



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

NATHALIA GUERRA DE ARAÚJO E SOUZA

**AS PROBLEMÁTICAS LIGADAS AO EXERCÍCIO PLENO DA
AUTONOMIA NAS DOAÇÕES DE ÓRGÃOS *POST MORTEM***

Salvador
2022

NATHALIA GUERRA DE ARAÚJO E SOUZA

**AS PROBLEMÁTICAS LIGADAS AO EXERCÍCIO PLENO DA
AUTONOMIA NAS DOAÇÕES DE ÓRGÃOS *POST MORTEM***

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

Orientador: Professor Maurício Requião

Salvador

2022

TERMO DE APROVAÇÃO

NATHALIA GUERRA DE ARAÚJO E SOUZA

AS PROBLEMÁTICAS LIGADAS AO EXERCÍCIO PLENO DA AUTONOMIA NAS DOAÇÕES DE ÓRGÃOS *POST MORTEM*

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, ____ / ____ / 2022.

À minha avó Marília, sinônimo de saudade e inspiração.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus por absolutamente tudo o que sou, por todas as bênçãos, pela proteção e cuidado de cada dia, pelo amor incondicional, pelo acalento nos momentos de ansiedade e por tudo.

Agradeço ao Professor Maurício Requião pela oportunidade incrível de tê-lo como orientador do presente trabalho, bem como pela confiança ao me escolher como monitora da disciplina Introdução ao Estudo do Direito Privado II, ministrada por ele. Ademais, agradeço por todos os aprendizados transmitidos por este na sala de aula e fora dela, pelos conselhos e por tudo.

Agradeço a todos os docentes da Faculdade Baiana de Direito por cada aula e por serem, todos estes, essenciais para a formação de cada parte do aprendizado que carrego comigo hoje, em especial ao Professor Geovane Peixoto por todos os ensinamentos, os quais foram imprescindíveis para a produção deste trabalho; por ter me ensinado a interpretar a lei com uma visão crítica; pela oportunidade de ter sido monitora da disciplina Direitos Fundamentais, ministrada por ele, em semestres anteriores; por todo o aprendizado transmitido no grupo de estudos “Direitos Humanos, Cinema e Literatura”, em sala de aula e nas conversas nos corredores da Faculdade. Ademais, gostaria de agradecer à Professora Ana Thereza Meireles por todo o apoio, pelas referências indicadas por esta, as quais consistiram em um “norte” para a melhor produção e conclusão desta monografia, bem como por ser uma inspiração na área da Bioética e Direito Médico, me impulsionando a me aprofundar em tais áreas.

Obrigada ao Ministério Público do Estado da Bahia, em especial à Procuradora Silvana Oliveira Almeida e a Rafael Almeida, seu Assessor, por todo o apoio e confiança; por me ensinarem tanto enquanto estagiária e enquanto profissional; por fazerem parte da minha evolução e do meu autoconhecimento, tendo proporcionado diversas oportunidades para meu crescimento profissional e pessoal. São incontáveis as lições que levarei desse estágio tão especial e eu só tenho a agradecer.

Agradeço a Dra. Manuela Guerra, a qual tenho a sorte de poder chamar de “mãe”, por todo o apoio, suporte, amor, cuidado e afeto, desde sempre e para sempre. Obrigada a vovó Marília, ao meu avô José Carlos, a Rafa, a Victor, a tio Leo, a Cath e aos demais amigos e familiares; sou grata por cada um e não serei capaz de citar os nomes de todos, mas saibam que estão em meu coração.

Agradeço à Alfa, que me ensinou a ser 200%, a entregar a melhor versão de mim em cada tarefa e a sonhar grande para, logo depois, começar a trabalhar para alcançar tal sonho; “fogete não tem ré”. Obrigada ao MEJ em si e à Carvvo pelos incontáveis aprendizados.

Agradeço à LABEC, que me inspirou a escolher o tema desta Monografia, por ser esse espaço tão especial de troca, de debate e de aprendizado. Obrigada aos alunos dos quais fui monitora, por tanto carinho, por confiarem em mim e por todo o apoio. E, por fim, obrigada a todos que demonstraram interesse na presente pesquisa e na leitura desta.

“Não deseje que as coisas sejam mais fáceis; deseje que você seja melhor”.

(Jim Rohn)

RESUMO

O presente trabalho busca analisar criticamente certas problemáticas ligadas ao exercício pleno da autonomia nas doações de órgãos *post mortem*, associadas ao modo que a Lei nº 9.434/97, incumbida de regulamentar os transplantes de órgãos, dispõe acerca da escolha do disponente em tais doações. A primeira problemática a ser analisada relaciona-se ao artigo 4º de tal legislação, o qual reconhece a titularidade da decisão definitiva acerca da realização ou não da doação dos órgãos do *de cuius* à família deste, não excepcionando os casos em que este tenha manifestado a sua vontade em vida. Diante disso, esta monografia objetiva concluir se ocorre a violação, ou não, por parte do artigo supramencionado, à autonomia do doador, e, partindo de tal conclusão, constatar se o artigo 4º da Lei nº 9.434/97 encontra-se em sua versão mais coerente e eficaz possível ou se a reforma do dispositivo seria o melhor caminho a se seguir. Outrossim, tem-se a problemática que refere-se à omissão da Lei nº 9.434/97 no que tange a possibilidade ou não da escolha do indivíduo a receber o órgão doado por parte do disponente nos transplantes *post mortem*, restando tal escolha proibida em observância ao trazido pela Portaria nº 2.600, de 21 de outubro de 2009. Quanto a tal ponto, objetiva-se debater a limitação da autonomia por parte da referida proibição e concluir, por fim, se a proibição limita-a de forma coerente e em consonância com os princípios bioéticos e constitucionais inerentes ao Direito. As respostas acima serão obtidas por meio de reflexões que passam por tópicos como o direito ao corpo, as diversas concepções da própria autonomia e o atual panorama das doações de órgãos no Brasil, buscando-se a maior contextualização para, em seguida, vislumbrar entendimentos diversos acerca das temáticas acima e dos seus desdobramentos. Inobstante o enfoque do presente trabalho monográfico no exercício pleno da autonomia, os entendimentos trazidos não são estritamente vinculados ao Direito Civil, vide a íntima ligação da temática com a Bioética e os Direitos Fundamentais. Portanto, perpassam-se os apontamentos doutrinários e jurídicos do Direito Privado, restando explicitados os posicionamentos de bioeticistas, profissionais do Direito Médico, médicos, estudantes de medicina, dentre outros, para vislumbrar o presente tema, bem como as suas nuances, de forma extensiva, e para obter a conclusão mais pertinente possível.

Palavras-chave: Doações de órgãos *post mortem*; Autonomia; Direito ao Corpo; Direitos Fundamentais; Bioética.

ABSTRACT

The present work seeks to critically analyze certain problems related to the full exercise of self-determination as to *post mortem* organ donations, associated with the way that Law No. 9,434/97, which is responsible for regulating organ transplants, brings up that matter in such donations. The first problem to be examined relates to the 4th Article of that Law, which claims that the final decision on whether or not to donate the organs is up to the family of the deceased person, even when he has expressed his will in life. Therefore, this work aims to conclude whether or not the above-mentioned article violates the donor's self-determination, and, based on this conclusion, to verify whether Article 4th of Law No. 9,434/97 is in its most coherent and effective version as possible or whether it shall be changed. Moreover, there is the problem that refers to the omission of Law No. 9,434/97 regarding the possibility or not of the donor's choice to donate the organ to a specific person, of its choice, in *post mortem* transplants, which is prohibited according to Ordinance No. 2,600 of October 21st, 2009. On this point, the objective is to discuss the limitation of self-determination promoted by that prohibition and conclude, finally, whether the prohibition limits the full exercise of self-determination in a coherent manner, caring for the bioethical and constitutional principles inherent in law. The answers for the matters above will be obtained through debates and speculations, that go through topics such as the body autonomy, the many conceptions of self-determination itself and the current panorama of organ donations in Brazil, seeking greater conclusions and then different understandings about those themes. Despite the fact that the focus of this monographic work is the analysis as to the full exercise of self-determination, the understandings brought here are not strictly linked to Civil Law, in spite of the intimate connection of the theme with Bioethics and Fundamental Rights. Therefore, the doctrinal and legal notes of private law are included, leaving explicit the positions of bioethicists, medical law professionals, physicians, medical students, among others, to glimpse the present theme, as well as its nuances, in an extensive way, and to obtain the most pertinent conclusion possible.

Key words: *Post mortem* organ donation; Self-determination; Body autonomy; Fundamental Rights; Bioethics.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
CC	Código Civil
CEM	Código de Ética Médica
CF	Constituição Federal de 1988
CFM	Conselho Federal de Medicina
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CRM	Conselho Regional de Medicina
nº	Número
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DO DIREITO AO CORPO E DA AUTONOMIA	13
2.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO AO CORPO	13
2.2 DA INTERSEÇÃO ENTRE O DIREITO AO CORPO E O DIREITO À AUTONOMIA	21
3 DO ATUAL PANORAMA DOS TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS NO BRASIL	27
3.1 A POSSIBILIDADE JURÍDICA DAS DOAÇÕES DE ÓRGÃOS FRENTE AO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E AOS DEMAIS DITAMES DO DIREITO	27
3.1.1 As doações de órgãos enquanto exceção à indisponibilidade do corpo, trazida pelo Código Civil de 2002	27
3.1.2 Das doações enquanto negócio jurídico e da impossibilidade de se restringir as doações de órgãos <i>post mortem</i> a uma doação comum	29
3.2 DA LEGALIDADE, POSSIBILIDADE JURÍDICA, PROCEDIMENTO E REQUISITOS DAS DOAÇÕES DE ÓRGÃOS <i>POST MORTEM</i>	36
3.2.1 Dos efeitos jurídicos da morte às doações <i>post mortem</i> em meio ao Direito e os requisitos para sua efetivação	36
3.2.2 Concepções acerca da gratuidade das doações de órgãos	41
3.2.3 O paralelo entre o regramento aplicado às doações de órgãos <i>inter vivos</i> e aquele aplicado às doações <i>post mortem</i> e a previsão virtual do consentimento do doador de órgãos	42
4 O PLENO EXERCÍCIO DA AUTONOMIA NAS DOAÇÕES DE ÓRGÃOS <i>POST MORTEM</i>	47
4.1 O HISTÓRICO DA APLICAÇÃO DO DIREITOS DA PERSONALIDADE E DA AUTONOMIA DA VONTADE NOS TRANSPLANTES <i>POST MORTEM</i>	47
4.2 A PROBLEMÁTICA IMPLÍCITA NO ARTIGO 4º DA LEI Nº 9.434/97	56
4.3 A PROBLEMÁTICA LIGADA À OMISSÃO DA LEI Nº 9.434/97 EM RELAÇÃO À ESCOLHA DO RECEPTOR DOS ÓRGÃOS POR PARTE DO DOADOR NAS DOAÇÕES <i>POST MORTEM</i>	68
5 CONCLUSÃO	75

1 INTRODUÇÃO

As doações de órgãos consistem num ato de disposição do corpo humano, porquanto nestas remove-se o órgão do organismo do doador. Tais doações podem ocorrer *inter vivos* ou *post mortem* e são realizadas em prol da garantia à qualidade de vida e à dignidade do receptor do órgão doado, devendo este indivíduo, por sua vez, constar na lista única de espera do Sistema Único de Saúde (SUS) para receber o transplante em questão.

Nesse contexto, a importância do Sistema Único de Saúde se faz cada vez mais evidente, pois este consiste num essencial instrumento para a concretização da garantia do direito fundamental à saúde aos cidadãos brasileiros. Entretanto, as filas enfrentadas pela parcela da população à espera do recebimento destes transplantes são extensas e evidenciam a quantidade ainda insuficiente de doadores de órgãos.

Embora o apontamento promova certa reflexão quanto às garantias ao indivíduo dos seus Direitos Fundamentais e constitucionais ao acesso à saúde e à dignidade - por tratar-se de um problema de saúde pública -, emergem deste certas discussões no âmbito civil e bioético. Afinal, a escolha acerca da disposição do próprio corpo, por parte do indivíduo, implica o exercício da autonomia deste; porém, certas disposições trazidas pela Lei nº 9.434/97, incumbida de regular os transplantes de órgãos, incitam problemáticas relevantes acerca do pleno exercício da autonomia, destacando-se os casos de doações de órgãos *post mortem*, sendo cabível analisar criticamente tais disposições.

Primeiramente, ao tratar das doações de órgãos *post mortem*, cumpre vislumbrar que a Lei nº 9.434/97, em seu artigo 4º, reconhece a titularidade do direito de escolha acerca da doação ou não dos órgãos do *de cuius*, tratando-se de pessoa civilmente capaz, exclusivamente aos familiares deste, não excepcionando-se os casos nos quais seja expressamente declarada a vontade de doá-los pelo falecido enquanto vivo.

Todavia, por óbvio, o *de cuius* foi, em algum momento, um indivíduo dotado de personalidade, possuindo os direitos da personalidade previstos ao longo dos artigos 11 a 21 do Código Civil. Ademais, em casos de capacidade civil, o falecido possuía, enquanto vivo, o direito ao livre exercício de sua autonomia. Diante disso, salta aos olhos o disposto no artigo supramencionado da Lei nº 9.434, cabendo-se questionar, primeiramente, se: tal lei, ao dispor que a família do *de cuius* possui a titularidade exclusiva do direito de escolha acerca da doação ou não dos órgãos deste, mesmo nos casos nos quais seja expressamente declarada a

vontade de doá-los pelo falecido enquanto vivo, viola a autonomia civil do possível doador? Seria essa a melhor alternativa de disposição para tal legislação?

Noutro giro, a legislação supracitada omite-se em relação aos transplantes realizados após a morte do doador com destinação aos receptores de escolha do *de cuius*, quando manifestada a vontade deste em vida, autorizando expressamente, entretanto, a doação de órgãos aos parentes do doador quando realizada *inter vivos*, em seu artigo 9º. Por sua vez, inobstante a omissão citada acima, tem-se a impossibilidade do doador já falecido de escolher, mediante manifestação expressa enquanto vivo, o receptor do órgão, estando a proibição a tal escolha expressa na Portaria nº 2.600, de 21 de outubro de 2009, bem como em Cartilhas informativas e FAQs nos sites oficiais dos Governos dos estados e de hospitais.

Destarte, cumpre questionar: diante da omissão da Lei nº 9.434, a proibição da doação de órgãos do *de cuius* a um indivíduo específico, escolhido por este, limita a autonomia deste de forma coerente, em observância aos princípios bioéticos e constitucionais inerentes ao Direito?

No que tange a metodologia utilizada para concluir acerca das problemáticas acima mencionadas, tem-se que este trabalho consiste numa pesquisa bibliográfica, vide o seu embasamento técnico em obras da doutrina, majoritariamente versando acerca do Direito Civil material e do Direito Médico e Bioético, visto que tais ramos do Direito são de cunho basilar para o trabalho, e em legislações como o Código Civil de 2002, a Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 9.434/97. Ademais, farão-se presentes as referências a artigos científicos, a sites institucionais e a textos monográficos que buscam discorrer acerca de tópicos ou problemáticas que permeiam e circundam o tema em evidência.

Outrossim, trata-se de uma pesquisa de cunho essencialmente qualitativo, porquanto o foco desta na interpretação e na compreensão profunda do objeto de pesquisa - ou seja, nas problemáticas ligadas ao exercício pleno da autonomia das doações de órgãos *post mortem* -, não objetivando a análise direta ou profunda de dados, informações estatísticas ou avaliações numéricas.

Por fim, o método científico a ser utilizado será o hipotético-dedutivo, diante do uso do processo de falseamento, objetivando a comprovação ou não das hipóteses que podem ser desprendidas das problemáticas tratadas acima, as quais serão testadas através da incidência de diversas deduções sobre estas, até alcançar a conclusão mais coerente.

Quanto aos objetivos gerais do presente trabalho, cabe ressaltar que este busca: Analisar criticamente a disposição trazida pela Lei nº 9.434 de que a família do *de cuius* possui a titularidade exclusiva do direito de escolha acerca da doação ou não dos órgãos deste, mesmo nos casos nos quais seja expressamente declarada a vontade de doá-los pelo falecido enquanto vivo e refletir acerca da conseqüente violação, ou não, da autonomia civil do possível doador; promover a reflexão acerca da atual versão de tal lei e concluir se esta encontra-se em sua melhor versão; analisar a proibição da doação de órgãos do *de cuius* a um indivíduo específico, escolhido por este, diante da omissão da Lei nº 9.434, discutir se a limitação da autonomia deste ocorre e, em caso positivo, se é feita de forma coerente, em observância aos princípios bioéticos e constitucionais inerentes ao Direito.

Mais especificamente, esta monografia busca analisar criticamente certas concepções sobre o direito ao corpo e o direito à autonomia, bem como a interseção destes, e os requisitos legais para os transplantes de órgãos *post mortem*. Caberá, além disso, demonstrar a conexão dos desdobramentos do tema com os direitos fundamentais, explicar o porquê das doações de órgãos *post mortem* não poderem ser estritamente vistas como um negócio jurídico e explicitar a importância de analisar a temática à luz dos princípios bioéticos.

Quanto às problemáticas principais, analisar-se-á criticamente o tratamento dado pela Lei nº 9.434/97 aos transplantes *post mortem* mediante a manifestação de vontade dos doadores, trazendo à tona qual vontade prevalecerá, nos termos da legislação, nas hipóteses em que o *de cuius* manifeste, enquanto vivo, tratando-se de pessoa capaz, a vontade de doar os órgãos e os seus familiares contrariem-na ao opinar sobre tal transplante. Diante disso, caberá explicitar a problemática referente à titularidade do direito de escolher acerca da doação ou não dos órgãos do falecido, concluindo se o entendimento trazido pelo artigo 4º da Lei nº 9.434/37 é ou não o ideal, enquanto versa-se sobre a violação da autonomia pelo artigo 4º da referida lei, além de dissertar sobre os limites bioéticos a serem observados para a reforma do dispositivo supramencionado.

