendo que a capacidade de fato pressupõe a capacidade de direito, mas o inverso não ocorre. Aquele que possuir tanto a capacidade de direito, quanto a de fato, terá capacidade jurídica plena, podendo, dessa forma, praticar os atos da vida civil sem o auxílio de outra pessoa.<sup>165</sup>

A nova lei nº 13.146/2015 instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência e trouxe novas diretrizes visando à proteção da dignidade da pessoa com deficiência. De acordo com a lei em comento, que revogou os incisos do art. 3º do Código Civil, somente serão considerados como absolutamente incapazes para exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 anos. Sendo assim, todas as pessoas com deficiência, a partir desse novo diploma legislativo, passam a ter plena capacidade, objetivando uma maior inclusão social, ampliando a ideia de capacidade civil, diferentemente do que ocorria no dispositivo anterior.<sup>166</sup>

Ainda de acordo com a supracitada lei, as pessoas com discernimento reduzido não são mais consideradas como relativamente incapazes. Os relativamente incapazes serão aqueles classificados como ébrios habituais ou viciados em tóxicos, sendo necessário, nesses casos, um processo de interdição para o reconhecimento da incapacidade, bem como os maiores de 16 anos e menores de 18 anos. Além disso, também possuirão capacidade relativa os pródigos e aqueles que por causa

---

<sup>162</sup> FARAH, Elias. Transplantes de órgãos e tecidos humanos. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v. 27, 2011, p. 65.

<sup>163</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte geral e LINDB**. 13. ed. São Paulo: Editora Atlas, v. I, 2015, p.271.

<sup>164</sup> *Ibidem*, p.273.

<sup>165</sup> *Ibidem*, p.271.

<sup>166</sup> DINIZ, Maria Helena. A nova teoria das incapacidades. **Revista Thesis Juris - RTJ**, v. 5, n. 2, 2016. p. 266.

transitória ou permanente não puderem exprimir a sua vontade. Vale ressaltar que os relativamente incapazes devem ser assistidos e os absolutamente incapazes, representados.<sup>167</sup>

Existem vários questionamentos acerca da legitimidade para manifestação de consentimento quando estão envolvidos indivíduos classificados como incapazes, vez que, por necessitarem de representação legal, a vontade do incapaz acaba se tornando irrelevante, já que, segundo a lei, não possui discernimento para tomar suas próprias decisões. Um desses questionamentos, no âmbito ético e jurídico, se trata da possibilidade dos representantes legais dos incapazes não consentirem quanto a realização de algum procedimento que seja de extrema valia para a preservação da vida destes, bem como quanto à possibilidade do incapaz manifestar sua vontade em um sentido diferente daquele manifestado pelos seus pais.<sup>168</sup>

Existem entendimentos doutrinários no sentido de que somente seria possível a dispensa da vontade manifestada pelo incapaz quando este não possuir capacidade para compreender a gravidade e a extensão dos seus atos, dessa forma, cabendo ao representante legal proferir a autorização para a prática do ato. A doutrina busca demonstrar que é possível, em situações excepcionais, se conferir aos incapazes a capacidade para consentir, inclusive, sendo esta tese amparada por dispositivos legais internacionais, como a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança<sup>169</sup>, que dispõe em seu art. 12, nº 1:

Os Estados Partes garantem à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade.<sup>170</sup>

Além desse dispositivo legal, existem artigos no próprio Código Civil que preveem essa possibilidade de levar em consideração a vontade de incapazes, como o art. 228, inciso I que admite como testemunhas os menores a partir dos 16 anos e o art.

---

<sup>167</sup> DINIZ, Maria Helena. A nova teoria das incapacidades. *Revista Thesis Juris - RTJ*, v. 5, n. 2, 2016. p. 266.

<sup>168</sup> GODINHO, Adriano Marteleto. Autonomia privada no âmbito das relações médico-paciente e a “capacidade para consentir”: uma necessária ruptura com o regramento civil da (in)capacidade jurídica. *In: REQUIÃO, Maurício (Coord.). Discutindo a autonomia*. Salvador: Editora Juspodivm, 2014, p. 39.

<sup>169</sup> UNICEF PORTUGAL. **A convenção sobre os direitos da criança**. Disponível em: <[https://www.unicef.pt/docs/pdf\\_publicacoes/convencao\\_direitos\\_crianca2004.pdf](https://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf)>. Acesso em: 16 out. 2017

<sup>170</sup> GODINHO, Adriano Marteleto. *Op. Cit.*, 2014, p. 41.

1.740, inciso III, o qual estabelece que, no exercício da tutela, o tutor deverá considerar a opinião do menor, caso este já possua mais que doze anos de idade.<sup>171</sup>

Diante disso, se compreende que, nessa situação, embora os atos sejam praticados por indivíduos incapazes, produzirá os efeitos regulares, considerando que este menor já possua discernimento para compreender as consequências de seus atos, ou seja, disponha de capacidade para tomar uma decisão racional, apesar da sua incapacidade.<sup>172</sup>

Essas são situações em que há, na verdade, um menor amadurecido, ou seja, aquele que, apesar de ser incapaz para a prática de atos da vida civil, possui discernimento suficiente para decidir sobre seus direitos da personalidade. Vale ressaltar que essa aferição de discernimento é casuística, ou seja, para definir o discernimento de determinado indivíduo deve-se analisar o seu caso individualmente, ponderando-se a natureza do tratamento médico que ele se submeterá, bem como o nível de discernimento do incapaz.<sup>173</sup>

Nessas situações em que o incapaz possui discernimento para decidir acerca dos seus direitos da personalidade, caso não haja concordância entre a manifestação de vontade do incapaz e de seus representantes legais, terá prioridade a do incapaz. Entretanto, se o incapaz não possuir o discernimento necessário para a tomada de tal decisão e seus representantes legais manifestarem o consentimento no sentido contrário aos seus presumíveis interesses, ou seja, não resguardando da forma devida os direitos da personalidade do representado, haverá a possibilidade do consentimento dos representantes ser encaminhado, previamente, para o Ministério Público, o qual poderá refutá-lo, visto que cabe ao *Parquet* intervir nas causas em que há interesse de incapaz, além de representar um filtro para que haja maior cautela quanto a tutela de direitos da personalidade de indivíduos incapazes.<sup>174</sup>

O consentimento dos representantes legais é de extrema valia e não pode ser descartado sem qualquer justificativa. É fundamental que se busque compatibilizar os interesses dos menores e o poder familiar, desde que a conciliação com este

---

<sup>171</sup> GODINHO, Adriano Marteleto. Autonomia privada no âmbito das relações médico-paciente e a “capacidade para consentir”: uma necessária ruptura com o regramento civil da (in)capacidade jurídica. In: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo a autonomia**. Salvador: Editora Juspodivm, 2014, p. 41.

<sup>172</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>173</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>174</sup> *Ibidem*, p. 44.

último não venha a afetar os direitos da personalidade daqueles. Há situações que envolvem grande risco de vida de incapazes, caso não haja a realização de dado procedimento médico, em virtude de uma não autorização dos representantes legais, contudo, mesmo diante deste cenário, a manifestação de vontade dos representantes legais deve ser colhida e considerada, apesar de haver a possibilidade de ser suprimida posteriormente.<sup>175</sup>

Além da capacidade para consentir, aquele incapaz, que é considerado como um menor amadurecido, também possui a capacidade para dissentir, uma vez que o critério adotado para definir a maturidade do incapaz é o discernimento, nada mais justo que ele também tenha a possibilidade de recusar algum procedimento que lhe seja imposto, já que ele é o titular dos bens jurídicos que estão em questão, baseando-se na ideia de liberdade de consciência.<sup>176</sup>

Outra situação que envolve indivíduos incapazes é o transplante de órgãos realizados em fetos anencéfalos, que deverá ser precedido da autorização de seus pais. Esse transplante será efetuado após a expulsão do feto do útero materno, desde que haja o diagnóstico confirmado de anencefalia através da ultrassonografia e dosagem de alfa-beto proteína, bem como após a constatação da morte do feto, que ocorrerá quando houver a apuração da ausência de atividade motora supraespinal e apneia.<sup>177</sup>

É possível o aborto de fetos anencéfalos, entretanto, do ponto de vista da viabilidade dos órgãos, seria mais interessante prolongar a gestação o máximo possível para permitir o desenvolvimento dos órgãos do feto e, sendo assim, proporcionar que as vidas de outras crianças sejam salvas.<sup>178</sup>

Ressalta-se que o prolongamento da vida desses fetos representaria uma distanásia, uma vez que seria um prolongamento desnecessário para beneficiar outrem, dessa forma, atentando contra o princípio bioético da caridade e a ética.<sup>179</sup>

---

<sup>175</sup> GODINHO, Adriano Marteleto. Autonomia privada no âmbito das relações médico-paciente e a “capacidade para consentir”: uma necessária ruptura com o regramento civil da (in)capacidade jurídica. *In*: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo a autonomia**. Salvador: Editora Juspodivm, 2014, p. 45.

<sup>176</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>177</sup> FARAH, Elias. Transplantes de órgãos e tecidos humanos. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v. 27, 2011, p. 74.

<sup>178</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>179</sup> *Ibidem*, loc. cit.

Estudos indicam que um fator limitante para a doação de órgãos de anencéfalos seria a ocorrência de dano tecidual significativo anterior ao momento de constatação da morte, inviabilizando a transplantação desses órgãos.<sup>180</sup> Isso demonstra que o prolongamento da vida desses fetos, além de afrontar princípios bioéticos, também pode vir a ser inútil.

### 3.4 O DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA, À DIGNIDADE HUMANA E SUAS IMPLICAÇÕES NA PRÁTICA DO TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS

A forma com que o poder público interfere na vida particular tem sido objeto de grandes debates atuais. O Código Civil de 2002 disciplina o transplante de órgãos em seus arts. 13 a 15<sup>181</sup>, sendo isso considerado como uma inovação deste Código, vez que no anterior não havia regulamentação alguma dessa matéria. Essas disposições estão contidas no Capítulo II do dispositivo em comento, o qual aborda sobre os direitos da personalidade.<sup>182</sup>

Com relação à dignidade humana, esta vem conquistando grande espaço no ordenamento jurídico brasileiro, sendo utilizada para a releitura de diversos setores do direito. Busca-se, através da sua aplicação, uma interpretação mais humanista e solidária das relações jurídicas atuais.<sup>183</sup>

---

<sup>180</sup> TOMITA, Tadanori; OGIWARA, Hideki. Anencephaly. **UpToDate**. 2017. Disponível em: <[http://www.uptodate.com/contents/anencephaly?source=search\\_result&search=anencefalia&selectedTitle=1~42#H13323850](http://www.uptodate.com/contents/anencephaly?source=search_result&search=anencefalia&selectedTitle=1~42#H13323850)>. Acesso em: 09 set. 2017.

<sup>181</sup>Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

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

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

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

<sup>182</sup> FARAH, Elias. Transplantes de órgãos e tecidos humanos. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v. 27, 2011, p. 60.

<sup>183</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p.7.

### 3.4.1 O transplante de órgãos e o direito a dignidade humana

Há grande dificuldade para se definir o que seria a dignidade da pessoa humana por se tratar de um conceito indeterminado, característica comum aos princípios. Vale ressaltar que não são construções normativas decorrentes de uma deficiência legislativa, visto que são postos como conceitos indeterminados de maneira proposital.<sup>184</sup>

Como assevera Maurício Requião:

Os conceitos indeterminados, como já apresentado, são palavras ou expressões em larga medida vagas que, a despeito deste grau de vagueza semântica, oferecem um núcleo conceitual a partir do qual a concreção de sentido se dará quando da aplicação e interpretação da norma diante do caso concreto.<sup>185</sup>

Diante dessa dificuldade em definir um conceito específico para a dignidade humana, se faz necessária uma análise diante do caso concreto para estabelecê-lo, uma vez que a sua concreção varia de acordo com a situação apresentada. Contudo, na realidade, existem empecilhos que obstam a efetividade desse princípio básico do ordenamento jurídico.<sup>186</sup>

O princípio da dignidade humana é utilizado, muitas vezes, de forma desenfreada, o que acarreta um esvaziamento do seu sentido normativo e a banalização de um conceito tão essencial da ordem jurídica contemporânea. Dessa forma, se faz necessário à análise de cada sujeito a partir de sua individualidade para que não haja margem para discricionariedades.

A dignidade humana seria, nas palavras de Anderson Schreiber, “o valor-síntese que reúne as esferas essenciais de desenvolvimento e realização da pessoa humana”. Não pode ser considerado como um conceito de aplicação literal, já que se adequa conforme as mudanças sofridas na cultura e na história da sociedade. Contudo,

---

<sup>184</sup> REQUIÃO, Maurício. **Normas de textura aberta e interpretação: Uma Análise no Inadimplemento das Obrigações**. Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p.41.