Outrossim, cumprirá: explicitar o modo que a Lei nº 9.434 trata a possibilidade do *de cuius*, em sua manifestação de vontade, escolher para quem irá doar os seus órgãos; explicar porque se faria coerente a menção expressa na referida lei acerca da proibição ou permissão de tal hipótese; discorrer acerca da corroboração da referida reforma com a ótica Bioética do Direito e com a maior segurança jurídica; concluir sobre qual seria o caminho mais coerente a seguir, entre promover tais reformas ou manter a lei em seu modelo atual.

2 DO DIREITO AO CORPO E DA AUTONOMIA

Em primeira instância, objetivando a melhor compreensão da presente temática, faz-se essencial a inicial apresentação e discussão acerca de conceitos teóricos do Direito Privado, com foco no Direito Civil material, bem como a apreciação da aplicabilidade prática destes em meio ao ordenamento jurídico brasileiro. Dentre as reflexões sobre os conceitos referidos, destaca-se aquela que busca vislumbrar o direito ao corpo, cumprindo ressaltar a inerência deste aos direitos da personalidade, além de debater acerca da sua conexão com os direitos fundamentais, como o direito à liberdade e à dignidade.

Outrossim, tem-se em foco o conceito de “autonomia”, cabendo a análise do significado lexical da palavra em contraste com os demais significados atribuídos pelo Direito à palavra em questão, perpassando-se pelas suas funções, pela conexão desta com os direitos fundamentais e pelas análises quanto ao seu exercício, por parte do indivíduo, na realidade fática. Ademais, destacar-se-á a interseção entre a autonomia e o direito ao corpo do indivíduo, debatendo certos desdobramentos ligados ao pleno exercício de ambos.

2.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO AO CORPO

Ao vislumbrar a temática presentemente analisada, resta evidente a correlação desta com o direito ao corpo, cabendo analisar tal tópico de forma mais aprofundada, trazendo à tona certos desdobramentos interessantes deste. Primeiramente, a título de contextualização, cumpre abordar a esfera dos direitos da personalidade, posto que o direito ao corpo resta inerente a este. Conforme disposto no artigo 2º do Código Civil de 2002, a personalidade civil surge com o nascimento com vida. Entretanto, o mesmo artigo prevê, ademais, a garantia dos direitos do nascituro desde a sua concepção.

Diante disso, cumpre analisar tal disposição à luz de duas das teorias acerca do momento de surgimento da personalidade civil, quais sejam a natalista e a concepcionalista. Para a teoria natalista, o momento do nascimento constitui o início da personalidade civil da pessoa humana, partindo-se de uma interpretação literal e simplista da Lei e trazendo consigo a conclusão de que o nascituro não consistiria em pessoa, conforme Alves (2016, p. 05).

Ademais, tem-se a teoria concepcionista, que defende o ideal de que a personalidade civil se inicia no momento da concepção do indivíduo, reconhecendo-se, deste modo, a existência de direitos do nascituro. A doutrinadora Diniz (2011, p. 136) mostra-se adepta a esta teoria, afirmando que os direitos da personalidade são adquiridos no instante da concepção do ser humano e, dessa forma, não podem ser retirados da pessoa enquanto ela viver, pois estão ligados à qualidade humana, sendo necessários e inextinguíveis.

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça tem demonstrado certa concordância com a teoria concepcionista da personalidade civil, evidenciada no Recurso Especial 1.415.727, onde o Tribunal reconheceu o direito à indenização referente ao seguro DPVAT diante da morte de um nascituro à mulher que o gestava, posto que o art. 3º da Lei nº. 6.194/1974 garante a indenização por morte no Seguro Obrigatório de Danos Pessoais. Vide a ementa a seguir:

DIREITO CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. ABORTO. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO OBRIGATÓRIO. DPVAT. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ENQUADRAMENTO JURÍDICO DO NASCITURO. ART. 2º DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. EXEGESE SISTEMÁTICA. ORDENAMENTO JURÍDICO QUE ACENTUA A CONDIÇÃO DE PESSOA DO NASCITURO. VIDA INTRAUTERINA. PERECIMENTO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. ART. 3º, INCISO I, DA LEI Nº. 6.194/1974. INCIDÊNCIA.

1. A despeito da literalidade do art. 2º do Código Civil – que condiciona a aquisição de personalidade jurídica ao nascimento –, o ordenamento jurídico pátrio aponta sinais de que não há essa indissolúvel vinculação entre o nascimento com vida e o conceito de pessoa, de personalidade jurídica e de titularização de direitos, como pode aparentar a leitura mais simplificada da lei.

2. Entre outros, registram-se como indicativos de que o direito brasileiro confere ao nascituro a condição de pessoa, titular de direitos: exegese sistemática dos arts. 1º, 2º, 6º, e 45, *caput*, do Código Civil; direito do nascituro de receber doação, herança e de ser curatelado (arts. 542, 1.779 e 1.798 do Código Civil); a especial proteção conferida à gestante, assegurando-se-lhe atendimento pré-natal (art. 8º do ECA, o qual, ao fim e ao cabo, visa a garantir o direito à vida e à saúde do nascituro); alimentos gravídicos, cuja titularidade é, na verdade, do nascituro e não da mãe (Lei nº 11.804/2008); no direito penal a condição de pessoa viva do nascituro – embora não nascida – é afirmada sem a menor cerimônia, pois o crime de aborto (arts. 124 a 127) sempre esteve alocado no título referente a "crimes contra a pessoa" e especificamente no capítulo "dos crimes contra a vida" – tutela da vida humana em formação, a chamada vida intrauterina (MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume II. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 62-63; NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 658).

3. As teorias mais restritivas dos direitos do nascituro – natalista e da personalidade condicional – ficam raízes na ordem jurídica superada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002. O paradigma no qual foram edificadas transitava, essencialmente, dentro da órbita dos direitos patrimoniais. Porém, atualmente isso não mais se sustenta. Reconhecem-se, corriqueiramente, amplos catálogos de direitos não patrimoniais ou de bens imateriais da pessoa – como a honra, o nome, imagem, integridade moral e psíquica, entre outros.

4. Ademais, hoje, mesmo que se adote qualquer das outras duas teorias restritivas, há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante. Garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos

condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais.

5. Portanto, é procedente o pedido de indenização referente ao seguro DPVAT, com base no que dispõe o art. 3º da Lei nº 6.194/1974. Se o preceito legal garante indenização por morte, o aborto causado pelo acidente subsume-se à perfeição ao comando normativo, haja vista que outra coisa não ocorreu, senão a morte do nascituro, ou o perecimento de uma vida intrauterina.

6. Recurso especial provido (BRASIL, 1974).

Diante do entendimento supramencionado, resta evidente o reconhecimento, por parte do Superior Tribunal de Justiça, do nascituro enquanto ser dotado de personalidade civil e titular de direitos da personalidade, entendendo pela possibilidade de incidir tal indenização diante da morte deste; ou seja, foi assentida pelo Tribunal a relevância jurídica da morte do ser que apenas havia sido concebido, não tendo ocorrido o seu nascimento com vida, sendo tal entendimento adequado à teoria concepionalista.

A respeito do assunto, Fogaça (2018, p. 107-128) compreende que a garantia dada pelo artigo mencionado acima ao direito ao corpo do nascituro evidencia a tendência da doutrina moderna e da jurisprudência à adoção da teoria concepionalista, inobstante o momento do surgimento da personalidade jurídica disposto no artigo supracitado.

Emanam da personalidade certos direitos do indivíduo, os quais, consoante o artigo 11 do Código Civil, são intransmissíveis e irrenunciáveis, ou ainda: indisponíveis, incomunicáveis, impenhoráveis, imprescritíveis, perpétuos e de oponibilidade *erga omnes* (CASSETARI, 2017, p. 66-67). Consoante o entendimento da autora Maluf (2013, p. 94-95), tem-se os direitos da personalidade em sentido estrito e em sentido lato; os direitos da personalidade em sentido estrito tratam-se de fatores individualíssimos do ser humano consigo mesmo, englobando os prolongamentos e as emanções de tais direitos ao tratar destes em seu sentido lato.

Por sua vez, são direitos da personalidade os direitos à defesa, por parte da pessoa humana, do que lhe é próprio, a exemplo da sua vida, imagem, honra, identidade, liberdade e imagem (DINIZ, 2011, p. 135-136). Dito isso, cumpre ressaltar que o direito ao corpo faz parte do direito à integridade física, e, portanto, trata-se de um direito da personalidade. Acerca da indisponibilidade do direito ao corpo, tem-se que a proibição ao indivíduo à disponibilidade do seu próprio corpo encontra-se disposta no artigo 13 do Código Civil, cujo *caput* proíbe tal disposição quando esta implicar na diminuição permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes, exceto nos casos em que haja a exigência médica ou naqueles previstos em

seu parágrafo único: “[...] para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial” (BRASIL, 2002).

Ainda acerca do mérito acima tratado, Schreiber (2014, p. 34) posiciona-se de modo a apontar a insuficiência destes, criticando o texto legislativo em três pontos distintos. Em primeira instância, o autor afirma que, ao trazer a exigência médica como critério permissivo para a disposição corporal, o artigo eleva a recomendação clínica a um patamar excedente, em posição hierárquica superior a quaisquer elevações éticas e jurídicas.

Apesar de tal percepção ser válida, porquanto presente o risco social de se transmitir a mensagem de supremacia da recomendação clínica, cumpre ressaltar a importância de se diferenciar a “exigência médica”, mencionada pelo dispositivo, da mera vontade do médico. Afinal, ao citar a exigência médica, o artigo busca retratar hipóteses nas quais haverá a amputação, remoção ou retirada de uma parte do corpo do paciente por necessidades médicas, de modo a zelar pela saúde do paciente. A título de exemplo, tem-se as amputações decorrentes de traumatismos causados por acidentes de trânsito ou de trabalho, bem como de tumores, de infecções e de obstruções vasculares causadas por comorbidades como a diabetes ou por práticas tais quais o tabagismo (BIONICENTER, 2020).

Portanto, casos em que a disposição do corpo do paciente decorra da necessidade de fazê-lo não devem ser vislumbrados enquanto acontecimentos onde a disposição do corpo humano decorre da mera vontade do médico. Afinal, acerca de tal ponto, o Código de Ética Médica (CEM), Resolução CFM nº 2.226/2019, traz, em seu artigo 22, *caput*, que é vedado ao médico, ainda que após o esclarecimento a respeito do procedimento a ser realizado ao paciente ou de seu representante legal, deixar de obter o devido consentimento deste, exceto nos casos de risco iminente de morte. Outrossim, resta vedada ao médico a não garantia ao paciente do exercício do seu direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar (art. 24, *caput*, CEM), explicitando-se ainda a proibição a tal profissional da saúde de exercer a sua autoridade para limitar o exercício do direito supramencionado. Por sua vez, o *caput* do artigo 28 do CEM prevê a vedação ao desrespeito, por parte do médico, do interesse e da integridade do paciente em qualquer instituição na qual esteja recolhido, inobstante a própria vontade, e obriga o profissional citado a denunciar quaisquer atos lesivos à personalidade e à saúde física ou mental dos pacientes confiados a si à autoridade competente e ao Conselho Regional de Medicina.

Diante do exposto, conclui-se pelo zelo do mérito em evidência por parte do Código de Ética Médica, o qual ressalta a prevalência da vontade do paciente em virtude daquela do médico, excepcionando-se o caso de risco iminente de morte, devendo o médico ser responsabilizado perante o Conselho de Medicina, bem como civilmente, de forma a ser aprofundada à posteriori no presente trabalho. Por sua vez, o artigo 13 do Código Civil, ao tomar como exceção à indisponibilidade do corpo humano o caso de exigência médica, busca concordar com o trazido pelo CEM e tratar das hipóteses em que as amputações são imprescindíveis para a diligência à saúde do paciente, não transmitindo a mensagem acima interpretada por Schreiber (2014, p. 34).

Ainda assim, inobstante a segurança jurídica objetivada por ambos os códigos, a interpretação de Schreiber (2014, p. 34) evidencia que a atenção para a efetivação das disposições inerentes a estes faz-se necessária, diante do risco de ocorrência de abusos em direção ao paciente, por parte do médico, na prática; veja-se: aqui, a preocupação não é com a redação dada pelo artigo 13 do Código Civil, a qual encontra-se de acordo com os ditames do Direito conforme demonstrado, e sim com a aplicação prática desta. Afinal, a relação médico-paciente é demarcada, em regra, pela extrema confiança depositada no doutor por parte do paciente e pela discrepância do conhecimento clínico entre ambos, restando clara a hipossuficiência do paciente em tal relação. Decorre de tal fato a preocupação quanto à prevenção e ao impedimento da ocorrência dos possíveis atos ilícitos citados, nos quais o médico tomaria como vantagem as circunstâncias *in casu* para, por exemplo, impor ao paciente a sua vontade, disfarçada de “exigência médica”, obtendo o consentimento do enfermo de forma irregular e abusiva.

Neste cenário, a solução não se encontra na alteração da parcela em questão do texto legislativo do artigo 13 do Código Civil de 2002, porquanto o dispositivo se mostra capaz de transmitir a mensagem objetivada, e sim nas medidas para efetivar a aplicação deste, cujo grau de complexidade elevado não permite a análise rebuscada no presente momento.

Em segundo lugar, Schreiber (2014, p. 34) critica o uso da expressão “bons costumes”, apontando as dificuldades causadas por tal uso na sociedade atual, a qual sofre constante influência da tecnologia e da ciência. Embasando-se nesta constatação, cabe pontuar que o zelo do Direito pelos chamados “bons costumes”, desde a menção da expressão em sede de texto legislativo até a aplicação desta enquanto parâmetro ou embasamento para exercer as demais atividades jurídicas, gera extrema insegurança neste ramo. Em suma, o conceito de “bons costumes” é extremamente mutável, vide, primeiramente, que cada indivíduo crê em

um diferente significado ideal para o termo, devendo o Direito adaptar-se, nos mais diversos sentidos, à sociedade que rege para alcançar a sua efetividade; conseqüentemente, ao utilizar tal termo com o objetivo de resguardar valores morais da sociedade, o Direito falha em atender ao interesse de cada um dos cidadãos.

Claramente, esta última missão se torna impossível diante da sociedade extremamente plural em que se vive; nesse cenário, por mais que se deva objetivar o alcance do interesse majoritário, tal interesse muda em conjunto com os cidadãos, criando uma maior instabilidade relativa ao conceito de “bons costumes”. Portanto, tratando-se de termo não apenas instável e incerto como, por vezes, de expressão utilizada para mascarar certos preconceitos e conservadorismos inerentes à sociedade brasileira, conclui-se pela necessidade de se evitar a menção legal a esta.

Por fim, Schreiber (2014, p. 34) evidencia a permissão implícita no dispositivo às disposições corporais de cunho não permanente, vide a não vedação expressa destas, posto que apenas se proíbe a disposição que implique na diminuição permanente da integridade física, trazendo ainda o perigo inerente a tal permissão.

A afirmação quanto à possibilidade de se presumir a permissividade de certa conduta diante da omissão do diploma legal demonstra-se correta, consoante o ministro Britto (2011, ADI nº 4277 e ADPF nº 132): “Tudo que não está juridicamente proibido, está juridicamente permitido. A ausência de lei não é ausência de direito, até porque o direito é maior do que a lei”. Tal ponto se torna, diante disso, capaz de incitar questionamentos quanto aos riscos inerentes a tal permissibilidade, conforme apontado pelo autor.

Entretanto, após a análise do dispositivo, conclui-se que tal pontuação não apoia-se em objeto suficiente para gerar preocupação fática capaz de afirmar o perigo da citada permissão implícita neste. Destarte, ao permitir as disposições não permanentes do corpo do ser humano, o artigo possibilita ao indivíduo a livre disposição dos aspectos inteiramente regeneráveis do corpo, tais quais o cabelo, existindo inclusive, além das doações de cabelo a hospitais especializados no tratamento do câncer, a prática legal da venda de cabelos para salões de beleza, ambos objetivando a produção de perucas ou afins.

Tomando tais hipóteses como exemplo, constata-se que resta inofensiva a citada permissão dada pela lei, porquanto a proibição das disposições não permanentes do corpo humano implicaria na proibição dos cortes de cabelo, mérito este completamente inaplicável em meio à sociedade.

Por sua vez, Schreiber (2014, p. 39) reconhece a importância de permitir certas disposições não permanentes do corpo humano, tais quais as supracitadas; entretanto, o doutrinador posiciona-se de tal forma:

Atos que produzem diminuição temporária não podem ser considerados só por isso legítimos, devendo-se perquirir mais que a extensão e duração da intervenção física. Ao jurista cumpre examinar também a intensidade e, especialmente, a finalidade que se persegue com a autolimitação corporal. Retorne-se aos casos dos microchips subcutâneos. Não há dúvida de que não provocam diminuição permanente da integridade física. Nem por isso se poderia considerar legítimo o consentimento para inserção de um microchip na pele de operários, com o escopo de controlar o horário do seu ingresso na fábrica [...] por outro lado, o uso do mesmíssimo microchip para monitoramento de suas funções vitais, desde que precedido do seu consentimento informado, deve ser considerado legítimo porque voltado à proteção da sua saúde.

Destarte, cabe examinar dois aspectos da argumentação referida. Em primeira instância, a constatação da incumbência do jurista de analisar a intensidade e a finalidade da autolimitação corporal em meio às especificidades de cada caso concreto demonstra-se correta; porém, o dever de vislumbrar com cautela e razoabilidade os demais casos concretos, bem como as suas especificidades, em observância aos princípios fundamentais é - ou deveria ser - pressuposto da atividade jurídica em si, não sendo um fator exclusivo à hipótese tratada. Busca-se, aqui, ressaltar o equívoco no apontamento da ausência da previsão expressa da análise razoável referida no artigo como uma falha deste, posto que esta deveria fazer parte da análise jurídica em si.