<sup>185</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>186</sup> REQUIÃO, Maurício. Autonomia privada como elemento de concreção da dignidade da pessoa humana: considerações preliminares. *In*: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo a autonomia**. Salvador: Editora Juspodivm, 2014, p. 16.

critica-se o caráter aberto e mutável desse conceito, uma vez que, para os juristas, não proporciona segurança jurídica e previsibilidade, devido a sua fluidez.<sup>187</sup>

Atualmente, o ordenamento jurídico reconhece a dignidade do indivíduo apenas pelo fato dele ser humano, mesmo que ainda não tenha ocorrido o nascimento, ou seja, a dignidade é inerente ao ser humano, não sendo proveniente de declarações de vontade ou contratos, tampouco da capacidade do indivíduo.<sup>188</sup>

A Bioética e o Biodireito buscam a preservação da dignidade humana. A Bioética é um ramo da ética filosófica que se preocupa com a necessidade de humanização da medicina, diante das evoluções científicas que vem sofrendo, com o objetivo maior de resguardo do indivíduo. Contudo, não possui coercitividade, na medida em que é uma ciência filosófica, ou seja, tem como escopo reflexões éticas acerca do progresso da ciência. Dessa forma, o Biodireito vem para completar a Bioética, já que é um ramo da ciência jurídica que busca positivar as reflexões apresentadas pela Bioética.<sup>189</sup>

No tocante ao transplante de órgãos, o papel dos supracitados institutos é de extrema valia, vez que, enquanto a Bioética traz reflexões éticas sobre o procedimento dos transplantes, o Biodireito produz a normatização dos seus princípios, objetivando o resguardo da dignidade do ser humano.<sup>190</sup>

### 3.4.2 O transplante de órgãos e o direito à integridade física

Os direitos da personalidade são considerados como direitos essenciais para o desenvolvimento da pessoa humana e buscam a afirmação dos valores existenciais da mesma, bem como a efetivação da dignidade humana, por isso também são

---

<sup>187</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 9.

<sup>188</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Proibição de disposição e de limitação voluntária dos direitos da personalidade no Código Civil de 2002: crítica. In: BARROSO, Lucas Abreu (Org.). **Introdução crítica ao Código Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 19.

<sup>189</sup> LIMA, Walber Cunha. Os direitos da personalidade e o transplante de órgãos humanos no Brasil. **Revista FARN**, v. 8, n. 1/2, 2009, p. 176-177.

<sup>190</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

chamados de direitos fundamentais. Além disso, representam o mínimo necessário para uma vida digna.<sup>191</sup>

São direitos subjetivos absolutos, entretanto, possuem algumas limitações em decorrência do interesse da ordem e da moral pública. São subdivididos em direito à integridade física e direito à integridade moral. Possuem como características a intransmissibilidade, imprescritibilidade, impenhorabilidade, imprescindibilidade, oponibilidade *erga omnes*, uma vez que são direitos absolutos, sendo assegurados desde o momento da concepção do ser humano.<sup>192</sup>

As principais características inerentes a esses direitos são a intransmissibilidade e a inalienabilidade, ou seja, são considerados como direitos indisponíveis. Contudo, apesar disso, em certas circunstâncias, se admite a sua disposição, dentro dos limites estabelecidos pela lei, ordem pública, na moral e nos bons costumes, já que, para que este direito entre em circulação deve-se resguardar o direito à vida e à integridade física do indivíduo. Para isso, é necessário que a disposição seja relativa e assegure a dignidade humana<sup>193</sup>, valor fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, conforme dispõe o art. 11 do Código Civil,<sup>194</sup> como é o caso das doações de órgãos, que são incentivadas pelo próprio Estado e reflete a incidência da autonomia privada sobre os direitos da personalidade do indivíduo.

A indisponibilidade relativa dos direitos da personalidade se fundamenta na necessidade da existência da liberdade para concreção da dignidade do indivíduo, bem como do livre desenvolvimento da sua personalidade para efetivação de seus direitos da personalidade, uma vez que estes representam instrumentos que visam garantir as subjetividades dos indivíduos.<sup>195</sup>

Ressalta-se que apenas é permitida a cessão do exercício, e não da titularidade, de alguns direitos da personalidade. Além disso, insta salientar que a disposição voluntária de um direito da personalidade não deve possuir caráter absoluto ou

---

<sup>191</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte geral e LINDB**. 13. ed. São Paulo: Editora Atlas, v. I, 2015, p.139.

<sup>192</sup> FARAH, Elias. Transplantes de órgãos e tecidos humanos. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v. 27, 2011, p. 95.

<sup>193</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, v. I, 2015, p.142.

<sup>194</sup> 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.

<sup>195</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Proibição de disposição e de limitação voluntária dos direitos da personalidade no Código Civil de 2002: crítica. In: BARROSO, Lucas Abreu (Org.). **Introdução crítica ao Código Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 18.



genérico, ou seja, deve ser transitório e específico, já que não é possível dispor de toda a sua personalidade. Dessa forma, de acordo com essa indisponibilidade relativa, se admite a doação de órgãos duplos ou regeneráveis.<sup>196</sup>

Para que haja a cessão do exercício de algum dos direitos da personalidade é preciso que esse ato não afronte a dignidade do indivíduo, ou seja, o mínimo existencial, mesmo que a vontade seja expressa e manifesta nesse sentido, uma vez que, nessa situação, o seu consentimento se torna irrelevante em prol do resguardo da dignidade humana.<sup>197</sup>

Ademais, os direitos da personalidade são considerados como absolutos, já que possuem eficácia *erga omnes*, ou seja, contra toda a coletividade, considerado, dessa forma, como um dever geral de abstenção.<sup>198</sup>

A característica da imprescritibilidade, inerente aos direitos da personalidade, assegura que o exercício desses direitos não prescreva com o decorrer do tempo, sendo assim, não há um prazo limite estipulado para tal. Entretanto, a pretensão que busca obter uma reparação pecuniária, ou seja, a indenização pelos danos sofridos em decorrência de uma transgressão a algum direito da personalidade, prescreverá em 3 anos.<sup>199</sup>

A extrapatrimonialidade, outra característica dos direitos da personalidade, garante que estes direitos não sejam submetidos a apreciação econômica, não pode ser outorgado um valor patrimonial, mesmo que possa haver consequências pecuniárias em virtude de uma possível lesão. Outrossim, os supramencionados direitos, também não poderão ser alvo de penhora, bem como, serão extintos com a morte do detentor do direito, já que é um direito vitalício, não cabendo a sua transmissão. Há uma ressalva quanto a intransmissibilidade, posto que cabe transmissão dos reflexos patrimoniais ocasionados pela lesão a um direito da personalidade, ou seja, da pretensão de reparação monetária devido a transgressão de um direito da

---

<sup>196</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte geral e LINDB**. 13. ed. São Paulo: Editora Atlas, v. I, 2015, p.143.

<sup>197</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>198</sup> *Ibidem*, p.144.

<sup>199</sup> *Ibidem*, loc. cit.

personalidade de uma pessoa que já faleceu, havendo a transmissão para os herdeiros, juntamente com a herança.<sup>200</sup>

Insta salientar que não há a possibilidade de se estabelecer um rol taxativo com todos os direitos da personalidade, sendo compreendido como um conceito elástico que se adapta conforme as variações de tempo e espaço. Dessa forma, existe uma cláusula geral de proteção da personalidade, segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, que tem como objetivo amplificar a tutela dos direitos da personalidade, tendo em vista as novas exigências que surgem acerca da pessoa humana<sup>201</sup>, conforme corrobora o Enunciado 274 da IV Jornada de Direito Civil.<sup>202</sup>

O Código Civil considera como direitos da personalidade o direito ao corpo, direito ao nome, direito à honra, direito à imagem e direito à privacidade, entretanto, apesar do Código em comento só ter listado esses direitos, isso não obsta que surjam novas situações que envolvam manifestações da personalidade humana e necessitem de tutela jurídica, sendo cabível dano moral caso haja violação de um direito da personalidade, seja ele previsto expressamente ou não.<sup>203</sup>

Compreende-se que as limitações voluntárias ao exercício de direitos da personalidade devem promover a realização da personalidade e da dignidade do titular desse direito para que possuam legitimidade. Deste modo, não será possível a limitação permanente desses direitos, visto que seria como uma renúncia, o que não é permitido, já que são irrenunciáveis. A limitação também não poderá possuir um alcance irrestrito e deverá ter como objetivo a satisfação de um interesse direto e imediato do titular.<sup>204</sup>

Deve-se ressaltar o aspecto positivo dos direitos da personalidade, e não apenas o negativo, como faz o Direito Penal, ao objetivar protegê-los de intervenções alheias. O aspecto positivo dos direitos da personalidade se traduz através da liberdade jurídica, que deve ser respeitada, em nome da autonomia privada, desde que não venha a interferir na esfera privada de terceiros. Isto é, os direitos da personalidade

---

<sup>200</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte geral e LINDB**. 13. ed. São Paulo: Editora Atlas, v. I, 2015, p.145.

<sup>201</sup> *Ibidem*, p.171.

<sup>202</sup> Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.

<sup>203</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 15.

<sup>204</sup> *Ibidem*, p. 27.

devem proporcionar ao sujeito a faculdade de atingir finalidades jurídicas de acordo com seus interesses, criando, dessa forma, um verdadeiro espaço de exercício da autonomia.<sup>205</sup>

Isto posto, Roxana Cardoso Brasileiro Borges dispôs que “os direitos da personalidade não são deveres da pessoa, como parte da doutrina concebe, mas liberdade de viver, de forma autônoma, os aspectos mais íntimos, mais próprios, mais personalíssimos de sua vida.”<sup>206</sup>

Ao decorrer do tempo foram criadas várias normas jurídicas buscando resguardar a integridade física e psíquica do ser humano. O Código Civil contemplou o direito a integridade física, ou seja, a proteção à incolumidade corporal do indivíduo, entretanto se limitou a deliberar apenas sobre os atos de disposição do corpo humano, definindo em quais hipóteses haverá a possibilidade de disposição do corpo, seja ela total ou parcial.<sup>207</sup> Existem críticas quanto a essa deliberação feita pelo citado Código, uma vez que este, ao tentar solucionar os embates existentes, estabeleceu critérios insuficientes e destoantes com a realidade atual.<sup>208</sup>

De acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, há a possibilidade de disposição de direitos da personalidade, desde que não provoque uma diminuição permanente da integridade física, salvo nos casos de exigência médica, em nome da autonomia privada. Sendo assim, existe um assentimento da disponibilidade relativa dos direitos da personalidade<sup>209</sup>, segundo dispõe o art. 13 do Código Civil<sup>210</sup>.

Vale ressaltar que, muito embora o mencionado Código permita a disposição de direitos da personalidade que não gere uma diminuição permanente da integridade física, considerando a tutela da dignidade humana, não poderão ser realizados atos de disposição que sejam atentatórios a esta.<sup>211</sup>

---

<sup>205</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Proibição de disposição e de limitação voluntária dos direitos da personalidade no Código Civil de 2002: crítica. In: BARROSO, Lucas Abreu (Org.). **Introdução crítica ao Código Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 25.

<sup>206</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>207</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 33.

<sup>208</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>209</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte geral e LINDB**. 13. ed. São Paulo: Editora Atlas, v. I, 2015, p.178.

<sup>210</sup> 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.

<sup>211</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op. Cit.*, v. I, 2015, p.179.

Existem críticas quanto ao supracitado dispositivo, uma vez que ele permite a disposição do corpo se houver exigência médica, ou seja, confere a opinião médica uma relevância que transcende questões éticas e jurídicas. Além disso, traz a expressão “bons costumes”, que transmite vagueza e insegurança jurídica, o que pode se tornar um empecilho para a interpretação do artigo, considerando as transformações que sofre a sociedade diariamente.<sup>212</sup>

Note-se que o direito à integridade física não deve ser possuir maior proteção do que os demais direitos da personalidade, uma vez que estes podem fundamentar situações de diminuição permanente da integridade física que devem ser consideradas, como no caso dos transplantes de órgãos que é um procedimento baseado na ideia de solidariedade social.<sup>213</sup>

No âmbito dos transplantes de órgãos, conforme dispõem o art. 199, § 4º<sup>214</sup> da Constituição Federal e art. 1º da lei 9.434/97<sup>215</sup>, são permitidas disposições referentes ao corpo humano, seja ela *post mortem* ou *inter vivos*, não podem ser onerosas, já que as partes do corpo humano integram a personalidade humana. Deste modo, as disposições gratuitas são permitidas, desde que não cause danos ao titular e possua finalidade terapêutica, altruística ou científica.<sup>216</sup>

Ademais, se mostra relevante discorrer acerca da situação dos seguidores da religião Testemunhas de Jeová. Segundo o Código Civil, em seu art. 15<sup>217</sup>, ninguém pode ser obrigado a se submeter a algum procedimento médico de risco, buscando assegurar a própria autonomia do paciente, sendo assim, os profissionais de saúde não poderão atuar sem a devida autorização.<sup>218</sup>

Os seguidores da religião Testemunha de Jeová não consentem o recebimento de transfusões de sangue, devido as suas convicções religiosas, provocando vários

<sup>212</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 34.

<sup>213</sup> *Ibidem*, p. 46.

<sup>214</sup> 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.

<sup>215</sup> Art. 1º A disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou post mortem, para fins de transplante e tratamento, é permitida na forma desta Lei.

<sup>216</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte geral e LINDB**. 13. ed. São Paulo: Editora Atlas, v. I, 2015, p.180.

<sup>217</sup> Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

<sup>218</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op. Cit.*, v. I, 2015, p.188.

debates acerca deste tema, já que envolvem direitos da personalidade, como o direito à vida digna, o direito à integridade física e a liberdade de crença. Diante disso, há um embate de valores, necessitando uma ponderação para que se visualize qual o valor que se sobressai e que deverá ser resguardado.<sup>219</sup>

Vale ressaltar que, de acordo com o princípio da dignidade humana, deve-se assegurar a liberdade de credo, já que a sua violação significaria a própria violação da dignidade humana, de uma vida digna. Dessa forma, faz-se necessário respeito à liberdade religiosa dos indivíduos. Se o paciente possui capacidade para discernir sobre as implicações e a gravidade da situação existente, ou seja, é maior e capaz, e manifesta sua vontade de recusa do procedimento de transfusão, é justo que prepondere a liberdade de crença, em detrimento dos demais direitos envolvidos, uma vez que a realização desse procedimento tornaria sua vida indigna, de acordo com suas convicções religiosas<sup>220</sup>. Entretanto, a jurisprudência majoritária do Brasil ainda entende, nesse contexto apresentado, que deve ser realizado o procedimento de transfusão de sangue forçado.<sup>221</sup>

Quando há incapazes envolvidos ou indivíduos em situação de emergência a situação muda. Nas situações de emergência não há como se extrair a manifestação livre e válida da vontade paciente.<sup>222</sup> Dessa forma, a Resolução nº 1.021/80 do Conselho Federal de Medicina, bem como o Código de Ética Médica possibilitam que os médicos realizem o procedimento de transfusão de sangue quando houver perigo iminente de vida do paciente, mesmo que não haja o seu consentimento.<sup>223</sup> Já com relação aos incapazes, segundo o Código de Ética Médica, se não houver perigo iminente de vida, o médico respeitará a vontade de seus representantes legais.<sup>224</sup>

---

<sup>219</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte geral e LINDB**. 13. ed. São Paulo: Editora Atlas, v. I, 2015, p.189.

<sup>220</sup> *Ibidem*, p.190.

<sup>221</sup> *Ibidem*, p.191.

<sup>222</sup> *Ibidem*, p.190.

<sup>223</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

<sup>224</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.931**, de 24 de setembro de 2009. Código de Ética Médica. Disponível em: < [http://www.portalmédico.org.br/novocodigo/integra\\_4.asp](http://www.portalmédico.org.br/novocodigo/integra_4.asp)>. Acesso em: 21 out. 2017.

## 4 IMPLICAÇÕES RELACIONADAS AO EXERCÍCIO DA AUTONOMIA

O exercício da autonomia do indivíduo, face à transplantação de órgãos, sofreu evoluções ao decorrer do tempo. Desde a época em que vigorava a doação presumida até os dias atuais, onde se aplica o quanto disposto no decreto 9.175/2017, cabendo aos familiares a decisão quanto a doação de órgãos do falecido, percebe-se que há uma demasiada limitação a autonomia do ser humano, na medida em que este não pode decidir sobre a disposição do seu próprio corpo.

### 4.1 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA BRASILEIRA

A lei 8.489 foi instituída no ano de 1992 e estabelecia como critérios para realização dos transplantes a existência de uma permissão manifestada em vida pelo doador, através de um documento particular ou público. Caso não houvesse essa permissão, a operação seria realizada se não houvesse manifestação, em sentido contrário, do cônjuge, ascendente ou descendente para a realização do procedimento. Existiram críticas em relação a essa lei, uma vez que havia deficiências no seu texto normativo, como a ausência de uma definição clara de morte, como dispunha a Resolução 1.346/91 do Conselho Federal de Medicina.<sup>225</sup>

Segundo essa lei, o transplante *inter vivos* só poderia ser realizado se o doador possuísse maioria e capacidade civil e se os receptores fossem avós, netos, filhos, irmãos, sobrinhos, até o segundo grau, bem como cunhados ou entre cônjuges. Não havendo essa relação de parentesco, a operação de transplante deveria ser precedida de uma autorização judicial. Contudo, a instituição dessa lei representou uma afronta à autonomia do *de cuius*, na medida em que não considera a sua manifestação em vida quanto a não autorização, mas somente a que exprime a sua aceitação quanto à doação de órgãos *post mortem*. Se ele não se manifestasse de forma escrita haveria uma disposição presuntiva<sup>226</sup>

---

<sup>225</sup> SILVEIRA, Paulo Vítor Portella et al. Aspectos éticos da legislação de transplante e doação de órgãos no Brasil. **Revista Bioética**, v. 17, n. 1, 2009, p. 68.

<sup>226</sup> *Ibidem*, loc. cit.

Posteriormente, em 1997, foi implementada a lei 9.434, revogando o supracitado dispositivo, que tinha como objetivo o aumento do número de doadores, ou seja, possuía uma justificativa humanitária, principalmente ao dispor que a doação após a morte poderia ser realizada independente do consentimento familiar, desde que não houvesse, por parte do doador, manifestação contrária em vida, constante em documentos oficiais. Assim como a lei anterior, essa disposição normativa também impactou na autonomia do indivíduo, bem como no seu direito à autodeterminação, vez que não disponibilizou, ao doador, o consentimento esclarecido que lhe era devido, somente garantindo comportamentos distintos quando houvesse previsão em algum documento de identificação pessoal.<sup>227</sup>

A realidade é que a população, em sua grande maioria, é composta por pessoas de classe populares que ainda encontram dificuldades para tirar documentos essenciais para sua identificação pessoal, além de, muitas vezes, não terem acesso a meios de comunicação para se informarem acerca do comportamento que passou a ser exigido com o advento da referida lei. Dessa forma, não se pode presumir que haja uma igualdade de oportunidades entre os cidadãos, de modo que uns podem deixar de se manifestar apenas pelo fato de não possuírem acesso à informação devida devido a sua condição precária de vida.<sup>228</sup>

O decreto 2.268, promulgado em 30 de junho de 1997, regulamentador da lei 9.434, instituída no mesmo ano, ocasionou grande revolta e polêmica na sociedade, na medida em que determinou como obrigatória a doação, ato que deveria decorrer da solidariedade humana. A partir da entrada em vigor desse decreto, aqueles que deixassem de constar em seus documentos de identificação pessoal a manifestação de vontade contrária à doação, seriam considerados como doadores de órgãos após a sua morte.<sup>229</sup>

A polêmica que surgiu em decorrência desse novo dispositivo legal foi proveniente do temor de segregação daqueles que não se declarassem como doadores nos documentos oficiais, sendo taxados como “não solidários”, bem como no medo de discriminação médica, caso houvesse manifestação positiva quanto à doação de

---

<sup>227</sup> SILVEIRA, Paulo Vítor Portella et al. Aspectos éticos da legislação de transplante e doação de órgãos no Brasil. *Revista Bioética*, v. 17, n. 1, 2009, p. 68.

<sup>228</sup> *Ibidem*, loc.cit.

<sup>229</sup> *Ibidem*, p. 69.

órgãos, já que isso poderia ser usado como motivo para a aceleração da morte do indivíduo, com o conseqüente aproveitamento de seus órgãos.<sup>230</sup>

O Conselho Federal de Medicina (CFM) manifestou-se acerca da supracitada lei quando ela ainda era um projeto, considerando-a como desumana, já que, para esta entidade, a doação de órgãos não deveria ser presumida, mas sim decorrente de um gesto de solidariedade e altruísmo. Também entendia que para o aumento do número de transplantes deveria haver uma melhor organização das instituições envolvidas na realização desses procedimentos e não o estabelecimento de uma lei que determina a doação como presumida, ferindo a ética e autonomia do indivíduo.<sup>231</sup>

Os médicos também enfrentaram grande dilema quando esse dispositivo legal entrou em vigor, uma vez que ficavam divididos entre a obediência legal e o respeito aos familiares. Diante dessa situação, foi aconselhado a esses profissionais que seguissem o quanto disposto no Código de Ética, dessa forma, poderiam recusar a prática de atos que fossem de encontro a seus valores morais.<sup>232</sup>

Ademais, percebe-se que o decreto lei nº 2.268/97 não conseguiu atingir o seu principal objetivo de aumentar o número de transplantes. Ao contrário disso, trouxe novas dificuldades para a realização desse procedimento com a abolição da autonomia do doador, remetendo a época da escravidão, dessa forma, em 6 de outubro de 1998, foi implementada a medida Provisória nº 1.718, revogando a doação presumida e definindo que, caso não haja manifestação de vontade do potencial doador em vida, o pai, a mãe, o filho ou o cônjuge poderão se manifestar em sentido contrário à doação, o que deverá ser respeitado pela equipe médica.<sup>233</sup>

Outrossim, após a entrada em vigor da mencionada medida provisória, houve uma recusa muito grande por parte dos familiares, quanto à realização dos transplantes *post mortem*. Com isso, instituiu-se a medida provisória 1.959-27 em 24 de outubro de 2000 e a lei 10.211 em 23 de março de 2001 que trouxe novas mudanças para a matéria dos transplantes, buscando a adequação frente à realidade social, bem como assegurar o princípio da liberdade e da autonomia. Esses diplomas legislativos

---

<sup>230</sup> SILVEIRA, Paulo Vítor Portella et al. Aspectos éticos da legislação de transplante e doação de órgãos no Brasil. **Revista Bioética**, v. 17, n. 1, 2009, p. 69.

<sup>231</sup> *Ibidem*, loc.cit.

<sup>232</sup> *Ibidem*, p. 70.

<sup>233</sup> *Ibidem*, loc.cit.



determinaram que para a realização do transplante *post mortem* será necessária a autorização de qualquer um dos seus parentes maiores, na linha reta ou colateral, até o segundo grau, ou do cônjuge através de um documento subscrito por duas testemunhas que estavam presentes no momento da certificação do óbito. Dessa forma, pode-se concluir que esses textos normativos proporcionaram uma melhora na relação médico-paciente-família, na medida em que há o respeito ao momento de dor vivenciado pela família, evitando conflitos nesse período. Contudo, não houve o devido respeito aos princípios do pluralismo político e da democracia, já que descartou a possibilidade do sujeito, em vida, decidir sobre o destino do seu próprio corpo, deixando de lado a sua liberdade de escolha.<sup>234</sup>

O decreto nº 2.268/97, que regulamentava a lei 9.434/97, foi revogado pelo decreto 9.175, que entrou em vigor em 18 de outubro de 2017<sup>235</sup>, visando à regulamentação da mencionada lei de transplantes. Esse novo decreto trata sobre a disposição de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento.

Dentre as principais mudanças trazidas por esse texto normativo encontra-se a eliminação da necessidade de expressa comunicação ao Ministério Público antes da realização do transplante *inter vivos*, almejando proporcionar maior agilidade para o procedimento cirúrgico, tornando-o menos burocrático<sup>236</sup>. Entretanto, ao se retirar a fiscalização do *Parquet*, pode-se abrir uma margem para um comércio de órgãos, já que não vai mais existir uma investigação anterior para verificação da regularidade da doação.

Além disso, o decreto veio para consagrar a ineficácia da declaração de vontade de ser doador, na medida em que colocou nas mãos da família a decisão acerca da transplantação *post mortem*, dessa forma, não há mais a possibilidade de declarar em vida a vontade de ser ou não doador de órgãos em seus documentos de identificação pessoal, segundo art. 17, caput, e art. 20, caput, do decreto

---

<sup>234</sup> SILVEIRA, Paulo Vítor Portella et al. Aspectos éticos da legislação de transplante e doação de órgãos no Brasil. **Revista Bioética**, v. 17, n. 1, 2009, p. 70.

<sup>235</sup> BRASIL. **Decreto 9.175**, de 18 de outubro de 2017. Brasília, DF, 18 out. 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/Decreto/D9175.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Decreto/D9175.htm)>. Acesso em: 25 out. 2017.

<sup>236</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. **Mudanças normativas nos transplantes de órgãos**. Disponível em: <<http://meusitejuridico.com.br/2017/10/23/mudancas-normativas-nos-transplantes-deorgaoseliminacao-da-atuacao-mp-e-ineficacia-da-declaracao-da-vontade-de-ser-doador/>>. Acesso em: 29 nov. 2017.

9.175/2017<sup>237</sup>. Na prática, essa situação já vinha acontecendo, já que muitos médicos desconsideravam a manifestação do *de cuius* durante a vida, prevalecendo o consentimento familiar no momento da realização do transplante, conforme previsão da lei nº 9.434/97. Destarte, o que esse decreto fez foi formalizar uma situação já existente, quando, na verdade, deveria ter corrigido essa realidade, reafirmando o direito do cidadão de decidir sobre o destino do seu próprio corpo, devendo regulamentar, apenas, quanto àquelas situações em que o indivíduo não tenha se manifestado em vida.

Essa alteração representa uma afronta à autonomia privada do indivíduo, dado que ignora expressamente a vontade do titular do corpo, com a justificativa de proporcionar maior segurança para o procedimento cirúrgico, já que diminuirá a possibilidade da extração precipitada de órgãos. Entretanto, essa modificação da lei pode vir a ensejar uma diminuição do número de transplantes, posto que a família, após a morte do sujeito, se encontra em luto, momento delicado, sendo difícil a abordagem para tratar da transplantação, bem como a aceitação desse procedimento.

Diante disso, é essencial que o poder público invista em campanhas, visando a comunicação acerca dessa alteração da lei, para que os indivíduos estejam devidamente informados e possam revelar a sua vontade de ser ou não doador para sua família, para que, dessa forma, possam realizar, de forma indireta, a vontade do sujeito após a sua morte.

Outra mudança foi a determinação de que o diagnóstico de morte encefálica seja confirmado por um médico “especificamente qualificado” e que não faça parte da equipe de transplantes. Essa qualificação deverá ser definida pelo Conselho Federal de Medicina, bem como a definição de morte encefálica, com base em critérios neurológicos definidos pela mesma entidade. Antes, a morte encefálica era diagnosticada por 2 médicos, sendo que um deles deveria ser neurologista ou neuropediatra, sendo assim, foi retirada a exigência de constar do diagnóstico de

---

<sup>237</sup> 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.

morte encefálica a avaliação de um médico neurologista, segundo art. 17, §1º do decreto 9.175/2017<sup>238</sup>. Nota-se que essa foi uma alteração positiva, vez que há no Brasil um número reduzido desses especialistas, prejudicando a efetividade desse procedimento. Somado a isto, há a disposição na legislação brasileira de que o médico legalmente habilitado para o exercício da profissão tem a faculdade de executar qualquer ato médico<sup>239</sup>, sendo assim, a exigência de um neurologista, prevista pela legislação anterior não possuía fundamento.