Em segundo lugar, a inserção do microchip subcutâneo nos operários de uma fábrica para viabilizar o maior controle e fiscalização sobre o seu horário de trabalho, hipótese trazida como exemplo acima, deve ser proibida, de fato, por mais que não provoque a diminuição permanente da integridade física, não sendo sequer coerente considerar legítimo o consentimento para tal aplicação. Entretanto, a redação do artigo 13 do Código Civil não se equivoca ao dispor da forma que o faz, proibindo expressamente apenas as disposições de cunho permanente do corpo humano, novamente por entender-se que o impedimento para a permissão de condutas de disposições não permanentes do corpo humano similares ao exemplo citado, encontra respaldo nos diversos direitos fundamentais a serem violados pela prática desta. Afinal, no exemplo acima, o consentimento dado pelo operário não seria puro, em regra, diante da relação de hierarquia entre empregador e empregado, na qual este é subordinado àquele, consoante a legislação trabalhista (art. 3º, CLT). Enfim, conclui-se pela vulnerabilidade do empregado em tal relação, restando provável que o referido consentimento fosse dado como consequência de certo temor ou coação, ou por medo de demissão em caso de oposição.

Ademais, a proibição de condutas de autolimitação não permanente do próprio corpo como regra, e não como exceção – que ocorre nas hipóteses em que restem feridos os direitos da pessoa humana -, limitaria em maior escala a autonomia dos indivíduos, representando um retrocesso quanto à liberdade destes, ponto o qual será aprofundado posteriormente. Afinal, a Constituição Federal de 1988 trata-se da “lei maior” em meio ao ordenamento jurídico, o qual deve ser interpretado enquanto sistema e não de forma isolada. Diante do exposto, resta clara a impossibilidade da permissão de condutas similares à do exemplo analisado, posto que são feridos os direitos fundamentais à dignidade, à liberdade, devido ao consentimento forçado dos operários, bem como à igualdade, pois a inserção de tais microchips diriam respeito apenas aos empregados, aspecto que eleva o grau de desigualdade natural da relação trabalhista, além dos demais direitos cíveis e trabalhistas envolvidos no caso, concluindo-se novamente pela desnecessidade, em certo ponto, da menção ao dever do jurista de analisar com cautela as especificidades da questão.

Por sua vez, em consonância com o entendimento de Gozzo e Moinhos (2014, p. 10-12), os direitos fundamentais e os direitos da personalidade se completam, tomando como exemplo o direito à proteção e incolumidade do corpo, cuja natureza consiste na de direito fundamental e de personalidade, concomitantemente. Outrossim, as autoras refletem que, em sede de direitos fundamentais, o direito à vida faz imergir os demais direitos do indivíduo, tratando-se de um direito inviolável, bem como os demais direitos fundamentais, os quais devem ser respeitados inclusive diante das realizações de práticas interventivas pessoais e de terceiros sobre o corpo humano.

Noutro giro, pode-se aprofundar o entendimento quanto ao direito à integridade física, do qual o direito ao corpo em si resta inerente, para fins de uma compreensão mais completa dos demais desdobramentos do tema a ser trabalhado no presente estudo, ao subdividi-lo em: direito à vida e aos alimentos, direito ao corpo vivo e direito ao corpo morto (MALUF, 2013, p. 96). Ao tratar da existência de um “direito ao corpo morto”, é interessante a menção à extinção dos direitos da personalidade e às suas diferentes concepções e desdobramentos, posto que, consoante o Código Civil de 2002, em seu artigo 6º, a morte do indivíduo extingue a pessoa natural; portanto, faz-se comum inferir que os direitos da personalidade acima tratados cessam com o falecimento do ser humano.

Entretanto, Oliveira (2013) crê que o fim da pessoa não ocasiona, necessariamente, o fim de seus direitos, justificando, portanto, a extensão dos demais atos relacionados ao falecido à família deste. Tal legitimação para tutelar pelos direitos do *de cuius* encontra, inclusive,

respaldo no artigo 12 do Código Civil. Nesse sentido, como supramencionado, no entendimento de Maluf (2013, p. 96), estaria incluso nos direitos da personalidade o direito ao corpo morto, sendo inerentes a este o direito ao sepulcro, à cremação, ao transplante, à utilização científica, ao culto religioso. Portanto, embora reste disposta pelo artigo 6º do Código Civil de 2002 a extinção da pessoa natural com a sua morte, não se torna plausível a interpretação de que todos os direitos do indivíduo se esvaem com o seu falecimento, vide os ditos direitos remanescentes do *de cuius*.

O jurista Carvalho (2016) demonstra a tutela cautelosa, por parte do Código Civil, dos direitos da personalidade ao afirmar a existência do “princípio da reparação integral nos casos de lesão a direitos da personalidade”, o que embasaria a concessão do direito de tutelar em nome do *de cuius* ao seu cônjuge sobrevivente, ou a aos seus parentes em linha reta, ou colateral até o quarto grau, citando a existência do dano à personalidade do morto. Os direitos dos quais trata-se a legitimidade supracitada consistem no direito à honra, à privacidade e à imagem do falecido (MIRANDA, 2013).

Por sua vez, Beltrão (2015) assemelha a legitimidade dos parentes de pleitear em nome do *de cuius* aos casos em que pleiteia-se em nome dos sujeitos civilmente incapazes ainda em vida para concluir que este fenômeno não concede aos sucessores do *de cuius* a titularidade dos direitos da personalidade a serem protegidos, e sim a possibilidade de resguardar tais direitos e de consagrar a personalidade inerente ao ente querido em vida; inclusive, o artigo 943 do Código Civil trata tal possibilidade, de fato, como um direito concedido à família do *de cuius* em sede de herança.

2.2 DA INTERSEÇÃO ENTRE O DIREITO AO CORPO E O DIREITO À AUTONOMIA

A interseção entre o direito ao corpo acima tratado e a autonomia consiste em tópico essencial para a análise do recorte do tema em questão, servindo de base para a interpretação das hipóteses a serem falseadas à posteriori. De cunho introdutório, tem-se o entendimento de Schreiber (2014, p. 32), cuja premissa é a de que a forma com a qual o Direito trata o corpo humano sofreu extrema influência do pensamento religioso ao longo da história, porquanto este foi considerado uma dádiva divina e, por conseguinte, merecedor de uma proteção superior àquela reservada aos desígnios individuais por muitos séculos, sendo o pensamento moderno o responsável pela ruptura de tais ideais e pelo encaixe da integridade corporal na

esfera da autonomia do sujeito. Como consequência deste feito, ainda conforme o autor veio o ideal representado pela expressão “direito ao próprio corpo”, a qual objetiva reiterar a função do corpo, qual seja a de: “atender à realização da própria pessoa, e não aos interesses de qualquer entidade abstrata, como a Igreja, a família ou o Estado”. Desde já, mostra-se evidente a interseção entre o direito ao corpo e o direito à autonomia, porquanto a aplicação daquele fortalece e reitera a aplicação deste; afinal, ao garantir ao indivíduo o direito ao próprio corpo, resta-lhe garantido o exercício da autonomia sobre o seu corpo.

Por sua vez, o entendimento sobre a autonomia consiste em conteúdo basal para a devida compreensão do presente trabalho, vide o enfoque deste na análise quanto ao pleno exercício da autonomia no cenário específico a ser tratado à posteriori. Primeiramente, faz-se interessante vislumbrar as diversas concepções quanto ao conceito de “autonomia”; tomando como base o entendimento dos convencionalistas, em sede de estudo sobre a Semiótica Jurídica, certas palavras utilizadas rotineiramente em meio à sociedade podem vir a receber outros sentidos e significados por meio do uso reiterado desta em sua forma estipulativa em virtude do seu sentido lexical, fenômeno este que, por vezes, decorre das convenções do Direito (PEARCE, 2022).

Acerca do mérito, Ferraz Jr. (2018, p. 45) entende que:

Definições lexicais admitem, pois, os valores verdadeiro/falso. Nem sempre, porém, uma palavra se presta à definição desse tipo. [...] Nesses casos, podemos definir de forma estipulativa, isto é, propomos um uso novo para o vocábulo, fixando-lhe arbitrariamente o conceito [...] é evidente que, do ponto de vista da concepção convencionalista da língua, uma definição meramente lexical do conceito é muito difícil. Restar-nos-ia, pois, ou o caminho da redefinição ou, então, de uma pura estipulação.

Por seu turno, a concepção de “autonomia” para o meio jurídico demonstra-se variada, em contraposição ao conceito lexical da palavra autonomia, qual seja aquele obtido na leitura do dicionário. À priori, compreende-se que a diversidade de conceitos atribuídos para a dignidade humana impulsiona a polissemia do termo “autonomia” no cenário jurídico, porquanto esta pode ser entendida enquanto elemento de concreção do direito fundamental à dignidade humana, sendo essencial a interpretação fática do caso concreto para se compreender qual conceito de dignidade e, por conseguinte, de autonomia deve ser tomado como base na situação (REQUIÃO, 2014, p. 20-28).

Por ora, resta indubitoso que a autonomia privada consiste em princípio fundamental do Direito Civil, cujo objetivo é tratar da vontade humana e do poder de autodeterminação do sujeito em consonância com Requião (2014, p. 21), cabendo analisar os demais

desdobramentos e especificações do sentido de autonomia para a doutrina. Tratando sobre o conceito de “autonomia”, Alves, Fernandes e Goldim (2017, p. 245-250) entendem que esta representa a marca da relação íntima entre o individualismo e o Código Civil, tratando-se de um requisito para a promoção e proteção do direito fundamental à liberdade e à dignidade da pessoa humana, enquanto Requião (2014, p. 20-28) traz a ideia de que a autonomia não seria um requisito para a proteção do direito à dignidade, e sim um elemento importante para tal.

Ademais, a autonomia pode ser vista como um reflexo do próprio artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o qual, em seu inciso II, define a permissão do sujeito para fazer ou deixar de fazer tudo o que não seja proibido pela lei nacional (SANTOS, 2001). Na mesma toada, o autor explicita que o princípio da autonomia da vontade significa o poder concedido ao indivíduo plenamente capaz de, conforme a sua vontade, praticar atos e assumir obrigações. Ainda consoante Santos (2001), a origem do princípio supracitado vincula-se aos ideais iluministas do século VIII, adotando-se o entendimento de que o sujeito é dotado de liberdade, podendo este livremente contratar da maneira mais adequada e conveniente para si, sempre em observância ao artigo 82 do Código Civil de 1916, vigente à época da obra do autor em evidência. Tal artigo preceituava acerca da validade do ato jurídico, a qual dependeria do agente capaz, do objeto lícito e da forma prescrita ou não defesa em lei. Atualmente, o Código Civil de 2002 atualizou e ampliou tal entendimento, dispondo sobre os requisitos de validade do negócio jurídico em seu artigo 104, adotando como tais: a capacidade do agente, o objeto lícito, possível e determinado ou determinável – não exigindo meramente a licitude do objeto para que o negócio jurídico válido fosse - e a forma prescrita ou não defesa em lei.

Os apontamentos supracitados evidenciam a frequente ligação estabelecida pelos juristas entre a autonomia e às negociações, ligando aquela, por conseguinte, à liberdade de negociar do indivíduo. Nesse viés, Godinho (2014, p. 32) cita a existência da compreensão da autonomia enquanto um instituto tradicionalmente pensado para incidir sobre os negócios jurídicos de natureza patrimonial, não devendo-se, entretanto, reduzir o conceito desta às trocas pecuniárias e mercantis realizadas pelos cidadãos, e sim evoluir tal concepção de modo a vislumbrar a autonomia como meio de desenvolvimento da personalidade do sujeito, diante da relação desta com o direito à liberdade. Por sua vez, Requião (2014, p. 22) afirma que a autonomia deriva-se da liberdade, consistindo em elemento essencial do próprio agir do sujeito em meio à sociedade, principalmente ao tratar-se da sociedade adepta ao sistema capitalista vigente; portanto, observa-se que a relação da autonomia com a liberdade

expande-se para além da liberdade de negociar, embora seja um instituto imprescindível para lidar com o capitalismo atual. Pode-se inferir, ademais, que o direito fundamental à liberdade em si é essencial ao exercício pleno da autonomia, restando presente uma relação mútua entre ambos.

Nesse viés, Almeida (2014, p. 150-151) aponta ambiguidade da própria liberdade em meio ao cenário jurídico e diferencia a liberdade de direito – cujo significado diz respeito à liberdade política e jurídica - e da liberdade de fato – a qual significa a liberdade material, ligada ao livre-arbítrio do sujeito, implicando na capacidade que o indivíduo tem de praticar os atos que desejar -, não havendo consenso real sobre o conceito deste último. A incerteza referida, por sua vez, prejudica a concepção moderna de autonomia da vontade, especialmente por tratar-se de uma necessidade diante da sociedade capitalista atual (ALMEIDA, 2014, p. 157).

A conexão íntima ente autonomia e o direito fundamental à liberdade evidencia-se ainda mais ao analisar o ideal trazido por Gozzo e Moinhos (2014, p. 11-12):

[...] liberdade traduz a ideia de agir segundo a sua vontade, de autodeterminar-se [...] É indissociável a relação entre liberdade e vontade. Por meio do exercício da liberdade o ser humano coloca em prática sua autonomia da vontade e é capaz de exercer toda a gama de direitos - inclusive os de personalidade -, que integram sua esfera jurídica. José Afonso da Silva aduz que “o conceito de liberdade humana deve ser expresso no sentido de um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade.” (Grifos do autor).

Diante do exposto, pontua-se que aqueles dotados do poder de exercício pleno da sua autonomia, em regra, são os indivíduos capazes, quais sejam aqueles maiores de 18 (dezoito) anos (artigo 5º, *caput*, C.C.) ou emancipados na forma do parágrafo único do artigo 5º do Código Civil, não considerados incapazes pelos artigos 3º e 4º do Código Civil; o ordenamento jurídico cível vigente entende que tais sujeitos, em tese, teriam a capacidade de discernir e refletir plenamente e de forma razoável quanto à prática dos seus atos, mérito que não há de ser aqui explorado e discutido, bem como a limitação da autonomia referente aos maiores incapazes, porquanto os debates que insurgem destes tópicos, por mais interessantes que sejam, não são o foco do presente trabalho.

Considerando as manifestações livres de vontade realizadas pelos indivíduos capazes, a relação entre o direito ao corpo e a autonomia da pessoa humana faz-se clara, posto que, por vezes, em vez de atuar sobre a sua própria integridade física, o sujeito pode admitir a intervenção de terceiros no seu corpo, havendo certa relação jurídica interpessoal (GODINHO, 2014, p. 34).

Dito isso, tem-se, ainda situações em que a autonomia prevalece sobre a proibição da disposição de cunho permanente do corpo humano, nas hipóteses em que tal disposição garante ao indivíduo que expressa livremente a sua vontade a concreção da sua dignidade, comprovando-se a natureza da autonomia de elemento de concreção da dignidade humana tratada por Requião (2014, p. 20). As exceções práticas ao artigo 13 do CC, por assim dizer, vão desde a depilação definitiva, prática considerada comum no Brasil, havendo a presença de inúmeras clínicas e salões de beleza, inclusive, que vendem tal serviço, à mudança de sexo, assunto este que, ao ser reconhecido como um direito da população LBGTQIA+, garante a dignidade ao sujeito que desejar realizar a operação, prática esta, por sua vez, que é vista como tabu pela parcela mais conservadora da sociedade. Sobre tal mérito, Borges (2005, p. 189) disserta:

É preciso dar uma interpretação ao art. 13 de forma que os transexuais não sejam ainda mais marginalizados do que já são. É preciso admitir que a intervenção médica a que o transexual se submete não importa diminuição permanente da sua dignidade física, como o Código Civil anuncia, mas, ao contrário, é ela necessária para a adequação físico-psíquica daquela pessoa. Tal intervenção, em vez de importar “diminuição permanente da sua integridade física”, permitirá àquela pessoa o pleno desenvolvimento de sua personalidade (e não é esse o objetivo dos direitos de personalidade? A promoção do bem de todos não constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação?).

Outrossim, são permitidas e cada vez mais normalizadas práticas como a tatuagem, por muitos considerada uma autolesão, onde concede-se ao tatuador a permissão expressa para lesar o corpo do sujeito. Além disso, tem-se como exemplo a laqueadura de trompas, a vasectomia e as demais formas legalizadas de esterilização permanente, como um todo, dos indivíduos que não desejam procriar. Todos estes são casos nos quais a autonomia se sobressai à indisponibilidade do corpo humano, demonstrando a adaptabilidade necessária às leis e normas jurídicas quanto à sociedade em si.

Em conclusão, resta evidente a importância da autonomia em meio ao ordenamento jurídico brasileiro e a sua ligação com o direito ao corpo, bem como a conexão de ambos com a garantia dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade; evidencia-se, ademais, a necessidade de se zelar pela garantia de tais direitos fundamentais, não sendo possível apontar uma única forma absoluta de fazê-lo, vide a complexidade das relações destes, principalmente diante das hipóteses em que restam conflitantes o direito ao corpo e o direito à autonomia, embora este seja elemento de concreção daquele e vice-versa. Em suma, na presente temática, não há de se falar em uma verdade absoluta na qual um destes sempre prevalecerá em face do outro, devendo-se interpretar o caso concreto e suas demais especificidades para, à luz dos

direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, “lei maior” da República Federativa do Brasil, encontrar a melhor solução para a problemática analisada.

3 DO ATUAL PANORAMA DOS TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS NO BRASIL

Destarte, a interseção entre os ramos do Direito Civil analisados anteriormente e as doações de órgãos no âmbito nacional consiste em aspecto essencial ao desenvolvimento deste trabalho. Portanto, cabe mencionar e dissertar a respeito de relevantes informações acerca do atual panorama dos transplantes de órgãos no Brasil, porquanto tal contextualização serve de base para a melhor compreensão das problemáticas a serem suscitadas a partir de tal cenário; afinal, as principais reflexões a serem propostas nesta pesquisa decorrem das disposições da atual legislação acerca dos transplantes de órgãos *post mortem*.

Diante disso, resta evidente a necessidade de se trazer à tona o atual cenário do Brasil quanto às doações de órgãos em geral, com foco naquelas *post mortem*, analisando-as de pontos de vista jurídicos e sociais, bem como suscitando debates acerca dos desdobramentos ligados a tais transplantes, para que, ao fim do presente trabalho, possa-se chegar à conclusão mais pertinente, adequada e efetiva quanto às problemáticas principais a serem vislumbradas.