Os familiares que estiverem em companhia do paciente, a partir da entrada em vigor desse novo decreto, serão informados sobre o início do diagnóstico da morte encefálica e poderão solicitar a presença de um médico de confiança para acompanhar o procedimento e, após o diagnóstico, a família será consultada sobre a doação de órgãos, sendo que, no caso de crianças, os pais ou tutores, se os pais já forem falecidos, devem proferir a autorização quanto à doação. Vale salientar que, no caso de morte decorrente de parada cardíaca irreversível, serão dispensáveis os procedimentos previstos para o diagnóstico da morte encefálica, conforme art. 17, §2º do decreto 9.175/2017<sup>240</sup>.

Uma importante inovação trazida por esse decreto foi a inclusão do companheiro como autorizador da doação, ou seja, não somente casados oficialmente poderão autorizar a doação de órgãos do cônjuge, mas também aqueles que viviam em união estável antes do falecimento do sujeito, representando uma grande evolução social ao atribuir à união estável efeitos semelhantes ao do casamento, segundo consta no art. 20, §1º do decreto 9.175/2017<sup>241</sup>. Também provocou uma ampliação do prazo de validade das autorizações dos estabelecimentos de saúde e equipes de transplantes no país. O prazo de validade passou a ser de 4 anos, diferentemente

---

<sup>238</sup> 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.

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

<sup>239</sup> DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 398.

<sup>240</sup> § 2º São dispensáveis os procedimentos previstos para o diagnóstico de morte encefálica quando ela decorrer de parada cardíaca irreversível, diagnosticada por critérios circulatórios.

<sup>241</sup> 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.

do anterior que era de 2 anos, segundo art. 11, §5º do decreto 9.175/2017<sup>242</sup>, visto que este era insuficiente e atrapalhava a eficiência dos transplantes.

Houve a inclusão da Central Nacional de Transplantes (CNT) e sua articulação com a Força Aérea Brasileira (FAB) para o procedimento do transplante de órgãos, visando agilizar o sistema e aumentar o número de transplantes, conforme disposto no art. 55 do decreto em questão<sup>243</sup>. Essa Central vai administrar as informações sobre as redistribuições de órgãos doados a pacientes da lista de espera, caso o paciente anteriormente selecionado não faça o transplante, além de apoiar o gerenciamento da retirada de órgãos e tecidos e seu transporte em articulação com a FAB.

Por fim, retirou-se a doação presumida que estava prevista no decreto anterior e que já havia sido alterada pela lei 10.211/2001, passando-se a adotar expressamente o consentimento familiar.

## 4.2A GRATUIDADE DOS TRANSPLANTES E O MERCADO DE ÓRGÃOS

O contrato de doação possui como características o *animus donandi*, elemento subjetivo, a transferência de bens, elemento objetivo, e a aceitação do donatário, além de possuir como característica essencial a gratuidade, já que decorre de uma liberalidade e não é imposto nenhum encargo ao beneficiário.

### 4.2.1 Aspectos gerais sobre o instituto da doação

A doação possui natureza contratual, apesar do interesse do doador e a vontade do donatário convergirem, diferentemente do que ocorre no contrato de compra e

---

<sup>242</sup>Art. 11. O transplante, o enxerto ou a retirada de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano somente poderão ser realizados em estabelecimentos de saúde, públicos ou privados, por equipes especializadas, prévia e expressamente autorizados pelo órgão central do SNT.

§ 5º As autorizações serão válidas pelo prazo de até quatro anos, renováveis por períodos iguais e sucessivos, verificada a observância dos requisitos estabelecidos neste Decreto e em normas complementares do Ministério da Saúde.

<sup>243</sup> Art. 55. O Ministério da Saúde poderá requisitar, em forma complementar ao estabelecido no inciso V do caput do art. 8º, apoio à Força Aérea Brasileira para o transporte de órgãos, tecidos e partes do corpo humano até o local em que será feito o transplante.

venda, configurando-se através da aceitação do donatário, bem como do ato de liberalidade do doador que visa o benefício do donatário.<sup>244</sup>

O conceito de doação é extraído do art. 538 do Código Civil, o qual dispõe que: “considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra.” Dessa forma, pode-se inferir que a doação seria, nas palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho: “um negócio jurídico firmado entre dois sujeitos (doador e donatário), por força do qual o primeiro transfere bens, móveis ou imóveis, para o patrimônio do segundo, animado pelo simples propósito de beneficência ou liberalidade.” Ou seja, o contrato de doação é formado por duas partes: o doador e o donatário, sendo este o que recebe o bem e aquele o que transfere o bem.<sup>245</sup>

O contrato de doação possui como característica a unilateralidade, sendo considerado como um contrato típico e nominado. Possui como característica a unilateralidade, na medida em que só há a imposição de obrigação para uma das partes, o doador. Ademais, também é considerado como um contrato formal, já que, segundo o art. 541 do Código Civil<sup>246</sup>, a doação deve ser formalizada mediante escritura pública ou documento particular. Contudo, a doação poderá ser verbal, se tiver como objeto bens móveis que possuam pequeno valor, sendo este considerado como um conceito aberto e indeterminado que deverá ser analisado de acordo com o caso concreto.<sup>247</sup>

Outrossim, a doação também possui como característica o *animus donandi*, ou seja, a vontade de beneficiar patrimonialmente o donatário, representa uma transferência patrimonial voluntária. É um contrato gratuito e, normalmente, de adesão, vez que não há espaço para se discutir as cláusulas, cabendo apenas a aceitação ou não da doação por parte do donatário.<sup>248</sup>

A impessoalidade é outra característica do contrato de doação, vez que tem como objetivo apenas o resultado da atividade contratada, sendo irrelevante as partes envolvidas. Além disso, também é considerado como individual, já que é travado

---

<sup>244</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil : contratos em espécie**. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, v. IV, 2016, p. 134.

<sup>245</sup> *Ibidem*, p. 135.

<sup>246</sup> Art. 541. A doação far-se-á por escritura pública ou instrumento particular.

<sup>247</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. Cit.*, v. IV, 2016, p. 136.

<sup>248</sup> *Ibidem*, p. 139

entre pessoas determinadas. Tem como forma habitual a contratação e execução imediatas, entretanto há a possibilidade de ser estabelecida de outras formas, de acordo com a autonomia de vontade dos contratantes.<sup>249</sup>

Enfim, também é classificado como um contrato principal e definitivo, entretanto, alguns doutrinadores admitem a possibilidade de uma promessa de doação, ou seja, a celebração de um contrato preliminar para a posterior celebração do contrato definitivo.<sup>250</sup>

Para o contrato de doação surgir é necessário que haja a aceitação do donatário quanto à proposta de doação, já que se trata de um negócio bilateral na origem e unilateral nos efeitos. Essa manifestação de vontade pode ser expressa através da forma escrita, como é o caso da aceitação quanto à doação de órgãos, ou gestual, bem como de forma tácita, quando o donatário realiza atos que dão a entender que pretende aceitar a doação. Além disso, também poderá ser presumida, quando, em situações excepcionais, o silêncio de uma das partes será interpretado como aceitação.<sup>251</sup>

Vale ressaltar que não é necessário que o donatário seja pessoa capaz, havendo também a possibilidade de doação para incapazes, sendo dispensada a aceitação, desde que se trate de uma doação pura, ou seja, sem encargos, conforme dispõe o art. 543 do Código Civil<sup>252</sup>, já que esta não provocaria, em tese, prejuízos para o incapaz, se vier a provocar, esse dispositivo não será aplicável. Ademais, o absolutamente incapaz deverá estar devidamente representado para que a doação produza seja válida.<sup>253</sup>

Fazendo referência ao objeto desse trabalho, conclui-se que o transplante de órgãos é um contrato de doação e, como tal, deve preencher os requisitos supracitados, inclusive a gratuidade, que é um dos elementos essenciais para caracterização do instituto.

---

<sup>249</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil : contratos em espécie**. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, v. IV, 2016, p. 140.

<sup>250</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>251</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>252</sup> Art. 543. Se o donatário for absolutamente incapaz, dispensa-se a aceitação, desde que se trate de doação pura.

<sup>253</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. Cit.*, v. IV, 2016, p. 142.

#### 4.2.2 A ilicitude do mercado de órgãos

Segundo o art. 199, §4º da Constituição Federal<sup>254</sup>, é vedado o comércio de órgãos, ou seja, a sua disposição onerosa, sendo esta uma conduta criminosa para qual é cominada pena de reclusão de 3 a 8 anos e multa, conforme disposto no art. 15 da lei 9.434/97<sup>255</sup>. O Código Civil também reafirma essa vedação ao instituir, em seu art. 14<sup>256</sup>, que só será permitida a disposição gratuita do próprio corpo com fins altruísticos ou científicos. Outro dispositivo que reafirma a criminalidade dessa conduta é o Código de Ética Médica, publicado pela Resolução nº 1.246/88 do Conselho Federal de Medicina, ao determinar que o médico está proibido de participar, direta ou indiretamente, na comercialização de órgãos.<sup>257</sup>

O comércio de órgãos é uma situação recorrente nos dias atuais. De um lado encontram-se as pessoas que se beneficiam com a prática de tal conduta e, do outro, pessoas que vivem em situação miserável, que não possuem o mínimo existencial para viver, e veem o comércio de órgãos como meio de suprir a sua insuficiência financeira.<sup>258</sup>

Na Índia já existe o comércio de órgãos, especialmente de rim. A população “pobre” vende seus órgãos para as pessoas consideradas como “ricas” na expectativa de que sua condição de vida melhore, situação lastimável vivenciada nos dias de hoje. Isso demonstra que o estabelecido pelas leis e pela ética não vem sendo observado e respeitado pelos profissionais de saúde, bem como pelos doadores e suas famílias.<sup>259</sup>

---

<sup>254</sup> 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.

<sup>255</sup> Art. 15. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano:

Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou auferir qualquer vantagem com a transação.

<sup>256</sup> Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

<sup>257</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 175.

<sup>258</sup> *Ibidem*, p. 177.

<sup>259</sup> DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 393.

Nos dias atuais, percebe-se o surgimento de incentivos para a venda de órgãos em vida, visando a entrega após a morte do doador- vendedor. Um desses incentivos é o *cash death benefit*, ou seja, o benefício pago pela morte, dessa forma, o indivíduo que esteja em uma situação terminal terá direito a um pagamento antecipado que poderá ajudar com as despesas do funeral, inclusive, há também quem ache plausível a possibilidade de contratos antecipados sobre órgãos de futuros cadáveres, ou seja, a destinação direta dos órgãos *post mortem*, sendo esta prática proibida pelo ordenamento jurídico, já que deve-se respeitar a ordem do sistema de lista única.<sup>260</sup>

Existem alguns embates entre aqueles que defendem a patrimonialidade do corpo, com a justificativa de que, não havendo grave prejuízo para a saúde do doador, haveria a possibilidade da disposição onerosa, já que, mesmo que o propósito principal seja o lucro, os fins humanitários e terapêuticos não seriam deturpados, e entre aqueles que compreendem que a aceitação da disposição onerosa de partes do corpo, durante a vida, implicaria no próprio desrespeito à dignidade humana do indivíduo, sendo este, inclusive, o entendimento da doutrina majoritária atualmente.<sup>261</sup>

Conforme dispõe Roxana Cardoso Brasileiro Borges, o indivíduo que não possui o mínimo existencial, ou seja, condições econômicas para suprir suas necessidades vitais básicas, não detém autonomia para firmar relações jurídicas, uma vez que opera de acordo com a sua necessidade e não com base no sentimento de solidariedade, essencial ao instituto da doação. Dessa forma, não atua de maneira livre, já que vive em um estado de necessidade latente, sendo esse estado comparado a uma coação, só que nesse caso, não seria uma coação de terceiros, mas sim uma coação imposta pelos seus próprios instintos básicos.<sup>262</sup>

Nesse sentido, a supracitada autora entende pela impossibilidade de remuneração dos atos de disposição do próprio corpo, entretanto, questiona-se acerca da situação

---

<sup>260</sup> DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 394.

<sup>261</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 178.

<sup>262</sup> *Ibidem*, p. 178.



daqueles indivíduos que possuem o mínimo existencial atendido, agindo, dessa forma, conforme a sua vontade e não de acordo, apenas, com a necessidade.<sup>263</sup>

Além disso, discute-se também acerca da possibilidade da comercialização de órgãos ser legalizada futuramente, considerando-se que o homem possui autonomia para decidir sobre o seu próprio corpo. Por outro lado, há quem defenda que essa situação poderia ser encarada como uma forma de exploração da pessoa humana, na medida em que, apesar da pessoa ter autonomia para dispor do seu corpo, quando passar a agir conforme a necessidade essa autonomia desaparece, fazendo com que o indivíduo seja explorado por aquele que possui uma condição melhor que a sua.<sup>264</sup>

Cumprido destacar também a existência de outro grupo populacional com autonomia reduzida: os presos. Alguns consideram a possibilidade jurídica do presidiário ser doador de órgãos para obtenção da diminuição da pena imposta pelo ordenamento. Entretanto, essa situação é antiética e ilícita, na medida em que, assim como as pessoas que traficam órgãos para sobreviver, os presidiários também são movidos pela necessidade na situação em questão, comprometendo a sua escolha autônoma, já que a doação não será livre e consciente, muito menos altruísta. Além disso, a pena tem função de ressocialização, ou seja, ao se permitir a troca do tempo de pena por órgãos seria desvirtuado o principal objetivo da condenação, como também estaria se permitindo o reingresso na sociedade de um indivíduo que deveria ter sido reeducado e não foi. A autonomia do indivíduo que se encontra em uma prisão é reduzida, uma vez que ele está encarcerado, entretanto, se a doação for autorizada para atender um caso urgente, com base em necessidade terapêutica, poderá ser realizada e deverá constar em seu prontuário.<sup>265</sup>

O comércio de órgãos é uma prática que vai de encontro a ética e ao próprio ordenamento jurídico, uma vez que gera um desestímulo de doações altruísticas, através de incentivos financeiros para a realização da doação, bem como reduz o

---

<sup>263</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 178.