3.1 A POSSIBILIDADE JURÍDICA DAS DOAÇÕES DE ÓRGÃOS FRENTE AO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E AOS DEMAIS DITAMES DO DIREITO

Visto que a análise da interseção entre as doações de órgãos no Brasil e os ditames do Direito Civil consiste na base da temática a ser trabalhada, resta essencial o destaque para a possibilidade jurídica e a legalidade dos transplantes de órgãos em si, com enfoque para os transplantes *post mortem*, buscando-se ressaltar a forma com a qual a legislação específica de doação de órgãos atual (Lei nº 9.434/97) é recepcionada pelo vigente Código Civil de 2002 e demonstra, em si, conceitos do Direito Civil material a serem interpretados e levados em conta para que a presente temática seja melhor trabalhada.

3.1.1 As doações de órgãos enquanto exceção à indisponibilidade do corpo, trazida pelo Código Civil de 2002

Conforme visto anteriormente, a indisponibilidade do corpo humano será, por vezes, excepcionalizada; as doações de órgãos consistem em exemplos de tal exceção. Afinal, o

caput do artigo 13 do Código Civil proíbe as disposições de cunho permanente do corpo e traz como exceção, em seu parágrafo único, as realizações de transplantes, na forma estabelecida em lei especial, qual seja a Lei nº 9.434/97, a ser devidamente vislumbrada em breve.

Em primeira instância, cabe a contextualização acerca de marcos históricos referentes a tais doações; consoante Pedra (2007, p. 7-24), um dos mais marcantes eventos na história dos transplantes de órgãos foi o primeiro transplante de coração, realizado na data 03/12/1967 (três de dezembro de mil novecentos e sessenta e sete), na Cidade do Cabo, situada na África do Sul. O autor, ademais, traz à tona a existência de quatro tipos de transplantes, nomeados de xenotransplante, autotransplante, isotransplante e alotransplante, sendo o primeiro referente à doação de órgãos ou tecidos de espécies não humanas para seres humanos, enquanto os autotransplantes consistem naqueles em que o doador e o receptor são o mesmo indivíduo, porquanto o órgão em questão é removido de certa parte do corpo da pessoa para ser inserido em outra parte deste. Por sua vez, ainda consoante Pedra (2007, p. 7-24), os isotransplantes ocorrem entre seres humanos diferentes, porém geneticamente idênticos, como gêmeos univitelinos, e os alotransplantes ocorrem entre seres humanos diversos e geneticamente divergentes entre si. Aqui, cumprirá tratar dos alotransplantes, por assim dizer.

Dito isso, retorna-se à análise das doações de órgãos enquanto exceção à indisponibilidade do corpo da pessoa natural, trazida pelo Código Civil de 2002. O art. 11 do Código Civil enfatiza a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade dos direitos da personalidade, conforme o previamente discutido, dentre os quais encontra-se o direito ao corpo vivo e ao corpo morto. Entretanto, o próprio artigo preocupa-se em excepcionar os casos previstos em lei, concedendo, desde já, a devida abertura para a legalidade das doações de órgãos.

Noutro giro, ressalta-se a disposição do *caput* do artigo 13 do Código Civil, anteriormente destrinchado e comentado, a qual traz que, 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. Resta evidente, de antemão, a indisponibilidade do corpo humano como regra do ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, o parágrafo único do artigo supramencionado incumbe as leis específicas de reger os casos excepcionais a tal regra, permitindo expressamente a disposição do próprio corpo por parte do indivíduo para fins de transplante, vide a existência da legislação específica de nº 9.434/97, responsável pela regulamentação dos transplantes de órgãos no Brasil.

Por sua vez, o artigo 14 do Código Civil se torna o responsável pela permissibilidade jurídica de maneira expressa da disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, em momento posterior ao da morte do sujeito, a qual torna-se válida com a presença do objetivo científico ou altruístico.

Diante do exposto, resta evidente a excepcionalidade da permissão das doações de órgãos em meio ao sistema jurídico brasileiro, o qual, em regra, zela pela indisponibilidade do corpo e pela intransferibilidade e irrenunciabilidade dos direitos da personalidade, demonstrando-se a prevalência dos direitos fundamentais, qual sejam o direito à dignidade e à saúde, em tais hipóteses, porquanto estes são fundamentos da prática das doações de órgãos, motivo pelo qual tais doações não consistem em doações comuns e simples do Direito Civil, tópico este a ser discutido abaixo.

3.1.2 Das doações enquanto negócio jurídico e da impossibilidade de se restringir as doações de órgãos *post mortem* a uma doação comum

Primeiramente, consoante Mello (2017, p. 252-254), são negócios jurídicos os fatos jurídicos resultantes da incidência de normas jurídicas nos quais depende-se da consciente manifestação ou declaração de vontade, pois a vontade é elemento nuclear do suporte fático destes, permitindo-se que as partes escolham acerca da categoria e da estruturação do conteúdo eficaz, modificando os efeitos do negócio jurídico quanto ao seu surgimento, a sua permanência e a sua intensidade no mundo jurídico, podendo-se, portanto, inferir pela classificação das doações em sentido amplo enquanto negócio jurídico.

Entretanto, cumpre ressaltar certas peculiaridades ligadas às doações de órgãos *post mortem*; primeiramente, nestas, a vontade a ser manifestada, conforme explícito no artigo 4º da Lei nº 9.434/97, é a do cônjuge do *de cuius* ou de parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau, a qual pode ou não respeitar a vontade expressada pelo *de cuius* em momento anterior a sua morte.

Embora a pertinência de tal dispositivo consista em mérito a ser analisado a *posteriori*, desde já, cabe ressaltar a expressa necessidade de autorização de outrem, e não do próprio disponente, para a realização das doações de órgãos acima tratadas, diferenciando-se, deste modo, das demais doações comuns do Direito Civil, enquanto negócios jurídicos, posto que

nestas exige-se a autorização do doador capaz, ou do seu assistente ou representante nos casos dos doadores relativamente ou absolutamente incapazes, respectivamente.

Por sua vez, no que concerne à aceitação do indivíduo que receberá a doação, exige-se o consentimento expresso do receptor, o qual deve estar inscrito em lista única de espera, após aconselhamento sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento, nas doações de órgãos *post mortem* (art. 10, *caput*, Lei nº 9.434/97). Noutro giro, aos receptores juridicamente incapazes ou àqueles cujas condições de saúde impeçam ou comprometam a manifestação válida da sua vontade, aplicar-se-á o parágrafo primeiro do artigo 10 da Lei nº 9.434/97, de modo que o consentimento *in casu* será dado por um dos pais ou responsáveis legais do receptor.

Já nas doações comuns do Código Civil, tem-se que o doador poderá fixar prazo para a declaração do donatário, na qual este deve afirmar se aceita a doação ou não (art. 539, *caput*, CC). Conforme o artigo 539 do Código Civil, existindo o referido prazo e estando ciente o donatário acerca de tal existência, diante do silêncio do donatário dentro do prazo estabelecido, entender-se-á que o donatário aceitou a doação, se esta não for sujeita a encargo.

Acerca desse ponto, sabe-se que são possíveis as doações feitas ao nascituro, sendo válidas mediante a aceitação do seu representante legal (art. 542, *caput*, CC), bem como as doações aos donatários absolutamente incapazes, ao tratar-se de doação pura, nas quais dispensa-se a aceitação referida (art. 543, *caput*, CC).

Ademais, quanto às doações de órgãos *post mortem*, sabe-se que as partes não podem modular os seus efeitos, cabendo a estas apenas manifestar a sua vontade, respectivamente, para que ocorra a realização destas, pois fazem-se presentes certos impedimentos naturais à modulação referida; por exemplo, com relação ao prazo para que ocorra o transplante, este deve necessariamente ocorrer da forma mais ágil possível, devido ao curto período em que o órgão ainda encontra-se apto para ser transplantado após a morte do doador, qual seja o de 6 (seis) horas após a parada do coração do *de cuius*, segundo o Programa Estadual de Transplantes do Rio de Janeiro (2021). Ainda a título de exemplo, tem-se que o receptor não pode ser escolhido pela parte doadora ou pelos representantes desta nas doações *post mortem*.

Ambos os exemplos consistem em tópicos a serem mais detalhados posteriormente, objetivando, inclusive, a análise de forma crítica da proibição trazida no segundo exemplo em momento oportuno, cabendo, entretanto, pontuar os fatos acima desde já para explicitar a impossibilidade de modulação de efeitos nas doações de órgãos *post mortem*. Portanto, as

doações de órgãos *post mortem* aproximam-se mais dos atos jurídicos *stricto sensu*, nos quais a vontade das partes é elemento nuclear para a concreção do suporte fático e, conseqüentemente, para a sua incidência, não havendo-se, por sua vez, tanta flexibilidade para a modulação dos efeitos pelas partes. Deste modo, ao comparar os referidos transplantes com as doações comuns, resta evidente que são díspares nesse ponto.

Noutro giro, por mais que a doação de órgãos chame-se, por óbvio, “doação”, faz-se evidente a impossibilidade de se restringir as doações de órgãos a uma simples doação enquanto negócio jurídico ou, inclusive, de classificá-la enquanto doação nesses termos do Código Civil, diante da leitura do artigo 538 do Código Civil, onde tem-se que a doação enquanto negócio jurídico seria o contrato no qual o sujeito transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para a outra parte. Afinal, os órgãos doados são bens extrapatrimoniais, mérito este a ser explorado à posteriori, não se encaixando na disposição mencionada.

Por sua vez, o art. 14 do Código Civil, anteriormente mencionado, explicita um requisito para as doações de órgãos *inter vivos* e *post mortem*, qual seja o objetivo específico destas: tais doações devem ser necessariamente dotadas de cunho científico ou altruístico. Deve, portanto, ser aprofundada a discussão referente ao objetivo das doações de órgãos; consoante Maluf (2013, p. 341), o transplante visa preservar a dignidade do ser humano atingido por doenças que limitem tal dignidade e prejudique a vida “com qualidade” que ele teria. Ou seja, os transplantes de órgãos são naturalmente marcados pela evidente observância à garantia dos Direitos Fundamentais aos indivíduos envolvidos, zelando-se não somente pela dignidade, como possibilitando o exercício do direito à liberdade do doador que manifesta a sua vontade de dispor do seu próprio corpo e do direito coletivo à saúde. Ademais, os referidos transplantes resguardam o direito à vida dos indivíduos envolvidos, objetivando o prolongamento da vida e o aumento da qualidade de vida do receptor do órgão, fazendo a extrema diferença na vida deste.

Noutro giro, a relação entre as doações de órgãos e a Bioética impede que tais transplantes sejam interpretados enquanto doações comuns de caráter puramente civil; acerca do tema, Victorino e Ventura (2016, p. 72-83) comentam o objetivo da Lei nº 9.434/97, sendo o de regulamentar os transplantes de órgãos zelando pela proteção ou proibição de quaisquer manipulações inerentes a estes, restando imprescindível o posicionamento dos juristas acerca da aplicação dos atuais avanços tecnológicos em prol da sociedade, e apontam os princípios bioéticos como indicações morais incumbidas de nortear tais posicionamentos e de regular o

próprio emprego dos referidos avanços tecnológicos, evidenciando a importância da relação entre Bioética e Direito, a qual faz insurgir o Biodireito, de carga ética indiscutível.

Portanto, resta evidente a dependência da devida realização das doações de órgãos em relação ao respeito aos princípios bioéticos, sendo possível apontar-se os princípios bioéticos como condições para a efetivação mais segura, coerente e responsável dessas doações, cumprindo pontuar que os demais requisitos destes transplantes serão analisados em breve. Por ora, cabe mencionar os princípios bioéticos trazidos no Relatório Belmont, quais sejam: respeito à autonomia, não maleficência, beneficência e justiça (ARAÚJO, 2018, p. 16).

Em consonância com os ideais de Pedra (2007, p. 7-24), ao vislumbrar as normas jurídicas concernentes aos transplantes de órgãos, enxerga-se o dilema entre as garantias individuais, como o direito à liberdade, à dignidade da pessoa humana, à indisponibilidade da vida e à saúde e auto-afirmação, e o poder público exercido pelo Estado, cuja busca se trata da garantia do interesse coletivo, de pretender órgãos e tecidos, restando necessária uma resposta ética proporcionada pela Bioética a situações de cunho científico e referentes ao direito à saúde, como se vê no presente caso. Destarte, não significa dizer que a bioética, a qual, como visto acima, resta responsável pelo norte em meio ao embate entre direitos sociais e individuais nas doações de órgãos, só estará presente nesses tipos de doação; o fato aqui é que os transplantes de órgãos são doações naturalmente marcadas pela análise bioética inerente a si, porquanto zela-se pelos direitos fundamentais e humanos diversos supramencionados.

Conforme as classificações do negócio jurídico trazidas por Mello (2017, p. 263-265), desprende-se que os negócios jurídicos podem ser unilaterais ou bilaterais, sendo unilaterais aqueles em que não se supõe ou se provoca reciprocidade ou corresponsabilidade de efeitos jurídicos. Em suma, para o autor, as doações unilaterais são aquelas que dependem da conduta de apenas um dos polos do negócio jurídico, cabendo a classificação da doação em si enquanto negócio jurídico unilateral. Ainda conforme Mello (2017, p. 267), em regra, os referidos negócios jurídicos dispensam a manifestação de vontade receptícia, concluindo-se pela não exigência da manifestação do receptor, como regra, para que se efetue a doação. Outrossim, no que tange as doações receptícias, o fato de se exigir a receptividade não as transforma em negócios bilaterais, vide o papel passivo desempenhado pelo receptor (MELLO, 2017, p. 267).

Destarte, o entendimento trazido acima, especificamente, encontra-se equivocado, posto que aponta-se a unilateralidade da doação enquanto negócio jurídico; afinal, tais doações

enquadram-se justamente na classificação de negócio jurídico bilateral, vide a correspectividade de efeitos jurídicos inerente a estas, evidente diante da necessidade de aceitação do donatário, anteriormente demonstrada, enquanto regra para efetivação das doações *in casu*.

Em suma, nas doações enquanto negócio jurídico, ao restar necessária a manifesta aceitação de ambas as partes de tal ato para a perfeita realização deste, infere-se a bilateralidade de tais doações; entretanto, a correspectividade de efeitos jurídicos não deve ser confundida com onerosidade, porquanto esta diz respeito ao ônus de ambas as partes em meio ao negócio jurídico, havendo a necessária contraprestação. Acerca da gratuidade das doações enquanto negócio jurídico, tratar-se-á em breve.

Ainda tratando-se dos entendimentos trazidos por Mello (2017, p. 267), este aponta que a anuência do sujeito que receberá a doação, de modo geral, se trata de um pressuposto de eficácia dos negócios jurídicos unilaterais, já tendo sido endereçado que o autor afirma a unilateralidade das doações comuns do Código Civil.

Todavia, os artigos anteriormente trazidos permitem concluir pela inocorrência de tais doações, bem como dos transplantes de órgãos, ao não ter sido obtido o consentimento do donatário ou receptor, respectivamente. Ou seja, sem a manifestação de vontade destes, as doações em evidência não serão realizadas e os seus respectivos suportes fáticos não incidirão, implicando na inexistência destas. Por conseguinte, a anuência do indivíduo que receberá os órgãos faz-se pressuposto de existência da doação de órgãos, evidenciando-se ainda mais a forma com a qual as doações de órgãos divergem das demais doações comuns.

Sanado o ponto acima, concluindo-se pela bilateralidade das doações enquanto negócio jurídico cabe vislumbrar novamente, em específico, o *caput* do artigo 10 da Lei nº 9.434/97, cuja disposição menciona a necessidade, nas doações de órgãos, do consentimento expresso do receptor, o qual deve estar inscrito em lista única de espera, após o devido aconselhamento sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento; a desobediência a esta disposição implica em crime, com pena de detenção, de seis meses a dois anos (art. 18, *caput*, Lei nº 9.434/97), e tal consentimento pode ainda ser expresso por um dos pais ou responsáveis legais do receptor, nas hipóteses de incapacidade civil deste ou de impossibilidade de se manifestar a vontade de forma válida e devida em razão de suas condições de saúde (art. 10, §1º, Lei nº 9.434/97).

Diante disso, inobstante a semelhança entre ambas as doações quanto à supramencionada exigência da receptividade e manifestação mútua de vontade nestas, reforça-se a impossibilidade da classificação das doações de órgãos *post mortem* como negócios jurídicos em si, posto que os efeitos a serem produzidos pelos transplantes não são moduláveis; afinal, tal semelhança está naturalmente presente entre os atos jurídicos *stricto sensu* e negócios jurídicos, posto que a vontade do indivíduo será requisito para a existência dos demais atos jurídicos *lato sensu*.

Noutro giro, os negócios jurídicos podem ser não solenes, quando podem ser realizados pela forma que os figurantes entenderem como a melhor, ou solenes, quando estão sujeitas a uma forma específica prescrita em lei (MELLO, 2017, p. 280). No que tange especificamente as doações *lato sensu*, tem-se que podem ser consideradas não solenes quando o objeto doado for um bem móvel de baixo valor, tendo sido feitas verbalmente e tendo ocorrido a transferência imediata do bem ao receptor (art. 541, parágrafo único, CC), ou solenes, nas demais situações. Nesta última, a vontade deve ser manifestada mediante documento escrito - escritura pública ou instrumento particular - e registrada, em consonância com o artigo 541, *caput*, do CC.

Em paralelo a isso, quanto aos registros em sede de transplantes de órgãos *post mortem*, mediante a análise dos suportes fáticos da Lei nº 9.434/97, pode-se perceber que, nestes, fala-se do registro da morte encefálica por meio do termo de declaração da morte encefálica, sendo esta um requisito da efetivação das doações de órgãos a ser tratado posteriormente, bem como do registro do documento consistente da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau, do falecido (art. 4º, *caput*, Lei nº 9.434/97). O documento referido deve, ainda, ser subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.