<sup>264</sup> BUONICORE, Giovana Palmieri. A metáfora de um discurso desproporcional diante da análise bioética e jurídico-penal dos delitos de tráfico de órgãos e dos que envolvem o cadáver. In: LOCH, Jussara de Azambuja; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder (Orgs.). **Bioética na atualidade**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2014, p. 74.

<sup>265</sup> DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 391.

corpo humano a um mero objeto, já que são auferidos valores para cada órgão específico.<sup>266</sup> O homem não pode ser utilizado como um meio para se atingir determinado fim, devendo sempre ser considerado como o próprio fim, segundo a Kant<sup>267</sup>, sendo assim, não pode ser utilizado para satisfação de interesses alheios, como se almeja com o mercado de órgãos. Dessa forma, conclui-se que tal conduta, rechaçada pela sociedade, afronta à própria dignidade humana do indivíduo ao retirar a base fundante do instituto da doação, ou seja, o altruísmo.

#### 4.3 A DOAÇÃO DE ÓRGÃOS MEDIANTE DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

As diretivas antecipadas de vontade (DAV) é um gênero de documentos do qual derivam duas espécies: testamento vital e o mandato duradouro. O testamento vital vai estabelecer os tratamentos e procedimentos médicos que o paciente autoriza que seja realizado no seu corpo, já no mandato duradouro o paciente irá determinar uma pessoa para tomar decisões em seu lugar.<sup>268</sup>

A resolução nº 1.995 do Conselho Federal de Medicina (CFM), aprovada em 31 de agosto de 2012, reconheceu o instituto das diretivas antecipadas de vontade ao instituir o direito de manifestação de vontade do paciente quanto a tratamentos médicos que deseja ser submetido, representando um grande marco na defesa dos interesses destes. Dessa forma, possui a opção de recusar intervenções que tenham como escopo o prolongamento da sua vida, considerando o direito à autodeterminação do paciente, devendo o médico e familiares respeitarem o quanto manifestado. Há também a possibilidade de indicação de um representante, caso sobrevenha a incapacidade do indivíduo, seja ela permanente ou temporária.<sup>269</sup>

Não obstante, o Brasil ainda não possui legislação sobre a DAV, vez que a supracitada resolução é um órgão de classe, só possuindo força normativa entre os

---

<sup>266</sup> DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 394.

<sup>267</sup> KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. 1. ed. São Paulo: Editora EDIPRO, 2003, 227.

<sup>268</sup> DADALTO, Luciana. A necessidade de um modelo de Diretivas Antecipadas de Vontade para o Brasil: estudo comparativo dos modelos português e franceses. **Revista M**, v. 1, n. 2, 2016, p. 447.

<sup>269</sup> DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. **Revista Bioética**, v. 21, n. 3, 2013, p. 464.

profissionais de saúde, ou seja, possui eficácia restrita. Dessa forma, se faz necessário a formalização do instituto, visto que se trata de um tema de relevância social.<sup>270</sup>

No Brasil, não há disposições no DAV sobre a doação de órgãos, vez que o ordenamento jurídico brasileiro estabelece a necessidade de consentimento familiar para a doação *post mortem*, ou seja, há a sobreposição da vontade dos familiares em detrimento da vontade do próprio indivíduo, sendo assim, não há o respeito à vontade do paciente, o que desnaturaria o instituto das diretivas antecipadas de vontade.<sup>271</sup>

Essa admissão do DAV reflete a autonomia do paciente ao instituir uma alteração significativa na relação médico-paciente, já que sujeita o conhecimento técnico do médico à vontade que o paciente manifesta.<sup>272</sup>

O Ministério Público Federal do estado de Goiás, através de uma Ação Civil Pública, contestou a constitucionalidade da resolução nº 1.995/2012 do CFM. A decisão judicial, proveniente da citada ação, confirmou a validade da vontade manifestada pelo paciente, em situação de terminalidade, registrada em um documento de DAV. Decretou-se a constitucionalidade da resolução, com base no princípio da pessoa humana, já que disponibiliza ao paciente a possibilidade de não se submeter a medidas paliativas, ou seja, medidas que buscam apenas amenizar os efeitos negativos existentes, sem, no entanto, proporcionar uma real chance de cura.<sup>273</sup>

A constitucionalidade dessa resolução trouxe maior segurança jurídica para os profissionais de saúde, vez que estes, muitas vezes, se viam diante de um impasse, já que se requisitava o cumprimento da vontade do paciente, mesmo sem ela estar disposta em um documento de DAV. Além disso, proporcionou uma maior disseminação do assunto, deste modo, o que acarretou no aumento do número de lavraturas de diretivas antecipadas de vontade nos cartórios do Brasil, atestando o

---

<sup>270</sup> DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. **Revista Bioética**, v. 21, n. 3, 2013, p. 464.

<sup>271</sup> *Ibidem*, p. 469.

<sup>272</sup> DADALTO, Luciana. A necessidade de um modelo de Diretivas Antecipadas de Vontade para o Brasil: estudo comparativo dos modelos português e franceses. **Revista M**, v. 1, n. 2, 2016, p. 448.

<sup>273</sup> *Ibidem*, p. 449.

reconhecimento dessa forma de manifestação de vontade pela população brasileira.<sup>274</sup>

Nota-se que ainda se faz necessária a regulamentação desse instituto pelo Congresso Nacional Brasileiro, vez que a supracitada resolução possui eficácia restrita. Entretanto, essa ainda é uma realidade distante, já que sequer tramita algum projeto de lei específico acerca da matéria no Congresso. Apesar das DAV serem meios lícitos de manifestação de vontade, ainda é um tema muito polêmico, sendo muitas vezes associado a eutanásia, o que torna ainda mais difícil a sua normatização.<sup>275</sup>

Isto posto, conclui-se que a implementação de uma lei sobre as DAV não teria como objetivo a sua legalização, já que é lícita, mas sim a regulamentação desse instituto para que as pessoas que optem por realizar as diretivas possuam respaldo legal e, conseqüentemente, maior segurança jurídica.<sup>276</sup>

#### 4.4 A SITUAÇÃO ATUAL DE TRANSPLANTES NO BRASIL

Com o decorrer do tempo, adotou-se diversas medidas visando o aumento do número de transplantes no país, bem como a melhoria da sua eficiência. Essas medidas incluem a estipulação de novos critérios para a definição de morte, a criação de órgãos nacionais e estaduais para gerenciamento dos procedimentos e a articulação com outras entidades, buscando alcançar esses objetivos. Entretanto, ainda há grande número de pessoas na espera por um transplante, visto que existem outros fatores que implicam nesse quadro, como a infraestrutura médica, a cultura e o nível educacional.<sup>277</sup>

---

<sup>274</sup> DADALTO, Luciana. A necessidade de um modelo de Diretivas Antecipadas de Vontade para o Brasil: estudo comparativo dos modelos português e franceses. **Revista M**, v. 1, n. 2, 2016, p. 449.

<sup>275</sup> *Ibidem*, p. 450.

<sup>276</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

<sup>277</sup> SILVEIRA, Paulo Vítor Portella et al. Aspectos éticos da legislação de transplante e doação de órgãos no Brasil. **Revista Bioética**, v. 17, n. 1, 2009, p. 62.

#### **4.4.1 O Sistema de captação e distribuição de órgãos à luz do decreto 9.175/2017**

O Sistema Nacional de Transplantes (SNT) foi instituído pelo decreto nº 9.175/2017. Esse sistema será responsável pelo desenvolvimento do processo de doação, retirada, distribuição e transplante de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano, para finalidades terapêuticas, conforme dispõe o art. 2º do referido decreto.<sup>278</sup>

Diversas entidades integram o SNT, tais como: o Ministério da Saúde; as Secretarias de Saúde dos Estados e do Distrito Federal; as Secretarias de Saúde dos Municípios; as Centrais Estaduais de Transplantes (CET); a Central Nacional de Transplantes (CNT); as estruturas especializadas integrantes da rede de procura e doação de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano para transplantes; as estruturas especializadas no processamento para preservação *ex situ* de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano para transplantes; os estabelecimentos de saúde transplantadores e as equipes especializadas; e a rede de serviços auxiliares específicos para a realização de transplantes, segundo os incisos do art. 3º do decreto nº 9.175/2017.<sup>279</sup>

O SNT possui três atribuições básicas, sendo elas: a intervenção nas atividades de doação e transplante de órgãos, seja em doadores vivos ou falecidos; o controle da ocorrência dos casos de morte encefálica, bem como a definição do destino dos

---

<sup>278</sup> Art. 2º Fica instituído o Sistema Nacional de Transplantes - SNT, no qual se desenvolverá o processo de doação, retirada, distribuição e transplante de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano, para finalidades terapêuticas.

<sup>279</sup> Art. 3º Integram o SNT:

- I - o Ministério da Saúde;
- II - as Secretarias de Saúde dos Estados e do Distrito Federal;
- III - as Secretarias de Saúde dos Municípios;
- IV - as Centrais Estaduais de Transplantes - CET;
- V - a Central Nacional de Transplantes - CNT;
- VI - as estruturas especializadas integrantes da rede de procura e doação de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano para transplantes;
- VII - as estruturas especializadas no processamento para preservação *ex situ* de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano para transplantes;
- VIII - os estabelecimentos de saúde transplantadores e as equipes especializadas; e
- IX - a rede de serviços auxiliares específicos para a realização de transplantes.

órgãos que sejam retirados para transplante no território nacional, de acordo com o art. 4º do decreto supramencionado.<sup>280</sup>

O Ministério da Saúde, entidade que compõe o SNT como órgão central, tem como atribuição o gerenciamento das atividades referentes a este decreto, dessa forma, irá reger os demais órgãos integrantes, através de normas e regulamentos técnicos. Além disso, o funcionamento das demais entidades dependerá da autorização deste Ministério, já que este possui faculdade de conceder ou suspender autorizações para estabelecimentos e equipes de saúde que realizam procedimentos voltados ao transplante de órgãos.<sup>281</sup>

O sistema de lista única, gerenciado pelo Ministério da Saúde, será formado pela lista regional, estadual, macrorregional e nacional. Essas listas serão desenvolvidas com base nos cadastros de candidatos a receptores, sendo que os critérios para definição da composição dessas listas deverão ser estabelecidos pelo Ministro de Estado da Saúde.<sup>282</sup>

---

<sup>280</sup> Art. 4º O SNT tem como âmbito de intervenção:

- I - as atividades de doação e transplante de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano, a partir de doadores vivos ou falecidos;
- II - o conhecimento dos casos de morte encefálica; e
- III - a determinação do destino de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano retirados para transplante em qualquer ponto do território nacional.

<sup>281</sup> Art. 5º O Ministério da Saúde, por intermédio de unidade própria prevista em sua estrutura regimental, exercerá as funções de órgão central do SNT, e lhe caberá:

- I - coordenar as atividades de que trata este Decreto;
- II - expedir normas e regulamentos técnicos para disciplinar os procedimentos estabelecidos neste Decreto, o funcionamento ordenado e harmônico do SNT e o controle, inclusive social, das atividades desenvolvidas pelo Sistema;
- III - autorizar o funcionamento de CET;
- IV - autorizar estabelecimentos de saúde, bancos de tecidos ou células, laboratórios de histocompatibilidade e equipes especializadas a promover retiradas, transplantes, enxertos, processamento ou armazenamento de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano, nos termos estabelecidos no Capítulo II;
- V - cancelar ou suspender a autorização de estabelecimentos de saúde ou de equipes e profissionais que não respeitem as regras estabelecidas neste Decreto, sem prejuízo das sanções penais e administrativas previstas no Capítulo V da Lei nº 9.434, de 1997, mediante decisão fundamentada e observados os princípios do contraditório e da ampla defesa;
- VI - articular-se com os integrantes do SNT para viabilizar seu funcionamento;
- VII - prover e manter o funcionamento da CNT;
- VIII - gerenciar a lista única de espera de receptores, de forma a garantir a disponibilidade das informações necessárias à busca de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano para transplantes; e
- IX - avaliar o desempenho do SNT, mediante planejamento e análise de metas e relatórios do Ministério da Saúde e dos órgãos estaduais, distrital e municipais que o integram.

§ 1º Somente poderão exercer atividades de transplantes os entes federativos que dispuserem da CET de que trata a Seção IV deste Capítulo, implantada e em funcionamento.