Ademais, quanto aos transplantes de órgãos, encontra-se explícito nos artigos 13, parágrafo único, e 14, *caput*, ambos do Código Civil, o fim altruístico e científico inerente a estes, cumprindo questionar: seria possível anular uma doação de órgãos? Diante de tal questionamento, ainda traçando-se o paralelo entre as doações *lato sensu* e os transplantes de órgãos *post mortem*, cabe a análise da classificação daquelas doações, as quais se tratam de negócios jurídicos causais (MELLO, 2017, p. 271), posto que a causa de tal negócio jurídico resta presente ou pode ser incluída no suporte fático desta. Diante disso, pode-se destacar que, nas doações causais, possíveis defeitos na causa da manifestação da vontade do agente ou do negócio jurídico podem vir a anulá-lo.

Destarte, embora os transplantes *post mortem* possam ser classificados enquanto atos jurídicos stricto sensu, como já dito anteriormente, a possibilidade de revogação destes se aproxima, em parte, da acima referida. Afinal, no que tange à possibilidade de se anular as doações de órgãos, desde já, tem-se o parágrafo único do artigo 14 do Código Civil, que versa sobre a possibilidade de revogação do ato de disposição a qualquer tempo.

Dito isso, resta evidente a necessidade de se analisar o direito que incide sobre as partes separadas do corpo, discutindo se este consiste num direito real do doador ou da personalidade do receptor.

Borges (2005, p. 183) comenta sobre certa divergência doutrinária quanto ao entendimento sobre a natureza do direito que incide sobre as partes separadas do corpo do doador, onde parte da doutrina entende pela incidência do direito real e outra parte entende que incide o direito da personalidade do receptor, e demonstra o seu entendimento no sentido da constituição de um direito da personalidade do receptor com a devida inserção e integração dos órgãos do doador no corpo daquele, deixando o órgão de consistir meramente em uma parte separada do corpo do doador, o qual, por sua vez, perde o direito sobre os órgãos doados depois da referida inserção.

Diante disso, Borges (2005, p. 183) conclui que o doador ou os seus responsáveis legais poderiam revogar a doação de órgãos a qualquer tempo, desde que tal decisão fosse tomada antes da implantação dos órgãos no organismo do receptor, apontando-se que as partes destacadas do corpo ainda não inseridas no corpo de outrem são tratadas como coisas.

Tomando como base o acima tratado, cumpre pontuar certas nuances inerentes ao tema, as quais consistem em casos excepcionais; primeiramente, tem-se a hipótese dos órgãos retirados do corpo do doador e não serem inseridos no corpo de qualquer receptor por motivo de força maior, qual seja o decurso do tempo hábil para tal. Além disso, há a possibilidade dos órgãos já removidos do organismo do doador serem requeridos novamente pelo doador por meio da revogação da doação antes da sua devida implantação no corpo de outrem.

Tais problematizações, bem como toda a análise acima, demonstram a alta complexidade da temática tratada, podendo-se concluir que as doações de órgãos *post mortem*: não possuem a flexibilidade quanto à modulação de efeitos destas, diferenciando-se, desde já, das doações comuns previstas no Código Civil; por vezes, excepcionam-se diante das classificações que geralmente as doações comuns têm; são marcadas pela relação necessária com a Bioética e pela conexão íntima com os direitos fundamentais individuais e sociais; por terem como

“bem” a ser doado os órgãos de um indivíduo, só podem ser revogadas até o momento anterior à integração dos órgãos no corpo do receptor; entre outras complexidades e particularidades. Deste modo, demonstra-se que as doações de órgãos não são passíveis de análises simplórias; outrossim, tais problemáticas serão devidamente exploradas à *posteriori*, ao analisar-se a gratuidade das doações de órgãos enquanto requisito para tal, ainda com enfoque nas doações objeto do presente estudo: as doações de órgãos *post mortem*.

3.2 DA LEGALIDADE, POSSIBILIDADE JURÍDICA, PROCEDIMENTO E REQUISITOS DAS DOAÇÕES DE ÓRGÃOS *POST MORTEM*

No presente trabalho, foca-se nos transplantes de órgãos *post mortem*, consistindo, em suma, naqueles a serem efetuados após a morte do doador, com a retirada dos órgãos aptos para doação, os quais serão recebidos pelos sujeitos integrantes da fila única de espera do SUS. Cumpre, portanto, dissertar acerca destas doações e tratar sobre a legalidade, possibilidade jurídica, procedimento e requisitos destas, cabendo debater, primeiramente, o conceito de “morte” em meio a tal cenário, bem como trazer à tona a relevância e os efeitos da morte da pessoa humana para o Direito.

3.2.1 Dos efeitos jurídicos da morte às doações *post mortem* em meio ao Direito e os requisitos para sua efetivação

Reitera-se, em primeiro lugar, a pessoa natural tem sua existência cessada pela sua morte, a qual poderá ser presumida em relação aos ausentes, consoante o *caput* do artigo 6º do CC. Outrossim, ainda conforme o Código Civil, caberá o registro público dos óbitos e da sentença declaratória de ausência e de morte presumida (art. 9º, CC) e a morte do indivíduo que consista em cônjuge de outrem é causa de término da sociedade conjugal (art. 1.571, I, CC). Por sua vez, o Código Penal traz que a morte do agente implica numa excludente de punibilidade (art. 107, I, CP). Deste modo, resta demonstrada a relevância jurídica da morte.

A morte, por óbvio, é o requisito principal das doações de órgãos *post mortem*, cabendo enfatizar a imprescindível cautela inerente à constatação do falecimento ou não do indivíduo a que se refere antes da tomada de qualquer medida ou decisão. Por mais que o Código Civil mencione e admita a ocorrência da morte presumida, presunções não se fazem suficientes

para autorizar a retirada dos órgãos, para fins de transplantes, do indivíduo que aparenta estar morto, devendo-se agir em observância aos critérios estabelecidos para a verificação adequada da ocorrência ou não da morte deste. Afinal, iniciar o procedimento de doação de órgãos *post mortem* sem a devida certeza de que o indivíduo faleceu fere diversos direitos fundamentais e cíveis aqui já tratados, como o direito à dignidade, à integridade física e à saúde, porquanto, na hipótese de o indivíduo ainda estar vivo, por mais que aparente estar morto, o corpo deste restará violado pelo procedimento que, de início, objetivava garantir os direitos mencionados ao receptor da doação; ou seja, em tal caso hipotético, os direitos pelos quais os transplantes de órgãos *post mortem* buscam zelar restariam lesados, alcançando-se um resultado completamente oposto ao pretendido.

Acerca do tema, França (2017, p. 584-585) comenta a necessidade da ponderação a respeito de um novo e único conceito de morte – cuja constatação dependerá da ocorrência do coma irreversível, da ausência de reflexos, da falta de estímulos e respostas intensas, da cessação da respiração natural e de um registro eletroencefalográfico por mais de 24 horas –, afirmando a injustiça da existência de dois conceitos de morte, sendo o primeiro de caráter consumista e pragmático para satisfazer os interesses da transplantação, e o segundo de caráter protocolar, para as questões civis e sanitárias.

Diante disso, conclui-se pela imprescindibilidade da devida e segura constatação acerca da morte para a efetiva realização das doações de órgãos *post mortem*; tal constatação consiste na averiguação e confirmação da morte do sujeito, mediante a emissão de declaração de óbito, e na checagem quanto ao preenchimento dos requisitos para a ocorrência de morte encefálica. Consoante o art. 17 da Portaria nº 116 de 2009, Seção IV, a emissão da declaração de óbito compete ao médico responsável pela assistência ao paciente, ou substitutos, com exceção, somente, dos casos confirmados ou suspeitos de morte por causas externas, quando a responsabilidade por tal emissão será atribuída ao médico do IML ou equivalente.

Por sua vez, quanto à constatação da ocorrência de morte encefálica, tem-se a Resolução CFM nº 2.173/2017, que prevê em seu artigo 1º a iniciação dos procedimentos para determinação desta em todos os pacientes cujos critérios para tal estejam presentes, sendo os requisitos o coma não perceptivo, a ausência de reatividade supraespinal e apneia persistente, bem como o atendimento a todos os pré-requisitos trazidos por esta, quais sejam: a presença de lesão encefálica de causa conhecida, irreversível e capaz de causar morte encefálica, a ausência de fatores tratáveis que possam confundir o diagnóstico de morte encefálica e o tratamento e observação em hospital pelo período mínimo de seis horas – e nas

hipóteses de encefalopatia hipóxico-isquêmica enquanto causa primária do quadro, o período de tratamento e observação do paciente deverá ser de, no mínimo, 24 horas -, bem como certos parâmetros específicos quanto à temperatura corporal (esofagiana, vesical ou retal), saturação arterial de oxigênio e pressão arterial sistólica ou média do paciente.

Diante do exposto, pode-se observar a preocupação com a observância da criação de critérios científicos específicos para a identificação da ocorrência de morte encefálica buscando a maior segurança social, sendo esta de extrema importância porquanto a morte encefálica consiste em requisito para o início do procedimento do transplante os órgãos do *de cuius*, apenas solicitando a decisão de tal doação aos familiares ou responsáveis legais do paciente após o diagnóstico da morte encefálica e a comunicação da situação a tais responsáveis (Resolução CFM nº 2.173/17). Fala-se na solicitação da decisão à família ou aos responsáveis legais do *de cuius* em observância ao artigo 4º da Lei nº 9.434/97, prevendo que as doações *post mortem* dependerão da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau, do falecido, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.

A respeito dos critérios estabelecidos para se constatar o momento da morte, Pedra (2007, p. 7 – 24) confirma a complexidade do diagnóstico seguro e efetivo da morte do indivíduo, apontando a incumbência da tarefa de se estabelecer o momento da morte ao Estado, determinação esta a qual não consiste meramente em questão técnica e é também ser de cunho político, nomeando tal fenômeno de “estatização do momento da morte”, evidenciando a implicação de uma “biopolítica”, sendo necessária a concordância da determinação referida com a moral do seu respectivo grupo social e devendo-se objetivar o alcance de novos critérios, éticos, mais seguros e mais rigorosos, para a verificação do momento da morte do sujeito confirmando-se a relação com a bioética acima tratada

Sabe-se que a doação dos órgãos do indivíduo que assim desejar pode ser apontada como um direito deste; entretanto, tal doação, mesmo que gratuita, não pode ser vista como uma obrigação. Ou seja, não se pode coagir o indivíduo, seja ele um sujeito saudável ou um paciente hospitalizado em estado terminal, à doação de seus órgãos. Em observância a isso, a Lei 9.434/97 incumbiu-se de vetar a promoção de qualquer tipo de publicidade acerca das doações de órgãos, em seu artigo 11, *caput*, proibindo a veiculação, através de qualquer meio de comunicação social de anúncio que configure publicidade de estabelecimentos autorizados a realizar transplantes e enxertos, relativa a estas atividades, apelo público no sentido da doação de tecido, órgão ou parte do corpo humano para pessoa determinada identificada ou

não, ressalvado o disposto no parágrafo único, apelo público para a arrecadação de fundos para o financiamento de transplante ou enxerto em benefício de particulares, competindo aos órgãos de gestão nacional, regional e local do Sistema único de Saúde a realização periódica de campanhas de esclarecimento público dos benefícios esperados a partir da vigência da Lei de doação de órgãos e de estímulo às doações, através dos meios adequados de comunicação social, (art. 11, parágrafo único, Lei nº 9.434/97). Portanto, a manifestação pura da vontade do doador ou, nas doações *post mortem*, dos legitimados para tal, confirma-se enquanto requisito para a realização das doações de órgãos.

Destarte, cabe trazer à tona mais aspectos formais e materiais necessários para que ocorram as doações de órgãos *post mortem*. Primeiramente, sabe-se que o Sistema Único de Saúde consiste no único incumbido de realizar as doações de órgãos, saltando aos olhos a extensão da fila de espera para atendimento, não excepcionando-se a fila única composta pelos pacientes necessitados de transplantes de órgãos; fila esta que, em setembro de 2021, era formada por 53.218 (cinquenta e três mil duzentos e dezoito) cidadãos (GUEDES, 2021).

Conforme o Programa Estadual de Transplantes do Rio de Janeiro (2021), em sede de doações de órgãos *post mortem*, são detalhes e requisitos do procedimento a declaração de óbito - nos casos de mortes naturais - e a comunicação imediata ao Programa Estadual de Transplantes do Rio de Janeiro, sendo urgente a realização de tal procedimento, vide o limite de seis horas após a parada do coração do *de cuius* para que seus órgãos possam ser transplantados. Além disso, tal Programa afirma a possibilidade de um único transplante de órgãos beneficiar diversos receptores.

Noutro giro, conforme previamente mencionado, as doações *post mortem* exigem o consentimento do cônjuge do *de cuius* ou de parente deste, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau (art. 4º, *caput*, Lei nº 9.434/97).

Ademais, cabe o foco para as disposições do Código de Ética Médica e pelos fatores a serem observados pelos médicos responsáveis pela realização dos transplantes *post mortem*. Dentre as práticas vedadas aos médicos, estão o descumprimento da legislação específica nos casos de transplantes de órgãos ou de tecido (art. 15, *caput*, CEM) e o tratamento do paciente sem civilidade ou com desrespeito à dignidade deste (art. 23, *caput*, CEM). Destarte, cumpre ressaltar o respaldo da Lei nº 9.434/97 pela Constituição Federal e a obrigatoriedade do cumprimento dos dispositivos desta, trazida pelo Código de Ética Médica.

Outrossim, cumpre reiterar certas disposições do Código de Ética Médica já vistas anteriormente no presente trabalho: é vedado ao médico deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo (art. 24, CEM) e desrespeitar o interesse e a integridade do paciente em qualquer instituição na qual esteja recolhido, independentemente da própria vontade, estando o médico obrigado a denunciar à autoridade competente e ao Conselho Regional de Medicina o fato que ocasione lesão à personalidade e à saúde física ou mental dos pacientes confiados a este (art. 28, CEM).

Ademais, em seu capítulo VI, o Código de Ética Médica trata especificamente das doações e transplantes de órgãos e tecidos, proibindo certos comportamentos por parte dos médicos envolvidos em tais procedimentos, como participar do processo de diagnóstico da morte ou da decisão de suspender meios artificiais para prolongar a vida do possível doador, quando pertencente à equipe de transplante (art. 43, CEM). Tal proibição demonstra a cautela da legislação com a veracidade do diagnóstico de morte do paciente em questão, em observância à proibição da comercialização e em respeito ao possível receio e medo da comercialização dos órgãos do *de cuius* por parte da família do falecido. Ainda zelando pelos fatores supramencionados, o Código de Ética Médica dispõe, em seu artigo 46, que é vedado ao médico participar direta ou indiretamente da comercialização de órgãos ou de tecidos humanos.

No entendimento de França (2017, p. 14 – 15), são exemplos dos direitos do paciente, segundo a Associação de Hospitais Americanos, por meio da Carta de Direitos dos Pacientes: a informação detalhada sobre a doença do paciente; o direito de recusar tratamento, dentro dos limites da lei; os detalhes completos para facilitar certas tomadas de posição; a discricção absoluta sobre o seu tratamento, bem como o sigilo ou omissão dos registros médicos de sua doença, quando isso puder comprometer seus interesses mais diretos; a não aceitação da continuidade terapêutica nos casos considerados incuráveis e de penoso sofrimento; as informações completas à família, nos casos mais dramáticos, em termos que esta facilmente possa compreender.

Nesse sentido, França (2017, p. 15) comenta a dispar compreensão quanto à total transparência nas relações médico-paciente, mencionando que parte das pessoas possuem a crença de que esta pode trazer ao paciente, a longo prazo, mais danos que benefícios, antes de representar um respeito à dignidade ou aos demais direitos deste, afirmando que: “Para estes, só em determinadas ocasiões poderia o doente participar das grandes decisões, de vez que sua

sentimentalidade e sua inconsciência aos problemas técnicos poderiam acarretar-lhe, irremediavelmente, danos muito mais graves”.

Outrossim, França (2017, p. 15) aponta o direito do paciente de saber a verdade, o qual, consoante o autor, começa a ser mais e mais requestado, de forma insistente, por enfermos e familiares, para evitar mentiras ou “meias-verdades” contadas pelos médicos responsáveis pelo tratamento dos enfermos em questão, mesmo que sejam contadas com o intuito de evitar a perturbação emocional do paciente e a lesão aos ditames ético-morais que exigem a conveniência profissional.

Conforme Araújo (2018, p. 10), atualmente, tem-se como regra a busca pela informação do paciente de forma cautelosa e detalhada, a respeito das demais nuances do caso deste, o que pode incluir as incertezas e probabilidades concernentes à situação do respectivo paciente, informação esta a qual, excepcionalmente, será direcionada à família deste, quando o médico constatar que o estado de saúde do paciente resta passível de ser agravado pela comunicação de tais notícias. Ou seja, inclusive a decisão tomada pelo médico quanto à informação dada por este ao paciente deve ser feita de forma ética, de modo a observar os princípios bioéticos supracitados e a zelar pelos direitos humanos do paciente enquanto indivíduo.

Confirma-se, diante disso, que os princípios bioéticos anteriormente referidos são imprescindíveis nas relações médico-paciente, dentro das quais encontra-se a relação firmada entre o médico e o paciente a doar ou a receber os órgãos, concluindo-se que a bioética relaciona-se intimamente com o Direito Civil nestas doações, e apenas com o zelo por tal relação atingem-se os objetivos das doações de órgãos, quais sejam os de garantir os direitos fundamentais à saúde, à vida, à dignidade e à integridade a todos os envolvidos nos transplantes.

3.2.2 Concepções acerca da gratuidade das doações de órgãos

Nesse sentido, relembra-se que se faz presente, em meio ao rol dos direitos da personalidade, o direito às partes separadas do corpo vivo ou morto, tratando-se estes de bens extra commercium, vide a proibição da comercialização de tais bens pelo parágrafo 4º do artigo 199 da Constituição Federal. Ou seja, para a legalidade de tais transplantes, deve-se zelar pelo critério da gratuidade destes, disposto por tal artigo, o qual veda todo tipo de comercialização

de órgãos ou tecidos, bem como pelo art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.434/97 e pelos artigos supracitados do Código Civil.

Conforme tratado anteriormente, sabe-se que, sobre as partes separadas do corpo do doador, após a sua inserção e adaptação ao organismo do receptor, incide o direito da personalidade deste (BORGES, 2005, p. 183). Entretanto, o tratamento dos órgãos separados do corpo do indivíduo como coisas, em momento anterior à implantação destes no receptor, abriria margem para a comercialização destes? Diante da problematização, cumpre dissertar especificamente acerca da gratuidade das doações de órgãos enquanto requisitos para tal.

Em relação ao assunto, Borges (2005, p. 176-178) demonstra a divergência doutrinária, onde certos doutrinadores opinam de modo a concordar com a possibilidade de se, por exemplo, recompensar o doador pelo órgão doado, ou afirmando a existência de um direito de comercializar os próprios órgãos, sendo majoritariamente entendido, entretanto, que a disponibilidade onerosa ainda em vida ofende a dignidade humana. Por sua vez, Borges (2005, p. 177-179) trata da recorrência do comércio de órgãos no Brasil, o qual traz vantagens para os médicos e intermediários, baseadas no benefício da distância entre o previsto na legislação brasileira, como na Lei nº 9.434/97 e na Constituição Federal de 1988, e a realidade fática, onde vê-se a situação miserável de pessoas que se utilizam do comércio das partes do seu próprio corpo para a sua sobrevivência, porquanto tal comercialização representa, para estes, a satisfação de suas necessidades vitais básicas.

Quanto a ocorrência do tráfico de órgãos no Brasil, tal comercialização, embora soe, por vezes, absurda, ocorre de maneira ilegal, se tornando um medo frequente da família do *de cuius* doador, motivando, diversas vezes, a negativa familiar quanto às doações dos órgãos do falecido, tópico este a ser melhor explorado mais adiante, cabendo tomar o posicionamento de Roxana Borges, acima, desde já, como molde para a interpretação dos assuntos tratados no presente trabalho, fazendo-o de forma crítica, analisando-os em sua dimensão teórica e em sua dimensão prática, comparando as hipóteses e casos trazidos a outros semelhantes ou análogos sempre que possível.

3.2.3 O paralelo entre o regramento aplicado às doações de órgãos *inter vivos* e aquele aplicado às doações *post mortem* e a previsão virtual do consentimento do doador de órgãos

Destaca-se como ponto interessante de aprofundamento o paralelo entre as doações de órgãos *inter vivos* e *post mortem*, tratando de ambas em relação aos doadores capazes e incapazes. Primeiramente, cumpre pontuar certos conceitos referentes à capacidade civil; Gagliano e Pamplona Filho (2019, p. 77-79) discorrem acerca da diferença entre a capacidade genérica, a capacidade de fato (ou de exercício) e a capacidade específica, cumprindo ressaltar a capacidade de direito enquanto a genérica - da qual todos os indivíduos são possuidores -, a capacidade em sentido estrito ou de exercício da personalidade enquanto a capacidade de fato - da qual se trata presentemente -, e da legitimidade enquanto a capacidade específica.

Por sua vez, o artigo 9º da Lei nº 9.434 trata dos doadores capazes nos transplantes *inter vivos*, permitindo ao sujeito a livre escolha do receptor do órgão, quando o transplante for destinado ao seu cônjuge ou aos seus parentes consanguíneos até o quarto grau; outrossim, pode-se escolher, em vida, qualquer receptor para o transplante, mediante autorização judicial. O adendo a tal artigo encontra-se em seu parágrafo 3º, o qual dispõe que a doação supramencionada pode apenas ocorrer nas hipóteses em que se tratem 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, demonstrando a cautela diante da dignidade do doador vivo capaz, o qual deverá, ademais, autorizar, preferencialmente por escrito e diante de testemunhas, especificamente o tecido, órgão ou parte do corpo objeto da retirada (art. 9º, §4º, da Lei nº 9.434/97).

Por sua vez, o Código de Ética Médica proíbe a retirada de órgão de doador vivo quando este for juridicamente incapaz, mesmo se houver autorização de seu representante legal, exceto nos casos permitidos e regulamentados em lei, por parte do médico envolvido. Por sua vez, a Lei nº 9.434/97 trata tal mérito da seguinte forma, por meio de seu artigo 9º, §6º: mencionando que o indivíduo juridicamente incapaz, com compatibilidade imunológica comprovada, poderá fazer doação nos casos de transplante de medula óssea, desde que haja consentimento de ambos os pais ou seus responsáveis legais e autorização judicial e o ato não oferecer risco para a sua saúde.

Tratando-se especificamente das doações de órgãos *post mortem*, incubem-se os artigos 3º a 8º da citada lei a dispor sobre esta, reiterando-se que estas são permitidas mediante autorização do cônjuge ou de um parente de até segundo grau e maior de idade do *de cuius*,

firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte, consoante o art. 4º da Lei nº 9.434/97. Reitera-se, ademais, que, em seu art. 3º, tal lei prevê a necessidade do diagnóstico prévio de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina, para que ocorra a retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento. Nas doações *post mortem* de doador incapaz, o art. 5º da Lei nº 9.434/97 prevê que esta será possível mediante expressa permissão de ambos os pais do doador, ou por seus responsáveis legais.

Diante disso, faz-se interessante a percepção para o fato de que as referidas autorizações necessárias para o transplante de órgãos *post mortem* se assemelham entre si, cumprindo-se questionar, desde já, a proporcionalidade das exigências. Afinal, em vida, a diferença no tratamento jurídico das pessoas incapazes diferencia-se demasiadamente daquele dos indivíduos capazes; entretanto, ao objetivar o transplante de órgãos de tais sujeitos após as suas respectivas mortes – lembrando-se que tais transplantes representam inúmeros benefícios sociais, diante da atual situação do Sistema Único de Saúde em relação às doações no Brasil, com extensas filas de espera, constantes de pacientes esperançosos quanto à possibilidade de se receber o órgão necessário para o prolongamento da sua vida ou para o aumento da qualidade desta, de forma a zelar pela dignidade do receptor do órgão em questão -, o tratamento entre pessoas incapazes e capazes juridicamente parece equiparar-se em maior escala.

Destarte, quanto à associação da capacidade à autonomia no contexto das relações médico-paciente, consoante Meireles (2021), o Direito o faz de modo equivocado e insuficiente ao trazer disposições que sugerem que os capazes seriam necessariamente autônomos, sendo necessária a reflexão quanto à realidade, tomando como norte o fato de que a autonomia do sujeito implica na capacidade deste de compreender efetivamente a informação dada pelo médico a si.

Retomando o ponto anterior, referente à impressão quanto à desproporcionalidade entre ambos os tipos de doações de órgãos, esta resta esclarecida justamente pela análise quanto à capacidade do doador, porquanto, nas doações *inter vivos*, a capacidade do agente ocupa um espaço primordial, pois o indivíduo ainda possui plena condição de exercer a sua autonomia pessoalmente e a declaração da vontade do doador capaz será levada em conta, enquanto a do doador incapaz dependerá da devida representação ou assistência, nos termos vistos acima.

Ou seja, a capacidade civil “pesa” mais no cenário dos transplantes de órgãos *inter vivos*, pois a partir da constatação quanto à plena capacidade do doador é que se vai estabelecer a quem cabe autorizar a respectiva doação.

Por sua vez, nos transplantes de órgãos *post mortem*, por mais que a capacidade do doador seja relevante, tal relevância resta inferior à do caso acima mencionado ao analisar a forma com a qual o ordenamento jurídico brasileiro lida com a manifestação da vontade decisiva nestas hipóteses, qual seja a dos legitimados pelo artigo 4º da Lei nº 9.434/97, já mencionados anteriormente.

Conclui-se que, aqui, a capacidade do doador já falecido não se faz relevante o suficiente para alterar a forma com a qual será colhida ou levada em conta a vontade do doador, posto que esta nem sequer será vislumbrada enquanto requisito para que se efetue o transplante. Não significa dizer que a vontade do doador já falecido resta completamente irrelevante - mérito este a ser discutido posteriormente -, e sim que tal vontade apenas será levada em conta nas hipóteses em que a sua família decida segui-la como base da decisão a ser tomada por esta. Em contraposição, caso os legitimados do art. 4º da Lei nº 9.434/97 decidam manifestar-se sem levar em consideração a vontade expressada pelo *de cuius* em momento anterior à sua morte, estes poderão fazê-lo, e a vontade da família do *de cuius* representará a decisão definitiva da doação ou não dos órgãos deste, inobstante o fato do falecido ser capaz ou incapaz, em virtude da maneira com a qual o ordenamento jurídico brasileiro versa sobre o mérito.

Por fim, tem-se que o presente tema, dotado de alta complexidade, resta demasiadamente presente na atualidade, posto que os transplantes de órgãos salvam vidas, aumentam a qualidade destas e, a todo momento, há diversas pessoas necessitando da doação de órgãos, em espera na fila única do SUS. Quanto ao Direito em si, percebe-se que este acompanha os avanços sociais, na medida do possível, objetivando reger a sociedade da forma mais efetiva possível e, para tal, busca adaptar-se a esta; a título de exemplo, tem-se a criação da Lei Geral de Proteção de Dados, o crescimento do ramo do Direito Médico e o investimento e crescimento da área do Direito e Tecnologia.

No que tange ao cenário das doações de órgãos, uma das inovações trazidas pelo Governo Federal consiste na possibilidade de se aderir ao RG “Único” Digital (Decreto nº 10.977/2022), concedendo às Secretarias de Segurança Pública do Brasil o prazo de um ano para implementá-lo, no qual poderá prever-se a vontade ou não do indivíduo de doar seus

órgãos após o seu falecimento (Tecnundo, 2022). Entretanto, pouco foi publicado sobre tal inovação e, por conseguinte, pouco se sabe a respeito da forma com a qual lidar-se-á com tal disposição oficial emitida em documento de identificação, cabendo, por ora, analisar as doações de órgãos *post mortem* no cenário atual, vislumbrando a ocorrência ou não do pleno exercício da autonomia em meio a estas, tomando como base o disposto na Lei nº 9.434/17.

4 O PLENO EXERCÍCIO DA AUTONOMIA NAS DOAÇÕES DE ÓRGÃOS *POST MORTEM*

A legislação incumbida da regulamentação das doações de órgãos consiste na Lei de nº 9.434 de 1997, cumprindo analisar criticamente e de modo aprofundado tal lei frente à autonomia e à manifestação de vontade do doador nas doações de órgãos *post mortem*, com foco nas hipóteses em que este tenha manifestado a sua vontade expressamente em momento anterior à sua morte.

Primeiramente, lembrando os apontamentos feitos previamente neste trabalho, tem-se que a autonomia não possui um conceito fixado e uniforme, podendo-se apontá-la como um princípio do Direito Civil onde reconhece-se o direito do sujeito à prática de atos jurídicos pelo indivíduo civilmente capaz meramente mediante a sua vontade, corroborando ainda com a efetivação dos direitos fundamentais individuais à liberdade.

Tomando como base as demais análises propostas neste documento, cumpre destrinchar a Lei nº 9.434/97 para que esta seja vislumbrada de maneira mais profunda, buscando-se a mais proveitosa pesquisa e o meio mais efetivo de se concluir acerca das problemáticas a serem analisadas, quais sejam a problemática ligada ao artigo 4º da Lei nº 9.434/97 e aquela ligada à omissão da Lei nº 9.434/97 quanto à possibilidade ou não de escolha do receptor dos órgãos por parte do disponente, ambas relacionadas ao exercício pleno da autonomia.

4.1 O HISTÓRICO DA APLICAÇÃO DO DIREITOS DA PERSONALIDADE E DA AUTONOMIA DA VONTADE NOS TRANSPLANTES *POST MORTEM*

Para a melhor compreensão da atual legislação que regula os transplantes de órgãos, cabe o estudo das diversas previsões constitucionais e legislativas no que tange os transplantes supramencionados, para que se crie certa linha de raciocínio a respeito da evolução do ordenamento jurídico brasileiro quanto ao tema em questão.

Diversas foram as previsões e versões dos dispositivos legais que versavam sobre as doações de órgãos em si, sendo de suma importância o enfoque para o histórico de tais leis desde a sua primeira versão até o tempo atual.

Primeiramente, a Lei nº 4.280 de 1963 utilizava a denominação “extirpação de partes de cadáver, para fins de transplante” e autorizava, em seu artigo 1º, a remoção dos órgãos do falecido, mediante a autorização escrita deste ou a não oposição por parte do seu cônjuge ou dos seus parentes até o segundo grau, ou de corporações religiosas ou civis responsáveis pelo destino dos despojos; deveria estar provada de maneira cabal a morte atestada pelo diretor do hospital onde se deu o óbito ou por seus substitutos legais.

Destarte, percebe-se que tal legislação levava em conta a autorização escrita do potencial doador, atribuindo certo grau de subsidiariedade à não oposição do cônjuge e parentes deste até o segundo grau, bem como considerava relevante a não oposição de corporações religiosas ou civis atribuídas da responsabilidade do destino de tais órgãos. Conclui-se que tal Lei regia o mérito de forma equivocada, pois, embora zelasse pela primazia da manifestação de vontade do doador, buscando garantir o exercício da autonomia deste, atribuía subsidiariamente a escolha acerca da doação dos órgãos do *de cuius* à “não oposição” dos seus entes supramencionados ou, ainda, das instituições referidas.

Destaca-se, primeiramente, o problema de adotar-se como critério a “não oposição” das figuras mencionadas, em vez da aceitação destas. Afinal, a exigência da mera “não oposição” para que fossem realizadas as doações de órgãos transmite a mensagem de que o corpo do *de cuius* pertenceria ao Estado, porquanto, interpretando o referido texto legislativo, a doação seria efetuada inclusive em casos de omissão dos legitimados a opinar acerca desta. Resta evidente, diante disso, a inconformidade da Lei nº 4.280 de 1963 com o ordenamento jurídico atual, no qual exige-se que a manifestação da vontade seja expressa, por atos ou declaração verbal, não podendo-se presumir a aceitação do sujeito apenas pelo silêncio deste, requisito presente, inclusive, na expressiva maioria dos atos jurídicos que dependam da manifestação de vontade do indivíduo, no cenário atual.

Ademais, quanto à mencionada autorização por escrito do doador, sabe-se que consiste num assunto passível de causar controvérsias até o presente momento, pois teme-se que levar em conta as autorizações escritas signifique ceder certa margem para falsificações de tais documentos, tendo-se o risco da ocorrência de tráfico de órgãos. Outrossim, cumpre pontuar a equiparação, por parte de tal lei, entre os familiares do *de cuius* e as instituições religiosas e civis, sendo a permissão para que corporações religiosas ou civis decidam sobre o corpo do indivíduo uma lesão grave à autonomia do sujeito.

Entretanto, compreende-se o posicionamento conservador de tal lei ao interpretá-la em meio ao contexto social em que esta iniciou a sua vigência, tendo este ocorrido inclusive antes de 2002 e, por conseguinte, do atual Código Civil, o qual, em si, já passou por diversas reformas em seus artigos, cumprindo apenas evidenciar a necessidade da alteração da Lei nº 4.280 de 1963 e a incompatibilidade desta em relação ao ordenamento jurídico atual.

Por fim, resta interessante a percepção de que a Lei aqui tratada objetivava prever a garantia da constatação da morte do doador enquanto requisito para a ocorrência da doação de seus órgãos, desde a época, na medida do possível; ou seja, embora o fizesse de forma mais rasa do que tem-se atualmente, evidencia-se desde já a importância de tal constatação como forma de promover a maior segurança e a mais efetiva garantia dos direitos fundamentais de todos os indivíduos envolvidos nas doações de órgãos *post mortem*, com foco no direito à vida do doador – posto que, se este não encontrar-se comprovadamente falecido, não se deve proceder para a retirada de seus órgãos -, assunto este explorado anteriormente.

Em seguida, a Lei nº 5.479/68 passou a vigorar no lugar daquela e, por sua vez, a denominar a remoção de órgãos do *de cuius* como “disposição gratuita de uma ou várias partes do corpo ‘*post mortem*’”, em seu artigo 1º, permitindo-a para fins terapêuticos, sendo precedida da chamada “prova incontestável da morte” do doador (art. 2º, Lei nº 5.479/68), buscando, deste modo, aumentar o zelo pela certeza acerca do falecimento do doador antes da retirada de seus órgãos. Afinal, enquanto a Lei anterior, qual seja a Lei nº 4.280 de 1963, previa a exigência da constatação da morte do disponente para que se procedesse à retirada dos seus órgãos, a Lei nº 5.497/68 trazia em si tal exigência de forma mais enfática por meio da menção à necessária natureza incontestável da prova do falecimento do doador, na tentativa de reforçar o teor da disposição anterior.

Entretanto, não eram estabelecidos critérios objetivos para tal, podendo-se ainda gerar certa insegurança jurídica com tal vagueza, posto que diversos podem ser os entendimentos acerca da morte em si, ainda mais acerca de quais fatos seriam suficientes ou necessários para implicar em prova incontestável desta.

Inobstante tal vagueza, cabe o enfoque para a escolha da lei pela utilização do termo “prova incontestável de morte”, sinalizando a tentativa, desde já, da maior interação entre o Direito e a área da saúde em si, porquanto o dispositivo legal, ao estabelecê-lo de tal modo, atribuía ao profissional da saúde a tarefa de certificar-se quanto à morte do doador; afinal, este profissional se trata do sujeito mais capacitado para aferir tal mérito com clareza e segurança.

Portanto, desde já, nota-se a conexão entre o Direito e a saúde, embora ainda não tão evoluída quanto atualmente.