<sup>282</sup> § 2º Para fins do disposto no inciso VIII do caput, a lista única de espera de receptores será constituída pelo conjunto das seguintes listas:

Os órgãos estaduais deverão solicitar autorização para integrar o Sistema Nacional de Transplantes (SNT), uma vez concedida essa autorização, os estados, e o Distrito Federal, terão uma Central Estadual de Transplantes (CET), ou seja, unidades que executarão atividades do SNT, de acordo com o quanto estabelecido no decreto em questão.<sup>283</sup>

Os entes federativos que não possuam CET, implantada e em funcionamento, não poderão realizar transplantes, já que este órgão é necessário para coordenação das atividades de doação, bem como para o gerenciamento e atualização dos cadastros de doadores e receptores. Ademais, também é responsável por fornecer informações quanto a não utilização de órgãos para a CNT, para que possam ser disponibilizados para o receptor subsequente, e encaminhar relatórios anuais para o Ministério da Saúde para que este fique ciente sobre o desenvolvimento das atividades. Insta salientar que o Ministério Público deverá ser acionado no caso da prática de ilícitos se a apuração estiver fora da competência da referida Central.<sup>284</sup>

- 
- I - lista regional, nos casos que se aplique;
  - II - lista estadual;
  - III - lista macrorregional; e
  - IV - lista nacional.

§ 3º A composição das listas de que trata o § 2º ocorrerá a partir do cadastro técnico dos candidatos a receptores, de acordo com os critérios a serem definidos em ato do Ministro de Estado da Saúde.

<sup>283</sup> Art. 7º As Centrais Estaduais de Transplantes - CET serão as unidades executivas das atividades do SNT nos Estados e no Distrito Federal, de natureza pública, conforme estabelecido neste Decreto.

<sup>284</sup> Art. 8º Compete às CET:

- I - organizar, coordenar e regular as atividades de doação e transplante em seu âmbito de atuação;
- II - gerenciar os cadastros técnicos dos candidatos a receptores de tecidos, células, órgãos e partes do corpo humano, inscritos pelas equipes médicas locais, para compor a lista única de espera nos casos em que se aplique;
- III - receber as notificações de morte que enseje a retirada de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano para transplantes, ocorridas em seu âmbito de atuação;
- IV - gerenciar as informações referentes aos doadores e mantê-las atualizadas;
- V - determinar o encaminhamento e providenciar o transporte de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano ao estabelecimento de saúde autorizado para o transplante ou o enxerto onde se encontrar o receptor, observadas as instruções ou as normas complementares expedidas na forma do art. 46;
- VI - notificar a CNT quanto a não utilização de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano pelos receptores inscritos em seus registros, para fins de disponibilização para o receptor subsequente, entre aqueles relacionados na lista única de espera;
- VII - encaminhar relatórios anuais ao órgão central do SNT sobre o desenvolvimento das atividades de transplante em seu âmbito de atuação;
- VIII - controlar, avaliar e fiscalizar as atividades de que trata este Decreto em seu âmbito de atuação;
- IX - definir, em conjunto com o órgão central do SNT, parâmetros e indicadores de qualidade para avaliação dos serviços transplantadores, laboratórios de histocompatibilidade, bancos de tecidos e organismos integrantes da rede de procura e doação de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano;
- X - elaborar o Plano Estadual de Doação e Transplantes, de que trata o Capítulo VII;

A Central Nacional de Transplantes é mantida pelo órgão central do SNT, ou seja, o Ministério da Saúde. Tem como atribuição a administração de informações sobre as redistribuições de órgãos doados a pacientes da lista de espera, caso o paciente anteriormente selecionado não faça o transplante, bem como o gerenciamento da retirada de órgãos e tecidos e o seu transporte, em articulação com a Força Aérea Brasileira. Outrossim, a CET organizará, juntamente com as equipes assistenciais dos hospitais, uma rede de procura e doação de órgãos que assegurará a notificação da morte e acompanhará os doadores e suas famílias.<sup>285</sup>

---

XI - aplicar as penalidades administrativas nas hipóteses de infração às disposições da Lei nº 9.434, de 1997, observado o devido processo legal e assegurado ao infrator o direito de ampla defesa;

XII - suspender cautelarmente, pelo prazo máximo de sessenta dias, o estabelecimento e/ou a equipe especializada para apurar infração administrativa ou ato ilícito praticado no processo de doação, alocação ou transplante de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano;

XIII - comunicar a aplicação de penalidade ao órgão central do SNT, que a registrará para consulta quanto às restrições estabelecidas no § 2º do art. 21 da Lei nº 9.434, de 1997, e, caso necessário, procederá ao cancelamento da autorização concedida;

XIV - requerer ao órgão central do SNT a suspensão ou o cancelamento da autorização da equipe ou do profissional que desrespeitar a ordem da lista única de espera de receptores; e

XV - acionar o Ministério Público e outras instituições públicas competentes para informar a prática de ilícitos cuja apuração não esteja compreendida no âmbito de sua competência.

§ 1º O gerenciamento dos cadastros técnicos dos candidatos a receptores de que trata o inciso II do caput será realizado mediante o fornecimento e a manutenção dos dados necessários à localização do candidato a receptor, a indicação do procedimento, os consentimentos necessários e as características do receptor determinantes para a verificação da compatibilidade do seu organismo com o enxerto ofertado, de modo a permitir a sua rápida alocação.

§ 2º O Município considerado polo de região administrativa poderá solicitar à CET a instituição de Central de Transplante Regional, que ficará vinculada e subordinada à referida CET, nos termos definidos em ato do Ministério da Saúde.

<sup>285</sup> Art. 9º Para a execução das atividades de coordenação logística e distribuição de tecidos, células e partes do corpo humano no processo de doação e transplante em âmbito nacional, o órgão central do SNT manterá a Central Nacional de Transplantes - CNT, a qual terá as seguintes atribuições:

I - receber as notificações de não utilização de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano pelos receptores inscritos no âmbito dos Estados ou do Distrito Federal, de forma a disponibilizá-los aos receptores subsequentes entre aqueles relacionados na lista única de espera de receptores;

II - apoiar o gerenciamento da retirada de órgãos e tecidos, prestando suporte técnico e logístico à sua busca, no território nacional, nas hipóteses em que as condições clínicas do doador, o tempo decorrido desde a cirurgia de retirada do órgão e as condições de acessibilidade o permitam;

III - alocar os órgãos e os tecidos retirados em conformidade com a lista única de espera de receptores, de forma a otimizar as condições técnicas de preservação, transporte e distribuição, considerados os critérios estabelecidos nas normas em vigor e com vistas a garantir o seu melhor aproveitamento e a equidade na sua destinação;

IV - articular a relação entre as CET durante o processo de alocação dos órgãos entre as unidades da federação;

V - manter registros de suas atividades;

VI - receber e difundir as notificações de eventos inesperados pertinentes à segurança dos receptores, nos transplantes de órgãos e outros enxertos por ela alocados;

VII - apoiar a atividade de regulação do acesso dos pacientes com indicação de transplante;

VIII - articular, regular e operacionalizar as inscrições interestaduais para modalidades de transplantes não existentes nos Estados ou no Distrito Federal; e

IX - providenciar, em caráter complementar, a logística de transportes dos órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano disponibilizados para a lista única de espera de receptores.



Os arts. 11 ao 14 do decreto 9.175/2017 tratam da necessidade de autorização prévia, conferida pelo SNT, para que equipes e estabelecimentos de saúde realizem os transplantes. Para concessão dessa autorização é preciso que haja o cumprimento das exigências especificadas em normas técnicas. Importante ressaltar a alteração do prazo de validade da autorização dos estabelecimentos de saúde e equipes de transplantes no país, uma vez que este foi ampliado de 2 anos para 4 anos, renováveis. Teoricamente, a ampliação deste prazo de validade reduziria os trâmites burocráticos no que tange a concessão da autorização pelo SNT, trazendo eficiência para o procedimento de transplante. Contudo, esta mudança pode implicar também em uma menor fiscalização das atividades desenvolvidas por essas equipes e estabelecimentos, podendo vir a ensejar irregularidades. Para evitar o comprometimento da qualidade dos procedimentos, fica a cargo do hospital e da equipe de transplantes a notificação acerca da transferência de propriedade, modificação da razão social e alteração das equipes especializadas em um prazo de até 90 dias.<sup>286</sup>

---

Art. 10. A CET organizará o funcionamento de estruturas especializadas para a procura e a doação de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano para transplante que, juntamente com as equipes assistenciais dos hospitais, constituirão a rede de procura e doação de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano, responsável por assegurar a notificação de morte, a avaliação e o acompanhamento de doadores e de suas famílias.

Parágrafo único. A CET deverá organizar a sua rede de procura e doação de acordo com as características de sua rede assistencial e em conformidade com as normas complementares expedidas pelo órgão central do SNT.

Art. 55. O Ministério da Saúde poderá requisitar, em forma complementar ao estabelecido no inciso V do **caput** do art. 8º, apoio à Força Aérea Brasileira para o transporte de órgãos, tecidos e partes do corpo humano até o local em que será feito o transplante.

<sup>286</sup> Art. 11. O transplante, o enxerto ou a retirada de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano somente poderão ser realizados em estabelecimentos de saúde, públicos ou privados, por equipes especializadas, prévia e expressamente autorizados pelo órgão central do SNT.

§ 1º O pedido de autorização formalmente apresentado pela CET poderá ser formulado para cada atividade de que trata este Decreto.

§ 2º A autorização para fins de transplantes, enxerto ou retirada de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano deverá ser concedida conjunta ou separadamente para estabelecimentos de saúde e para equipes especializadas de transplante, enxerto ou retirada.

§ 3º A retirada de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano poderá ocorrer em quaisquer estabelecimentos de saúde, desde que realizada por equipes especializadas autorizadas e com a anuência formal da CET.

§ 4º Em qualquer caso, no pedido de autorização, os estabelecimentos de saúde e as equipes especializadas firmarão compromisso no qual se sujeitarão à fiscalização e ao controle do Poder Público, facilitando o acesso às instalações, aos equipamentos e aos prontuários, observada sempre a habilitação dos agentes credenciados para tal, tendo em vista o caráter sigiloso desses documentos.

§ 5º As autorizações serão válidas pelo prazo de até quatro anos, renováveis por períodos iguais e sucessivos, verificada a observância dos requisitos estabelecidos neste Decreto e em normas complementares do Ministério da Saúde.

Por fim, a Secretaria de Saúde do Estado ou do Distrito Federal receberá os pedidos de autorização dos estabelecimentos e equipes de transplantes e verificará o atendimento dos requisitos estabelecidos, e, no caso de preenchimento destes, manifestará seu parecer favorável ao Ministério da Saúde para que este faça a expedição da autorização.<sup>287</sup>

---

§ 6º A renovação a que se refere o § 5º deverá ser requerida pelas equipes especializadas e pelos estabelecimentos de saúde ao órgão central do SNT no prazo de até noventa dias antes do término da vigência da autorização anterior.

§ 7º Os pedidos de renovação apresentados após o prazo estabelecido no § 6º serão considerados como pedidos de nova autorização, situação que implica a cessação dos efeitos da autorização anterior após o término de sua vigência.

Art. 12. Os estabelecimentos de saúde deverão contar com os serviços e as instalações adequados à execução de retirada, transplante ou enxerto de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano, atendidas as exigências contidas em normas complementares do Ministério da Saúde e comprovadas no requerimento de autorização.

§ 1º A transferência da propriedade, a modificação da razão social e a alteração das equipes especializadas pela incorporação de outros profissionais, igualmente autorizados, quando comunicadas no prazo de até noventa dias da sua ocorrência, não prejudicarão a validade da autorização concedida.

§ 2º O estabelecimento de saúde autorizado na forma deste artigo somente poderá realizar transplante se observar, em caráter permanente, ao disposto no § 2º do art. 13.

Art. 13. A composição das equipes especializadas será determinada em função da modalidade de transplante, enxerto ou retirada de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano para a qual solicitou autorização, mediante integração de profissionais também autorizados na forma desta Seção.

§ 1º Os critérios técnicos para concessão de autorização e de renovação da autorização de equipes especializadas e de estabelecimentos de saúde serão definidos em normas complementares do órgão central do SNT.

§ 2º Será exigível, no caso de transplante, a definição, em número e habilitação, de profissionais necessários à realização do procedimento.

§ 3º A autorização será concedida para cada modalidade de transplante, enxerto ou retirada de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano e o pedido deverá ser formalizado para o conjunto dos seus membros, indicando o estabelecimento ou os estabelecimentos de saúde de atuação.

Art. 14. Além da habilitação profissional, as equipes especializadas deverão instruir o pedido de autorização ou de renovação de autorização de acordo com as normas expedidas pelo órgão central do SNT.

<sup>287</sup> Art. 15. O pedido de autorização de estabelecimentos de saúde, de equipes especializadas, de laboratórios de histocompatibilidade e de bancos de tecidos será apresentado às Secretarias de Saúde do Estado ou do Distrito Federal pelo gestor local do Sistema Único de Saúde - SUS, que o instruirá com relatório circunstanciado e conclusivo quanto à necessidade do novo serviço e à satisfação das exigências estabelecidas neste Decreto e em normas complementares, no âmbito de sua área de competência, definida pela Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.

§ 1º Os estabelecimentos de saúde e as demais instâncias cujo funcionamento esteja condicionado à autorização pelo órgão central do SNT deverão respeitar o Plano Estadual de Doação e Transplantes estabelecido no Capítulo VII, no âmbito da gestão local de saúde, inclusive quanto à necessidade de sua criação e implementação.

§ 2º A Secretaria de Saúde do Estado ou do Distrito Federal diligenciará junto ao requerente para verificar o cumprimento das exigências a seu cargo.