Ainda tratando-se da lei supramencionada, em sede de transplantes *inter vivos*, esta permitia, em seu artigo 10, a realização destes para fins humanitários e terapêuticos. As condições para tal realização, na letra do artigo 3º de tal lei, consistiam na constatação de uma dentre estas: manifestação expressa da vontade do disponente; manifestação da vontade, através de instrumento público, quanto aos disponentes relativamente incapazes e analfabetos; autorização escrita do cônjuge, não separado, e sucessivamente, de descendentes, ascendentes e colaterais, ou das corporações religiosas ou civis responsáveis pelo destino dos despojos; autorização do Diretor da Instituição onde ocorrer o óbito, sendo ainda necessária esta autorização nas condições dos itens anteriores, na ausência de responsáveis pelo cadáver.

Ao perceber que a legislação analisada permitia a realização dos transplantes de órgãos mediante a presença de um dentre os requisitos, resta evidente que tinha-se mais permissividade e menos burocracias para a realização dos transplantes do que tem-se atualmente; diante disso, depreende-se que a lei acima não reconhecia tanto uma primazia da autorização do doador em relação à disposição do seu próprio corpo, e o seu rol mais abrangente de requisitos poderia suscitar certa insegurança jurídica, principalmente a insegurança relacionada à realização legítima do transplante em si, posto que, até os tempos atuais, muito se teme acerca do tráfico de órgãos.

Outrossim, embora a possibilidade de se realizar o transplante por meio da constatação de apenas um dos requisitos supramencionados buscasse a garantia de mais doações possíveis de serem realizadas, ainda se manteve a menção à possibilidade da corporação civil ou religiosa decidir sobre a disposição ou não do corpo de outrem, já problematizada anteriormente. Inobstante tais equívocos em meio à Lei em evidência, resta interessante apontar certo avanço por parte desta ao levar em conta, para tal autorização, a manifestação expressa de vontade do disponente.

Além disso, visto que a lei menciona os relativamente incapazes, cabe trazer à tona quais indivíduos eram classificados como tal à época da referida lei, porquanto tinha-se em vigor o Código Civil de 1916, o qual dispunha, conforme a Redação dada ao artigo 6º pela Lei nº 4.121, de 1962, no sentido de serem relativamente incapazes os maiores de 16 e os menores de 21 anos (inciso I), os pródigos (inciso II) e os silvícolas (inciso III), ficando estes últimos

sujeitos ao chamado “regime tutelar”, o qual a lei previa cessão “à medida que se forem adaptando à civilização do País” (parágrafo único).

Dito isso, resta evidente a evolução do próprio Direito decorrente da alteração da definição supracitada, vide a nova definição de relativamente incapaz trazida pelo art. 4º do Código Civil de 2002, conforme a redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015, qual seja:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial (BRASIL, 2015).

Portanto, demonstra-se como o Direito se amolda à sociedade e zela, cada vez mais, pela proteção aos direitos fundamentais, buscando, por exemplo, reduzir o preconceito e a desigualdade em relação aos povos indígenas, tratados no Código Civil de 1916 como “silvícolas”, cuja capacidade estava condicionada à adaptação deste à cultura colonizada do Brasil, de modo a forçar tal adaptação, tendo-se, atualmente, uma maior proteção a tais povos.

Retomando-se a análise da Lei nº 5.479/68 em si, quanto à hipótese de incompatibilidade entre o doador e o receptor do órgão em questão, a destinação a determinada pessoa poderia, a critério do médico chefe da Instituição, e mediante prévia disposição ou autorização de quem de direito, ser transferida para outro receptor, em que se verificasse aquela condição (art. 7º, *caput*, Lei nº 5.479/68).

Por sua vez, no ano de 1988 foi promulgada a Constituição Federal, cujo artigo 199, §4º, passou a prever que a lei específica iria dispor sobre as condições e os requisitos que facilitassem 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, sendo tal vedação mantida até os tempos atuais.

Em 1992, surge a Lei nº 8.489, a qual passou a permitir a disposição gratuita de uma ou várias partes do corpo *post mortem* também para fins terapêuticos e científicos em seu artigo 1º - assim como a Lei nº 5.479/68, anteriormente vislumbrada, permitia para os transplantes *inter vivos* -, observando-se as condições do desejo expresso do disponente manifestado em vida através de documento pessoal ou oficial, ou da não discordância ou manifestação em contrário por parte da família do *de cuius*, na ausência do referido documento (art. 3º, Lei 8.489/92).

Aqui, conclui-se pela primazia da manifestação do disponente por meio do referido documento, zelando a lei pela autonomia deste, sendo a família consultada apenas na ausência de tal expressão de vontade. Diante disso, faz-se interessante ressaltar a evolução promovida pela Lei aqui tratada, ao garantir ao potencial doador a segurança de que a sua vontade, ao ser expressada em vida, seria necessariamente respeitada após o seu falecimento.

Portanto, foi dada pela Lei nº 8.489/92 a devida relevância à vontade do indivíduo que desejava doar os seus órgãos após a sua morte, podendo inclusive ter servido como forma de conscientização da população em relação ao assunto, ao explicitar, em sede de texto legal, a possibilidade de se manifestar para doar os próprios órgãos após o seu falecimento. Afinal, o fato do respeito à vontade manifestada quanto a tal doação estar previsto em lei transmite certa segurança ao cidadão, levando-o, ao menos, a refletir sobre a possibilidade de fazê-lo. Entretanto, restou mantido o problema de se utilizar o critério da “não discordância” em vez de se falar em anuência, evidenciando-se a necessidade de reforma em tal lei.

Surge, portanto, em 1997 a Lei nº 9.434/97, a legislação especial responsável por dispor acerca das doações de órgãos e tecidos *in totum* atualmente, bem como, por meio do Decreto nº 2.268/97, cria-se a Lista Única do Sistema Único de Saúde, a lista de espera atual para o recebimento de transplantes de órgãos. Entretanto, a atual versão da Lei nº 9.434/97 não coincide por completo àquela trazida em primeira instância, no ano de 1997.

Primeiramente, a versão original do art. 4º previa a presunção da autorização da doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, para finalidade de transplantes ou terapêutica *post mortem*, salvo manifestação em contrário, a qual seria feita por meio do registro na carteira de identidade ou de habilitação (BORGES, 2005, p. 180). A referida disposição impulsionou diversos debates e problematizações, posto que a redação dada por tal versão do artigo 4º atribui o direito sobre a disposição do corpo do indivíduo ao Estado, por prever a realização dos transplantes após a morte do sujeito inclusive nos casos em que este permaneça silente.

Propondo-se a melhor exploração da problematização do mencionado artigo, cabe a discussão quanto às normas que regulam os transplantes de órgãos ao redor do mundo, diante das quais Pedra (2007, p. 7-24) traz à tona a existência de certos modelos; no primeiro, denominado sistema de manifestação compulsória, todos os cidadãos formalmente optam ou não, de maneira expressa, pela doação ou não de seus órgãos após a sua morte, quando se tornam capazes, cabendo ao legislador estabelecer quais os possíveis efeitos jurídicos decorrentes do silêncio; no segundo, chamado de sistema de consentimento presumido, sistema da oposição

ou sistema do dissentimento (*opting out system*), presume-se que todo indivíduo é doador de órgãos, sendo aplicado atualmente em países como Finlândia, Grécia, Itália, Noruega, Espanha e Suécia; por fim, no sistema de consentimento (*opting in system*), a doação dos órgãos apenas ocorrerá mediante anuência expressa do doador ou da sua família, sistema este adotado no México, na Inglaterra, nos Países Baixos, nos Estados Unidos e na Turquia.

Tomando como base tal sistematização, torna-se clara a anterior adequação do ordenamento jurídico brasileiro ao sistema de dissentimento, porquanto o artigo 4º mencionava que seria presumida a autorização para a retirada dos órgãos do corpo do indivíduo.

Diante disso, trazem-se as críticas ao dispositivo em questão; primeiramente, afirma-se a lesão à capacidade do indivíduo de autodeterminar-se, bem como à sua dignidade e à sua intimidade, tendo o artigo promovido a estatização do corpo humano, permitindo que o Estado influísse de maneira desproporcional e excessiva na esfera privada (PEDRA, 2007, p. 7-24).

Acerca de tal presunção, Borges (2005, p. 180-181) afirma o questionamento desta pela comunidade jurídica e médica, bem como pela própria sociedade, criando-se um cenário no qual a sociedade passou a duvidar do sistema de saúde em relação à realização segura dos transplantes e a comunidade médica passou a ignorar tal disposição legal na prática dos transplantes por questões de ética médica, de modo a sempre colher o consentimento expresso dos familiares do *de cuius* para executar a retirada dos órgãos do corpo deste.

Por sua vez, Fogaça (2018, p. 107-128) afirma a limitação desarrazoada à liberdade individual e autonomia privada pelo artigo em análise, restando principalmente prejudicados os sujeitos que faticamente não eram dotados do conhecimento da Lei, pois, inclusive nos casos em que estes não desejassem optar pela doação dos seus órgãos, seriam considerados enquanto potenciais doadores, inobstante qualquer manifestação da sua vontade em sentido positivo.

Outrossim, Pedra (2007, p. 7-24) aponta o desprezo do dispositivo em evidência à realidade brasileira, a qual encontrava-se marcada pela falta de informação, decorrendo desta o impedimento da manifestação consciente de vontade por parte do indivíduo, além de se falar no descaso da lei com os não-doadores, fazendo-se, em conclusão, ausentes o altruísmo e a solidariedade em meio ao artigo.

Posteriormente, ao restar evidente a violação à autonomia do indivíduo por parte da versão acima vislumbrada do artigo 4º da Lei nº 9.434/97, o Brasil passou a adotar o *opting in system*, conforme a classificação trazida por Pedra (2007, p. 7-24), de modo a alterar o artigo

para a versão que previa a necessidade autorização expressa da família deste, qual fosse o seu cônjuge ou seu parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau por meio da Redação dada pela Lei nº 10.211/2001, causando o fenômeno onde todas as formas de registro referentes à doação de órgãos em documentos de identificação, como Carteira de Identidade Civil (RG) e Carteira Nacional de Habilitação (CNH), deixaram de ter valor como forma de manifestação de vontade do potencial doador, conforme Victorino e Ventura (2017, p. 139).

Noutro giro, na versão original do artigo 9º da Lei nº 9.434/97, previa-se, de maneira objetiva, a permissão à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos ou partes do próprio corpo vivo para fim de transplante ou terapêuticos. Diante da redação dada pela Medida Provisória nº 2.083-32, de 2001, o referido artigo passou a permitir tais transplantes inclusive ao cônjuge ou consanguíneos do doador até o quarto grau, ou em qualquer pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea, restando tal disposição condizente com a versão atual, obtida após a redação dada pela Lei nº 10.211, de 23.3.2001:

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 (BRASIL, 2001).

Quanto aos transplantes *post mortem*, a Resolução de número 1.480 do CFM passou a dispor cautelosamente acerca do diagnóstico da morte encefálica enquanto requisito para a realização da remoção dos órgãos do falecido em qualquer hipótese; o referido requisito se faz presente na atual versão da Lei nº 9.434/97 e é dotada de demasiada importância, vide a segurança que esta busca garantir à família do *de cuius* de que a remoção dos órgãos deste em nada afetará na sua saúde ou recuperação, visto que a morte do ente já restara comprovada. Portanto, tal Resolução efetivou, na medida do possível, a segurança objetivada e, por vezes, não alcançada pelas demais legislações acerca dos transplantes de órgãos quanto aos requisitos para a realização dos transplantes.

Em 2002, surge o Código Civil atualmente vigente no cenário jurídico brasileiro, também adaptado e atualizado com o passar do tempo, até os dias atuais, trazendo entendimentos já tratados anteriormente e tomados como base para o presente trabalho, como a autonomia, o direito ao corpo, a capacidade, a manifestação de vontade e os atos jurídicos, conceitos estes que, assim como as leis já demonstradas, sofreram alterações com o passar dos anos, amoldando-se à sociedade, trazendo-se, ao longo do presente trabalho, os conceitos atuais das

expressões supracitadas, já tendo-se discutido o conceito de algumas destas em momentos oportunos.

A Lei nº 9.434/97, por sua vez, passou ainda por alterações posteriores ao início da vigência do Código Civil de 2002, não apenas para aproximar-se e concordar juridicamente com este, mas para buscar a versão mais plausível, aplicável e coerente para os seus artigos, principalmente dos que tratam das doações de órgãos *post mortem* e da titularidade do direito de escolha acerca da realização, ou não, de tal transplante.

Acerca desta reforma, consoante Fogaça (2018, p. 107-128), o Decreto 9.175/2017 manteve ausente a disposição quanto à presunção da autorização para a realização da doação e reiterou a necessidade de consentimento da família do doador para tal, afirmando-se que as disposições em questão estão em aparente desarmonia com o artigo 14 do Código Civil, que permite à pessoa dispor sobre o seu próprio corpo para depois da morte. Cabe, por sua vez, ressaltar que a análise quanto à coerência ou não do atual dispositivo legal ocorrerá à posteriori.

Ou seja, atualmente, a redação do artigo 4º da Lei nº 9.434/97 dispõe que a realização dos transplantes de órgãos *post mortem* depende 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.

Deste modo, com o fito de demonstrar a adaptabilidade do Direito à sociedade que rege, cumpre-se pontuar o reconhecimento, por parte dos Tribunais, da validade desta decisão quando tomada e manifestada pelo cônjuge em relacionamento homoafetivo, a qual nem sempre foi reconhecida, cabendo relembrar a discriminação sofrida pelos indivíduos da comunidade LGBTQIA+ no cenário das transfusões de sangue por um extenso período – apenas sendo derrubada pelo STF a proibição a tais doações em 2020, conforme o Instituto Brasileiro de Direito de Família -, pelas normas que não permitia a doação do sangue destes. Acerca do reconhecimento de cônjuge enquanto legitimado para permitir a doação *post mortem* dos órgãos do outro cônjuge nos casais homossexuais, a decisão a seguir:

TRF-3.ª Reg. - Ap e Reexame Necessário 0900598-64.2005.4.03.6100 - 4ª Turma - j. 30/10/2014 - julgado por Mônica Autran Machado Nobre - DJe 7/11/2014 - Área do Direito: Constitucional; Administrativo; Família e Sucessões. AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Permissão de companheiro homossexual para autorizar a remoção *post mortem* de órgãos, tecidos e partes do corpo do parceiro falecido para transplante - Admissibilidade - Relação homoafetiva que é considerada uma entidade familiar e que preenche os requisitos de união estável - Vedação, ademais, de comportamentos que impliquem preconceito ou quaisquer outras formas de discriminação - Observância dos princípios constitucionais da igualdade, da

dignidade da pessoa humana e promoção do bem de todos que se impõe - Inteligência do art. 3.º, IV, da CF/1988. Ementa Oficial: Ação civil pública. Legitimidade do(a) companheiro(a) homossexual para autorizar a remoção *post mortem* de órgãos, tecidos e partes do corpo do(a) companheiro(a) falecido(a) para transplante. Procedência do pedido. A inexistência de regra expressa que contemple o companheiro homossexual com a possibilidade de autorizar a remoção *post mortem* de órgãos, tecidos e partes do corpo do companheiro falecido para transplante, não obsta o reconhecimento do seu direito. Entendimento em consonância com princípios norteadores da Constituição, que consagram a igualdade, a dignidade da pessoa humana e a promoção do bem de todos. Respeito ao princípio constitucional contido no art. 3.º, IV, da CF/1988, que veda a adoção, seja pelos particulares ou pelo próprio Estado, de comportamentos, comissivos ou omissivos, que impliquem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Princípio cuja aplicabilidade é plena e a qual deve ser atribuída a máxima eficácia. Ampliação do conceito de família (art. 226, § 3.º, da CF/1988) e do rol dos legitimados para autorizar a referida doação (art. 4.º da Lei 9.434/1997). Questão pacificada no STF que, em 05.05.2011, declarou a ADIn 4.227 e a ADPF 132, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, conferindo interpretação conforme a Constituição Federal ao art. 1.723 do CC/2002, a fim de declarar a aplicabilidade de regime de união estável às uniões entre pessoas do mesmo sexo. O Judiciário não pode, sob o argumento que está protegendo direito coletivos, determinar a expedição de atos administrativos. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público em campo de obediência aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, da finalidade e, em algumas situações, o controle do mérito. As obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força de quebrar a harmonia e independência dos Poderes. Remessa oficial e apelações desprovidas. (Ap/Reexame Necessário 0900598-64.2005.4.03.6100/SP (2005.61.00.90 0598-4/SP). Relatora: Des. Federal Mônica Nobre. Apelantes: Ministério Público Federal – advogados: Adilson Paulo Prudente de Amaral Filho e outro; e União Federal – advogados: SP000019 Tércio Issami Tokano e outro. Apelados: os mesmos. Remetente: Juízo Federal da 9.ª Vara São Paulo Sec. Jud. SP).

Portanto, demonstra-se desde já a busca do Direito pela adaptabilidade à sociedade em si, devendo-se, primeiramente, reconhecer a evolução gradual do Direito em relação a tal adequação, restando alteradas diversas disposições legais para efetivar tal objetivo. Entretanto, cumpre também suscitar a análise crítica dos demais dispositivos atuais, para que se prossiga com tal evolução, de modo a tornar o Direito cada vez mais coerente com as necessidades da sociedade, em observância às garantias fundamentais; nesse caso, cabe discutir a legislação atual de modo a contatar-se a efetivação, ou não, do direito do indivíduo ao pleno exercício da sua autonomia, com enfoque no seu direito à disposição do próprio corpo, por parte de tal dispositivo, vislumbrando os demais princípios bioéticos inerentes ao presente tema.

4.2 A PROBLEMÁTICA IMPLÍCITA NO ARTIGO 4º DA LEI Nº 9.434/97

Destarte, insurgem as problemáticas ligadas ao exercício pleno da autonomia nas doações de órgãos *post mortem*. Primeiramente, toma-se como base para os questionamentos a serem feitos a reflexão promovida por Meirelles e Vasconcelos (2020) referente às diversas e crescentes discussões trazidas pela interseção da Bioética com o Direito, as quais, consoante as Doutoradas, suscitam questionamentos, por vezes, que não possuem uma resposta certa e pragmática e, diante desse cenário, cumpre ao Direito promover reflexões acerca das perguntas certas, quais sejam aquelas que impulsionam a proteção aos direitos da pessoa humana.