§ 3º A Secretaria de Saúde do Estado ou do Distrito Federal remeterá o pedido de autorização ao órgão central do SNT para expedição da autorização caso haja manifestação favorável quanto à presença de todos os requisitos estabelecidos neste Decreto e em normas complementares.

#### 4.4.2 A recusa familiar como impedimento na prática dos transplantes

Segundo a Associação Brasileira de Transplante de Órgãos – ABTO houve um aumento de 11,8% na taxa de doadores efetivos no período de janeiro a junho de 2017. Esse crescimento foi decorrente do aumento da taxa de notificação dos potenciais doadores, que cresceu 4,5%, e da taxa de efetivação da doação, que cresceu 7,2 %. Também nota-se um progresso na taxa de transplante de órgãos, vez que aumentou em 4,1%.<sup>288</sup> Entretanto, no Brasil, a quantidade de órgãos disponíveis ainda é insuficiente para suprir a demanda que existe.

Apesar de haver incentivos à doação de órgãos, a fila de espera por um transplante aumenta a cada dia. Essa situação é ocasionada devido à coexistência de diversos fatores que implicam na concretização do transplante. De acordo com Claussel, esses fatores seriam: a falta de identificação e notificação de um potencial doador, bem como a não prestação de cuidados adequados ao doador. Além disso, Claussel ainda cita como um fator a inadequada entrevista familiar.<sup>289</sup>

Depois da decretação da morte encefálica surge o doador em potencial, ou seja, aquele que poderá doar seus órgãos e prolongar outras vidas. Esse consentimento quanto à doação de órgãos do *de cuius*, na doação *post mortem*, cabe aos familiares, conforme consta no decreto 9.175/2017, já apresentado neste trabalho, dessa forma, a entrevista familiar é um momento de extrema importância para o processo de doação.<sup>290</sup>

Insta salientar que, atualmente, a maior parte dos órgãos disponíveis para transplantes são decorrentes de cadáveres, entretanto esse número ainda é

---

<sup>288</sup> ABTO – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS. **Registro Brasileiro de Transplantes**, 2017. Disponível em: <<http://www.abto.org.br/abtov03/Upload/file/RBT/2017/rbt-leitura-sem.pdf> 476>. Acesso em: 31 out. 2017.

<sup>289</sup> CLAUSSEL, Gonçalves LFS, Veronese FJV *apud* Mattia, Ana Lúcia de *et al.* Análise das dificuldades no processo de doação de órgãos: uma visão integrativa da literatura. **Revista Bioethikos**, v. 4, n. 1, 2010, p. 68.

<sup>290</sup> PESSALACIA, Juliana Dias Reis; CORTES, Vanessa Faria; OTTONI, Alba. Bioética e doação de órgãos no Brasil: aspectos éticos na abordagem à família do potencial doador. **Revista Bioética**, v. 19, n. 3, 2011, p. 672-673.

pequeno, vez que a quantidade de pessoas que falecem com quadro de morte encefálica ainda é pequena para suprir a demanda.<sup>291</sup>

A recusa familiar é um dos principais impedimentos na prática de transplantes no Brasil. Nas regiões menos desenvolvidas do país, a taxa de recusa familiar chega aos 70%, sendo, muitas vezes, ocasionada por uma abordagem familiar inadequada. Essa abordagem deverá ser realizada por profissionais capacitados, sendo eles: médicos, enfermeiros, psicólogos ou assistentes sociais.<sup>292</sup>

De acordo com as Diretrizes básicas para a captação e retirada de múltiplos órgãos e tecidos, produzida pela Associação Brasileira de Transplante de Órgãos (ABTO), é necessário, para se obter uma entrevista familiar de sucesso, uma conjunção de fatores, tais como: predisposição à doação, qualidade do atendimento hospitalar e habilidade e conhecimento do entrevistador, já que é importante a transmissão de segurança para que aquele familiar, considerando que este está passando por um momento delicado e ainda tem que tomar uma decisão de extrema valia que repercutirá na vida de outro indivíduo.<sup>293</sup>

Uma equipe capacitada é essencial para esse momento que antecede o transplante, uma vez que surgem muitas dúvidas por parte da família que precisam ser esclarecidas por essa equipe para que se obtenha uma decisão positiva quanto à doação. Nessa etapa surgem muitos questionamentos sobre as consequências dessa decisão e os familiares se veem diante de um impasse, posto que, muitas vezes, não têm conhecimento sobre o desejo do *de cuius* antes do óbito, então não se sentem confortáveis para permitir essa intervenção no seu corpo, como também existe a vontade de fazer o bem ao próximo. Essa comunicação com a família, acerca da escolha de ser ou não doador após a morte, é de extrema importância, vez que representa a manifestação da própria autonomia do indivíduo.<sup>294</sup>

O que for definido pela família deve ser respeitado, dessa forma, não é orientado aos profissionais que tentem influenciar a decisão com o uso de argumentos morais

---

<sup>291</sup> PESSALACIA, Juliana Dias Reis; CORTES, Vanessa Faria; OTTONI, Alba. Bioética e doação de órgãos no Brasil: aspectos éticos na abordagem à família do potencial doador. **Revista Bioética**, v. 19, n. 3, 2011, p. 672-673.

<sup>292</sup> *Ibidem*, p. 674.

<sup>293</sup> ABTO - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS. **Diretrizes Básicas para a Captação e Retirada de Múltiplos Órgãos e Tecidos da Associação Brasileira de Transplante de Órgãos**. São Paulo: Companygraf, v. 1, 2009. Cap. 1, p. 26.

<sup>294</sup> PESSALACIA, Juliana Dias Reis; CORTES, Vanessa Faria; OTTONI, Alba. *Op. Cit.*, v. 19, n. 3, 2011, p. 675.

e religiosos, bem como com a exposição de estatísticas, vez que essas atitudes não surtem efeitos nesse momento delicado, podendo até implicar de forma negativa na escolha.<sup>295</sup>

Importante salientar a possibilidade de revogação da doação até a realização efetiva do transplante, mesmo após a assinatura do termo de consentimento. Essa informação traz maior segurança para a família, visto que muitos decidem por não consentir o transplante naquele momento com medo de se arrepender depois e não poder voltar atrás da decisão.<sup>296</sup>

Outra questão que interfere na decisão familiar é a definição de morte encefálica. Essa definição é julgada como incerta pelas pessoas que não tem conhecimento dos critérios utilizados para decretação da morte encefálica, visto que o corpo ainda apresenta sinais vitais, mesmo que mantido por aparelhos. Dessa forma, na abordagem familiar, o entrevistador deve se comunicar por meio de uma linguagem clara e acessível para que a situação em questão possa ser compreendida da melhor forma possível.<sup>297</sup>

O atendimento hospitalar que foi prestado ao familiar que veio a óbito influencia diretamente na decisão familiar, sendo assim, uma vez que tenha sido prestado um atendimento humanizado e digno no hospital, há uma tendência que a família venha a consentir a doação de órgãos.<sup>298</sup>

Por fim, conclui-se que para que haja o tão almejado aumento do número de transplantes é preciso que todos os envolvidos nesse processo cooperem, já que, além dos profissionais de saúde, a família, o governo, bem como os meios de comunicação, que possui o papel de divulgar informações de qualidade para a população, são fundamentais para o êxito do transplante.<sup>299</sup>

---

<sup>295</sup> PESSALACIA, Juliana Dias Reis; CORTES, Vanessa Faria; OTTONI, Alba. Bioética e doação de órgãos no Brasil: aspectos éticos na abordagem à família do potencial doador. **Revista Bioética**, v. 19, n. 3, 2011, p. 675.

<sup>296</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>297</sup> *Ibidem*, p. 676.

<sup>298</sup> *Ibidem*, loc. cit

<sup>299</sup> *Ibidem*, p. 679.

## 5 CONCLUSÃO

O ordenamento jurídico brasileiro limita a autonomia do sujeito doador quanto aos atos de disposição do seu corpo. Essas limitações têm como justificativa o resguardo ao direito à integridade física e a concreção da dignidade humana, se realizadas de forma devida, sendo que, para isso, devem ser específicas e restritas, de acordo com o caso concreto.

Ao mesmo tempo em que essas limitações buscam preservar a dignidade humana do ser, também representam uma barreira à própria realização existencial do sujeito, impedindo, assim, a efetivação da sua dignidade, ou seja, existe uma linha tênue entre a preservação da dignidade e a sua restrição.

O Código Civil dispõe acerca do direito à integridade física, definindo em quais hipóteses haverá a possibilidade de disposição do corpo, seja ela total ou parcial, todavia, ao tentar solucionar embates existentes, estabeleceu critérios insuficientes e destoantes com a realidade atual.

O exercício da autonomia do indivíduo, face à transplantação de órgãos, sofreu impactos das evoluções legislativas ao decorrer do tempo. Desde o período em que vigorava a doação presumida, até os dias atuais, onde se aplica o quanto disposto no decreto nº 9.175/2017, percebe-se que há uma demasiada limitação à autonomia do ser humano.

O advento do princípio do consentimento presumido, através do decreto nº 2.268/97, baseou-se em uma justificativa humanitária, uma vez que tinha como objetivo o aumento do número de doadores. Porém, ao dispor que a doação após a morte poderia ser efetivada independente do consentimento familiar, desde que não houvesse manifestação contrária em vida, por parte do doador, foi de grande impacto na autonomia do indivíduo, bem como no seu direito à autodeterminação, já que não foi disponibilizado ao doador o consentimento informado que lhe era devido para a prática do transplante.

A aplicação desse princípio ocasionou grande revolta e inconformismo social, na medida em que determinou como obrigatória a doação, ato que deveria decorrer da própria solidariedade humana, remetendo-se aos tempos de escravidão quando um

indivíduo possuía o direito de propriedade sobre o corpo do outro. Deste modo, nota-se que, se a intenção era realmente o aumento do número de transplantes, deveria haver uma melhor organização das instituições envolvidas na realização desses procedimentos e não o estabelecimento de uma lei que determina a doação como presumida, ferindo a ética e a autonomia do sujeito.

Atualmente, o decreto nº 9.175/2017, que regulamenta lei de transplantes nº 9.434/97, determina a necessidade de consentimento familiar para efetivação da doação de órgãos do falecido, no âmbito dos transplantes *post mortem*. A aplicação do consentimento familiar para a realização dos transplantes proporcionou uma melhora na relação médico-paciente-família, visto que há o respeito ao momento de luto e dor vivenciado pela família, evitando conflitos nesse período. Todavia, ao mesmo tempo, descarta a possibilidade do sujeito, em vida, decidir sobre o destino do seu próprio corpo, desconsiderando a sua liberdade de escolha.

Isto posto, constata-se que o supracitado decreto veio para consagrar a ineficácia da declaração da vontade de ser doador, uma vez que colocou nas mãos da família a decisão acerca da transplantação *post mortem*. Essa ineficácia já se mostrava evidente na prática médica, dessa forma, o dispositivo legal em comento formalizou uma situação já existente, quando, na verdade, deveria ter corrigido essa realidade, reafirmando o direito do cidadão de decidir sobre o destino do seu próprio corpo.

Essa alteração representa uma afronta à autonomia do indivíduo, dado que ignora expressamente a vontade do titular do corpo, com a justificativa de proporcionar maior segurança para o procedimento cirúrgico, já que diminuirá a possibilidade de extração precipitada de órgãos. Contudo, essa modificação, instituída pelo decreto, pode vir a ensejar uma diminuição do número de transplantes, posto que, atualmente, a recusa familiar é um dos principais impedimentos na prática de transplantes no Brasil. A família, após a morte do sujeito, se encontra em um momento delicado, o que torna mais difícil a abordagem para tratar da transplantação, bem como a aceitação desse procedimento.

Destarte, faz-se necessário, diante dessa nova realidade, um maior investimento em campanhas pelo o poder público, visando a disseminação de informação acerca da alteração promovida por esse dispositivo legal, para que os indivíduos estejam devidamente informados e possam revelar a vontade de ser ou não doador para sua

família, para que, após a sua morte, a sua escolha seja respeitada, mesmo que de forma indireta. Essa comunicação com a família é de extrema importância, vez que representa a manifestação da própria autonomia do indivíduo.

No tocante as diretivas antecipadas de vontade, nota-se que esse é um instituto que carece de regulamentação pelo Congresso Nacional, vez que a resolução nº 1.995 do Conselho Federal de Medicina possui eficácia restrita. No Brasil não há a possibilidade de dispor através das diretivas antecipadas de vontade sobre a doação de órgãos, vez que o ordenamento brasileiro sobrepõe o consentimento familiar em detrimento da vontade próprio do indivíduo, no âmbito dos transplantes *post mortem*, o que desnaturaria o instituto das diretivas, além disso, faz-se necessária a observância da ordem da lista de espera instituída pelo Sistema de Lista Única.

Também é possível constatar a intervenção estatal na esfera pessoal do indivíduo a partir do momento em que o legislador impossibilita que o doador escolha o destinatário final dos seus órgãos no transplante *post mortem*, proibindo que o receptor do órgão seja alguém não cadastrado no Sistema de Lista Única. Entretanto, hoje já se discute sobre a possibilidade da disposição no testamento vital de uma cláusula acerca da doação de órgãos, visto que, além de preservar a vontade do ser humano após a morte, também visa diminuir a altíssima carga de responsabilidade que é imposta aos familiares nessa situação.

O transplante *inter vivos* também enfrenta restrições práticas impostas pelo ordenamento jurídico à autonomia do doador. Essa modalidade de transplante só é admitida quanto a órgãos duplos, desde que sua retirada não provoque nenhum prejuízo para o indivíduo, como o comprometimento das suas funções vitais ou saúde mental. Dessa forma, é essencial a comprovação da necessidade terapêutica do procedimento. Além disso, o ordenamento estipula o requisito da existência de vínculo familiar específico entre o doador e o receptor ou, nos demais casos, uma autorização judicial, para a validação da doação. Essas medidas buscam a preservação da integridade física do doador, sendo assim, apesar de limitarem a sua autonomia, são necessárias para sua proteção, dado que se não houvesse tais exigências abrir-se-ia margem para uma instrumentalização do ser humano, já que a venda de órgãos poderia ser praticada por qualquer pessoa, desde que usasse



como justificativa a realização de uma doação, tornando inviável o controle da autenticidade das alegações.

Considerando que a garantia da autonomia está intimamente relacionada à capacidade dos indivíduos de tomarem decisões adequadas, nota-se que, apesar do ordenamento restringir essa autonomia em diversos aspectos, há também a garantia desta através do Termo de Consentimento Informado aplicado na prática biomédica, posto que este representa uma extensão da própria autonomia do sujeito

Quanto ao consentimento de incapazes, apesar deste, muitas vezes, ser desconsiderado pelo ordenamento jurídico, vez que a teoria das incapacidades estabelece que aquele que não possui o discernimento necessário para prática de atos civis terá sua autonomia limitada, diante de algumas situações esse consentimento se mostra relevante, tendo em vista que a classificação de capacidade ou incapacidade é estabelecida por um limiar que pode vir a se modificar em função dos riscos ou da complexidade da situação. Inclusive, existem entendimentos doutrinários no sentido de que somente seria possível a dispensa da vontade manifestada pelo incapaz quando este não possuir capacidade para compreender a gravidade e a extensão dos seus atos, ou seja, quando não puder ser considerado como um menor amadurecido.

Dessa forma, percebe-se que a lei não disponibiliza a possibilidade de uma análise individual e de acordo com o caso concreto, ponderando-se a natureza do tratamento médico que será submetido e o seu nível de discernimento, o que seria mais justo, uma vez que se trata de uma limitação severa a autonomia do indivíduo.

Nesse sentido, verifica-se que a capacidade jurídica não está necessariamente vinculada à capacidade de tomar decisões médicas, visto que esta última busca a proteção do próprio indivíduo, já aquela é voltada para o resguardo dos interesses da sociedade como um todo. Contudo, a determinação dessas capacidades é similar, dado que se baseia na mensuração da habilidade cognitiva do indivíduo em compreender e interpretar informações e ponderar as consequências de suas escolhas.

Outro fator limitante imposto pela legislação é a questão da gratuidade, vez que o transplante de órgãos é um contrato de doação, ou seja, deve ser formado a partir de um ato de liberalidade, não podendo haver nenhum encargo ao beneficiário.

Deste modo, verifica-se a ilicitude do mercado de órgãos, apesar de ser uma situação recorrente nos dias atuais, demonstrando que o quanto estabelecido pela legislação e pela ética não vem sendo observado pelos profissionais de saúde, bem como pelos doadores e suas famílias. A aceitação dessa disposição onerosa de partes do corpo, durante a vida, implica no próprio desrespeito à dignidade humana do indivíduo, posto que desestimula as doações altruísticas, bem como reduz o corpo humano a um mero objeto, já que são auferidos valores para cada órgão específico. Isto posto, conclui-se que o homem não pode ser utilizado como um meio para se atingir determinado fim, dessa forma, não pode ser utilizado para satisfação de interesses alheios, como se almeja com o mercado de órgãos.

O indivíduo que não tem o mínimo existencial atendido não possui autonomia para firmar relações jurídicas, já que opera de acordo com a sua necessidade e não com base no sentimento de solidariedade, essencial ao instituto da doação. Dessa forma, não atua de maneira livre, já que vive em um estado de necessidade latente em que existe uma espécie de coação imposta por seus instintos básicos.

Outro grupo populacional com autonomia reduzida são os presos. Há o questionamento sobre a possibilidade jurídica de o presidiário ser doador de órgãos para obtenção da diminuição da pena imposta pelo ordenamento. No entanto, essa situação é antiética e ilícita, na medida em que, assim como as pessoas que traficam órgãos para sobreviver, os presidiários também são movidos pela necessidade diante da situação em questão, comprometendo a sua escolha autônoma, já que a doação não será livre e consciente, muito menos altruísta. Além disso, a pena tem função ressocializadora, sendo assim, ao se permitir a troca do tempo de pena por órgãos seria desvirtuado o principal objetivo da condenação, como também estaria se permitindo o reingresso na sociedade de um indivíduo que deveria ter sido reeducado e não foi.

Nada obstante, ainda é necessária maior divulgação de informações quanto aos transplantes de órgãos e seus procedimentos para a população, vez que grande parcela ainda não possui conhecimento acerca da matéria para a tomada de uma decisão consciente, pois a falta de discernimento acaba influenciando em um posicionamento negativo.

Por fim, é possível constatar que o tema transplante de órgãos ainda necessita de maior atenção e dedicação legislativa, vez que o direito precisa se adequar ao desenvolvimento da ciência médica para que possa haver um abrandamento dos tormentos sofridos pelo ser humano. Ademais, se trata de uma matéria de saúde pública, sendo assim, carece de maior atenção do Estado, visto que as filas de procura de transplante de órgãos crescem cada vez mais, já que as fontes disponíveis são insuficientes para suprir a necessidade da população, sendo a escassez de órgãos uma realidade do nosso país, caracterizada como uma questão metalegal, vez que transcende a própria lei.

## REFERÊNCIAS

ABTO - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS. **Diretrizes Básicas para a Captação e Retirada de Múltiplos Órgãos e Tecidos da Associação Brasileira de Transplante de Órgãos**. São Paulo: Editora Companygraf, v. 1, 2009.

\_\_\_\_\_. **Registro Brasileiro de Transplantes**, 2016. Disponível em: <<http://www.abto.org.br/abtov03/default.aspx?c=1092&mn=476>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. **Registro Brasileiro de Transplantes**, 2017. Disponível em: <<http://www.abto.org.br/abtov03/Upload/file/RBT/2017/rbt-leitura-sem.pdf> 476>. Acesso em: 31 out. 2017.

ALBUQUERQUE, Raylla; GARRAFA, Volnei. Autonomia e indivíduos sem a capacidade para consentir: o caso dos menores de idade. **Revista Bioética**, v. 24, n. 3, 2016, p. 452-458.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. Tradução de Luciana Pudenzi. 4 ed. São Paulo: Editora Edições Loyola, 2002.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. Direito à integridade pessoal. *In*: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coords.). **Direitos constitucionalizados**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 413-431.

\_\_\_\_\_. Proibição de disposição e de limitação voluntária dos direitos da personalidade no Código Civil de 2002: crítica. *In*: BARROSO, Lucas Abreu (Org.). **Introdução crítica ao Código Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 15-30.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 19 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto 2.268**, de 30 de junho de 1997. Brasília, DF, 30 jun. 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1997/d2268.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/d2268.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto 9.175**, de 18 de outubro de 2017. Brasília, DF, 18 out. 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/Decreto/D9175.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Decreto/D9175.htm)>. Acesso em: 25 out. 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ, 07 dez. 1940. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 29 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. **Enunciado 274 da IV Jornada de Direito Civil**. Elaborado por Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219>>. Acesso em: 19 out. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei 6.015**, de 31 de dezembro de 1973. Lei de Registros Públicos. Brasília, DF, 31 dez. 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm)>. Acesso em: 21 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei 9.434**, de 04 de fevereiro de 1997. Lei de Transplante de Órgãos. Brasília, DF, 04 fev. 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm)>. Acesso em: 17 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. **Portaria 2.600**, de 21 de outubro de 2009. Brasília, DF, 21 out. 2009. Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt2600\\_21\\_10\\_2009.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt2600_21_10_2009.html)>. Acesso em: 29 maio 2017.

BUONICORE, Giovana Palmieri. A metáfora de um discurso desproporcional diante da análise bioética e jurídico-penal dos delitos de tráfico de órgãos e dos que envolvem o cadáver. In: LOCH, Jussara de Azambuja; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder (Orgs.). **Bioética na atualidade**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2014, p. 69-91.

CLAUSSEL, Gonçalves LFS, Veronese FJV *apud* Mattia, Ana Lúcia de *et al.* Análise das dificuldades no processo de doação de órgãos: uma visão integrativa da literatura. **Revista Bioethikos**, v. 4, n. 1, 2010, p. 66-74.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.931**, de 24 de setembro de 2009. Código de Ética Médica. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra\\_4.asp](http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_4.asp)>. Acesso em: 21 out. 2017.

DADALTO, Luciana. A necessidade de um modelo de Diretivas Antecipadas de Vontade para o Brasil: estudo comparativo dos modelos português e franceses. **Revista M**, v. 1, n. 2, 2016, p. 446- 463.

\_\_\_\_\_; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. **Revista Bioética**, v. 21, n. 3, 2013, p. 463-476.

DINIZ, Maria Helena. A nova teoria das incapacidades. **Revista Thesis Juris - RTJ**, v. 5, n. 2, 2016. p. 263-288.

\_\_\_\_\_. **O Estado Atual do Biodireito**. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

FABBRO, Leonardo. Limitações jurídicas a autonomia do paciente. **Revista Bioética**, v. 7, n. 1, 1999, p. 1-6.

FARAH, Elias. Transplantes de órgãos e tecidos humanos. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v. 27, 2011, p. 57-103.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Mudanças normativas nos transplantes de órgãos**. Disponível em: <<http://meusitejuridico.com.br/2017/10/23/mudancas-normativas-nos-transplantes-de-orgaoseliminaca-o-da-atuacao-mp-e-ineficacia-da-declaracao-da-vontade-de-ser-doador/>>. Acesso em: 29 nov. 2017.

\_\_\_\_\_; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte geral e LINDB**. 13. ed. São Paulo: Editora Atlas, v. I, 2015.

\_\_\_\_\_. 15. ed. Salvador: Editora Juspodivm, v. I, 2017.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil: Obrigações**. 9. ed. São Paulo: Editora Atlas, v. 2, 2015.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil: Teoria Geral e Contratos em Espécie**. 7. ed. Salvador: Editora Juspodivm, v. 4, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil : contratos em espécie**. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, v. IV, 2016.

GARRAFA, Volnei; MARTORELL, Leandro Brambilla; NASCIMENTO, Wanderson Flor do. Críticas ao principlialismo em bioética: perspectivas desde o norte e desde o sul. **Revista Saúde e Sociedade**, v. 25, n. 2, 2016, p. 442-451.

GODINHO, Adriano Marteleto. Autonomia privada no âmbito das relações médico-paciente e a “capacidade para consentir”: uma necessária ruptura com o regramento civil da (in)capacidade jurídica. *In*: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo a autonomia**. Salvador: Editora Juspodivm, 2014, p. 31-48.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

HOSTIUC, Sorin. Consentimento informado e competência em pediatria: opiniões de uma amostra de médicos romenos em treinamento. **Jornal de Pediatria**, v. 88, 2012, nº 6, p. 518-523.

HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiuza. **O Direito "In Vitro" da Bioética ao Biodireito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. 1. ed. São Paulo: Editora EDIPRO, 2003.

LIMA, Walber Cunha. Os direitos da personalidade e o transplante de órgãos humanos no Brasil. **Revista FARN**, v. 8, n. 1/2, 2009, p. 161-179.

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

\_\_\_\_\_. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

PESSALACIA, Juliana Dias Reis; CORTES, Vanessa Faria; OTTONI, Alba. Bioética e doação de órgãos no Brasil: aspectos éticos na abordagem à família do potencial doador. **Revista Bioética**, v. 19, n. 3, 2011, p. 671-682.

PORTAL TERRA. Jovem reage após morte cerebral diagnosticada por 4 médicos, 2012. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/ciencia/jovem-reage-apos-morte-cerebral-diagnosticada-por-4-medicos,e30a00beca2da310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>>. Acesso em: 29 Maio 2017.

REQUIÃO, Maurício. Autonomia privada como elemento de concreção da dignidade da pessoa humana: considerações preliminares. *In*: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo a autonomia**. Salvador: Editora Juspodivm, 2014, p. 13-30.

\_\_\_\_\_. **Normas de textura aberta e interpretação: Uma Análise no Inadimplemento das Obrigações**. Salvador: Editora Juspodivm, 2011.

ROCHA, Maria Isabel de Matos. Transplante de órgãos entre vivos: as mazelas da nova lei. **Revista dos Tribunais**, v. 742, ano 86, 1997, p. 67-80.

RODRIGUES FILHO, Edison Moraes; JUNGES, José Roque. Morte encefálica: uma discussão encerrada? **Revista Bioética**, v. 23, n. 3, 2015, p. 485-494.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002.

\_\_\_\_\_; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2011.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

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

STANCIOLI, Brunello et al. O Sistema Nacional de Transplantes: saúde e autonomia em discussão. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 11, n. 3, Fevereiro 2011, p. 123-154.

UNICEF PORTUGAL. **A convenção sobre os direitos da criança**. Disponível em: <[https://www.unicef.pt/docs/pdf\\_publicacoes/convencao\\_direitos\\_crianca2004.pdf](https://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf)> Acesso em: 16 out. 2017

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. Alocação de órgãos e tecidos e a disciplina dos transplantes. **Revista Bioética**, v. 19, n. 3, 2011, p. 639-658.