Dito isso, há de ser analisada a problemática implícita na atual versão do artigo 4º da Lei nº 9.434/97, o qual, como já visto, preceitua a necessidade da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte, para a efetiva retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica.

Nesse sentido, consoante o artigo 15 do Código de Ética, como demonstrado anteriormente, resta vedado ao médico o descumprimento da legislação específica nos casos de transplantes de órgãos ou de tecidos; ou seja, o artigo 4º da Lei nº 9.434/97 vincula os médicos, não estabelecendo qualquer adendo ou exceção para as hipóteses de prévia manifestação de vontade do potencial doador, enquanto em vida. Em tal cenário, a família do *de cuius* possuirá a titularidade completa do direito de decidir acerca da realização ou não do transplante dos órgãos do falecido.

Como base para a análise do atual dispositivo legal, cumpre trazer o entendimento de Araújo (2018, p. 12-13), a qual demonstra que a viabilização do pleno exercício da autonomia do sujeito decorre necessariamente do reconhecimento pleno e incondicional da liberdade deste de exercer certas prerrogativas, estando a autonomia, no cerne da bioética, intimamente relacionada ao respeito imprescindível às decisões individuais em meio às relações médicas.

Ademais, Meireles (2021) afirma que a Bioética consiste no ponto de partida no estudo da autonomia na relação médico-paciente, sendo papel do Direito em meio à Bioética vislumbrar de forma cautelosa as situações fáticas que insurgem dessa relação e interpretar, a partir delas, quais seriam os limites do exercício da autonomia do sujeito.

Dito isso, ao comparar as demais versões anteriores do dispositivo em questão, pergunta-se: a versão atual da Lei nº 9.434, ao dispor que a família do *de cuius* possui a titularidade

exclusiva do direito de escolha acerca da doação ou não dos órgãos deste, mesmo nos casos nos quais seja expressamente declarada a vontade de doá-los pelo falecido enquanto vivo, viola a autonomia civil do possível doador? E seria essa a melhor alternativa de disposição para tal legislação?

Primeiramente, para discutir a violação ou não da autonomia pelo atual dispositivo legal, cabe questionar: pela autonomia de quem se busca zelar aqui? Afinal, embora foque-se na análise da autonomia do *de cuius*, sabe-se que, inerente à doação dos órgãos deste, há outros sujeitos, quais sejam o receptor dos órgãos e a família do falecido, cabendo perceber o zelo, ou não, pelo exercício pleno da autonomia destes, bem como os seus demais desdobramentos.

Borges (2005, p. 183-184) traz à tona a autonomia do receptor dos órgãos:

[...] neste estudo, entende-se a saúde e a integridade física como um direito e não um dever, ninguém pode ser obrigado a receber órgãos de terceiros, embora deles necessite e embora esteja em primeiro lugar na ordem de preferência da lista única do Sistema Nacional de Transplante. O receptor pode, até o último momento de consciência antes da cirurgia, recusar-se a receber o órgão.

De fato, conforme o já mencionado artigo 10 da atual Lei nº 9.434/97, o transplante do órgão apenas resta efetivado após a anuência deste, zelando-se, assim, pela sua autonomia.

Desde já, tomando como base o histórico das legislações brasileiras acerca das doações de órgãos *post mortem* anteriormente tratado, percebe-se que a atual versão da lei vai de encontro a diversas das suas versões anteriores, as quais sobrepunham a manifesta vontade do disponente de doar os seus órgãos às demais opiniões e vontades dos familiares e cônjuges deste.

No presente cenário, os familiares do *de cuius* são devidamente informados acerca da viabilidade de doação de seus órgãos e/ou tecidos deste logo após a declaração da sua morte, conforme o Programa Estadual de Transplantes do Rio de Janeiro (2021), e os órgãos serão doados somente para as pessoas inscritas na lista única do SUS, bem como nos transplantes *inter vivos*, nestes excepcionando-se a hipótese trazida pelo artigo 9º da Lei nº 9.434: “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 consangüíneos 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”.

Destarte, ressalta-se que a possibilidade ou não da escolha do receptor do órgão por parte do disponente nos transplantes *post mortem* será averiguada à posteriori neste trabalho, cumprindo, por ora, analisar a atual disposição trazida pelo artigo 4º da Lei 9.434/97.

Atualmente, tem-se um panorama em que, por mais que seja aconselhado às famílias dos potenciais doadores falecidos, ao serem perguntadas sobre a autorização para a realização ou não do transplante de órgãos *post mortem*, que estas reflitam sobre a vontade do *de cuius* para que seja, ou não, concedida tal autorização, tem-se a hipótese de que este conselho não significa o respeito integral à vontade manifestada pelo doador, porquanto zela-se, na prática, pela autonomia da família e não pela autonomia do doador em si.

Tal entendimento confirma-se ao vislumbrar a tese de Adriano Marteleto Godinho (2014, p. 32), onde reconhece-se o nobre papel da autonomia privada de conceder a cada indivíduo a possibilidade de modelar o sentido de sua própria existência com base em seus respectivos valores, crenças, cultura e anseios, porquanto caberia ao sujeito reconhecer a prerrogativa de ser e de tornar-se o que bem entender.

Afinal, por mais que a decisão quanto à realização do transplante de órgãos do potencial doador após a sua morte reste embasada em suas respectivas crenças, anseios e desejos mais profundos, a lei entrega, ainda assim, a decisão referente a tal transplante aos familiares do *de cuius*, podendo-se concluir pelo zelo ao exercício pleno da autonomia destes, e não da autonomia do potencial disponente, de modo a violar esta última.

Noutro giro, quanto à realidade fática do presente tema, Victorino e Ventura (2017, p. 141) afirmam a frequente concordância entre o consentimento das famílias do *de cuius* com a doação e o a vontade implícita ou explícita do disponente, de modo que os entes do falecido tomam tal decisão levando em conta a vontade deste, compreendendo a doação como forma de ajudar os receptores do órgão e de assegurar a realização do último desejo do falecido.

Partindo de tal informação, cumpre refletir a relevância prática da previsão do artigo 4º da Lei nº 9.434/97, questionando-se acerca dos impactos desta em relação ao exercício pleno da autonomia do doador. Para tal, observa-se a recorrência das hipóteses contrárias àquela citada acima, nas quais a família não respeita a vontade manifestada pelo doador, bem como a frequência da negativa familiar *per si*.

Acerca da possibilidade de negativa familiar para a doação de órgãos *post mortem*, este consiste num fenômeno recorrente e é apontado como um dos principais motivos para que um órgão não seja doado no Brasil, com o índice informado pela Associação Brasileira de Transplante de Órgãos (ABTO) de 43% de negativas familiares após morte encefálica comprovada do ente falecido (CRUZ, 2019).

Noutro giro, tem-se que a recusa familiar se trata da maior barreira para a efetivação da doação de órgãos e tecidos, sendo imprescindível a compreensão dos dispositivos legais vigentes, por parte dos médicos, à luz dos princípios éticos e bioéticos, em conjunto com o conhecimento técnico-científico-biológico, para que seja promovida a maior segurança e garantia do direito à dignidade e dos demais direitos fundamentais das partes envolvidas nos transplantes de órgãos *post mortem* (VICTORINO; VENTURA, 2016, p.72-83).

Diante disso, cumpre explicitar a impossibilidade de se afirmar qualquer culpa por parte dos familiares do *de cuius* ao decidirem pela não realização do transplante de órgãos deste, tratando-se aqui da culpa em seu sentido socialmente conhecido; ou seja, não parece ético opinar de modo a julgar a decisão familiar em si, posto que não se deve, sequer, analisar a hipótese de negativa familiar de forma fria e estritamente racional, vide a óbvia dificuldade, por parte dos entes do falecido, de lidar com o falecimento deste, em primeiro lugar.

A dificuldade de lidar com a morte de um ente querido pode vir a influenciar na referida decisão tomada pela família, decisão esta que deve ocorrer em um curto período após a constatação da morte encefálica do indivíduo. Em consonância com o portal da FHEMIG (2020), após a constatação da morte encefálica, o órgão retirado do corpo do doador pode ser mantido por no máximo 48 horas, devendo-se retirar os órgãos em, no máximo, seis horas depois que os batimentos cessem, pois após tal fato, os órgãos não poderão ser mais aproveitados para doação, e tais dados variam a depender do órgão a que se refere.

O prazo em questão pode não ser suficiente para permitir a tomada da decisão da maneira mais racional, porquanto o luto consiste num sentimento demasiadamente complexo, individual e imprevisível. Diante disso, não cabe realizar o juízo de valor acerca da decisão em si de cada família acerca das doações de órgãos *post mortem*, e sim refletir quanto à disposição legal atual do artigo 4º da Lei nº 9.434/97, a qual atribui a responsabilidade da decisão tratada aos familiares do *de cuius* em toda e qualquer hipótese.

Deste modo, cumpre discutir se teriam meios de facilitar a referida e complexa tomada de decisão, debatendo, inclusive, se a mudança no artigo supracitado deveria ocorrer e, em caso positivo, se esta mudança poderia funcionar como um desses facilitadores, podendo talvez eximir os familiares dessa responsabilidade.

Quanto aos facilitadores supracitados, primeiramente, cabe esclarecer que estes não necessariamente tornariam a decisão fácil, porquanto a compreensão do falecimento do ente ainda seria inevitavelmente inerente à escolha familiar, objetivando-se a redução das

dificuldades inerentes a tal processo, buscando diminuir, na medida do possível, qualquer sofrimento dos familiares. Partindo deste entendimento, traz-se o papel do médico nessa facilitação, tomando como base o trazido por Ferreira, Pereira e Bonamigo (2022, p. 38): “Quanto mais a ciência avança, mais se teme e se nega a morte, e os profissionais da saúde precisam ter humildade e habilidade para lidar com a perda”.

Em consonância com Ferreira, Pereira e Bonamigo (2022, p. 38-39):

A promoção do encontro entre familiares e paciente quando a morte é iminente facilita sua aceitação e contribui para que haja menos depressão durante o luto [...] A conversa entre o paciente e seus entes queridos alivia o estresse e evita arrependimentos posteriores à morte, além de prepará-los para o evento [...] Esse encontro pode ser realizado com auxílio de um programa denominado *Death over Dinner* (ou *Death Café*), criado para estimular o diálogo sobre a morte durante reuniões, iniciativa que contribui para a aceitação da própria morte e a dos entes queridos [...].

Entretanto, ainda consoantes Ferreira, Pereira e Bonamigo (2022, p. 38-39), há evidências de certa insuficiência na formação dos médicos referente ao treinamento e preparo destes para lidar com a morte do paciente, constatando-se a falta de iniciativa das instituições de ensino na oferta de conteúdos que proponham-se a educá-los para tal, sugerindo-se a inclusão destes conteúdos nas disciplinas de bioética.

Ademais, faz-se imprescindível a educação dos profissionais da saúde, principalmente, no presente contexto, daqueles que lidam com a realização dos transplantes de órgãos *post mortem*, objetivando o conhecimento da legislação por parte destes, posto que estes estarão encarregados de informar ao paciente antes da morte e à família após a morte deste. Para além de tal necessidade, no entendimento de Araújo (2018, p. 21), a vulnerabilidade do paciente em relação ao médico implica na necessidade de se reduzir tal assimetria por meio da conscientização do médico, de modo que este compreenda a importância de buscar ser compreendido pelo paciente.

Por sua vez, conforme a autopercepção de estudantes de medicina, segundo Ferreira *et al.* (2022, p. 59) uma das maiores dificuldades percebidas por estes ao serem encarregados da tarefa de dar más notícias em meio ao exercício das suas funções é o nervosismo ao lidar com as reações dos pacientes, o qual consistia, ademais, na maior dificuldade enfrentada por médicos oncologistas nas décadas de 1950 e 1960, podendo-se reduzir tal nervosismo, bem como os demais obstáculos do atendimento médico, com melhor conhecimento teórico-prático de tal tema.

Consoante Maia (2020, p. 120), são elementos essenciais para a comunicação de prognósticos ao paciente e à família deste a habilidade e a capacidade do médico, o qual tem o dever ético de executar tal comunicação, devendo-se agir em compaixão para com o enfermo e em observância aos ditames da ética e da bioética, sendo interessante a educação continuada do profissional de saúde, inclusive no ramo da comunicação e do relacionamento interpessoal, para dissipar o acontecimento dos conflitos morais que insurgem no momento de dar más notícias aos pacientes.

Ou seja, como visto acima, bem como explorado anteriormente no presente trabalho, o cenário de que se trata é demasiadamente complexo, porquanto muito se discute acerca do direito da família do paciente, ou do próprio paciente, de saber a verdade, bem como do dever do médico de comunicar a verdade e em que medida este deve fazê-lo, evidenciando-se a necessidade de se investir no preparo dos médicos para dar más notícias à família do paciente, tentando transmitir a mensagem da forma mais branda e cautelosa, cabendo à lei, por sua vez, adaptar-se ao cenário atual das doações de órgãos, levando em conta as suas diversas especificidades práticas, como as demonstradas acima, e possíveis consequências.

Diante do exposto, passa-se à reflexão quanto à coerência da concessão à família do *de cuius* do direito de escolher acerca da doação ou não dos órgãos deste, buscando-se concluir se a autonomia pela qual se deve zelar é, de fato, a da família do *de cuius* ou se, em contraposição, deve-se zelar pelo exercício pleno da autonomia do disponente, estando a lei, em tal hipótese, equivocada. Afinal, os legitimados para decidir acerca da doação *post mortem* do seu ente querido são, em si, indivíduos dotados de autonomia e titulares do direito de livremente exercê-la, porquanto capazes civilmente; entretanto, a problemática aqui é que, ao decidir sobre a disposição ou não dos órgãos de outrem, estariam os sujeitos exercendo a sua autonomia sobre o corpo do disponente.

Ao perceber a inerência do presente debate à Bioética, cumpre analisar os preceitos e fundamentos bioéticos que permeiam o Direito Médico, tratando-se de uma temática extremamente atual, tem-se que a autonomia está diretamente ligada ao valor do indivíduo, devendo ser ressaltada para que se protejam os direitos dos pacientes *lato sensu*, estendendo-se tal necessidade de proteção aos humanos nas pesquisas científicas (FERRER; ALVAREZ, 2005, p. 287).

A moralidade, por outro lado, consistiria num sistema público e complexo, porém informal, à medida que pessoas racionais e de boa-fé ainda assim diferem acerca da avaliação moral em

temas biomédicos, como a eutanásia, por exemplo (FERRER; ALVAREZ, 2005, p. 362). Portanto, faz-se evidente a complexidade da temática e conclui-se pela consequente necessidade de se zelar pelo âmbito social, tomando como solução a melhor medida para este, posto que as opiniões pessoais irão naturalmente divergir entre si.

Consoante Victorino e Ventura (2016, p. 72-83), a bioética e o biodireito são meios essenciais, principalmente em sede de doações e transplantes de órgãos e tecidos, para a segurança efetiva da prática médica em si e de tais transplantes, sendo inerentes ao tópico “doação e transplante de órgãos e tecidos” as inúmeras implicações polêmicas no contexto atual; para os autores, o viés bioético em meio à prática médica consiste em um aspecto imprescindível para a manutenção da saúde da humanidade, vide a diária tarefa de lidar com a vida e a morte, dotada esta de um alto grau de complexidade, podendo ser dolorosa, por vezes. Portanto, são apontadas como instrumentos de auxílio para lidar com essa tarefa: a ética profissional, a legislação vigente e o respeito aos aspectos religiosos e sociais dos indivíduos envolvidos.

Destarte, propõe-se uma análise que busca a interseção do Direito Civil, dos Direitos Fundamentais e da Bioética, para concluir se tal versão do dispositivo legal está em sua forma mais razoável e condizente com os ditames e preceitos do Direito. Primeiramente, tem-se o entendimento de França (2017, p. 590), o qual que o cadáver pertence à família deste, em sentido afetivo. Ademais, cumpre trazer à tona o entendimento de Oliveira (2013), o qual afirma que a autonomia da vontade consiste num elemento fundamental das doações de órgãos como um todo, e, por sua vez, a concessão à família da titularidade de decisão quanto à doação ou não dos órgãos do *de cuius* implica numa doação pura, porquanto se trata de uma deliberação em prol do falecido e não em nome deste. Tais entendimentos levam a refletir acerca da possibilidade da lei dispor de forma razoável acerca do tema, ao entender que o cadáver pertence aos entes do falecido e, deste modo, estes agirão em prol do *de cuius*, não tomando a autonomia deste e não violando-a, em tese.

Todavia, Fogaça (2018, p. 107-128) pontua o tratamento dado pelo Código Civil de 2002 ao direito ao cadáver como direito da personalidade, o qual faria insurgir o debate acerca do titular de tal direito; seria o *de cuius* ou os seus familiares? Em relação a tal dicotomia, Fogaça (2018, p. 107-128) trata dos casos em que há o contraste entre a vontade manifestada em vida pelo falecido e a da família deste, trazendo à tona a divergência doutrinária inerente ao tema, na qual a parcela minoritária defende a prevalência do disposto no artigo 4º da Lei 9.434/1997 e a consequente necessidade de se obter, em todos os casos, o consentimento dos familiares do disponente; ademais, a vontade deste, expressa anteriormente, consistiria em

mero desejo que pode ser levado em conta pela sua família em meio à decisão tomada por esta.

Neste mesmo cenário, tem-se que a doutrina majoritária defende a prevalência da vontade expressa pelo doador ainda em vida, compreendendo-a enquanto decorrência da autonomia privada existencial e enquanto disposição personalíssima, porquanto consiste em disposição acerca do próprio corpo, sendo a vontade dos familiares do disponente subsidiária, devendo ser levada em conta apenas nos casos de omissão por parte do falecido (FOGAÇA, 2018, p. 107-128), restando importante o respeito à autonomia do potencial doador, porquanto consiste em garantia de cumprimento da vontade expressa em vida por este (VICTORINO; VENTURA, 2017, p. 142).

Nesse viés, o entendimento acima mencionado deve, consoante FOGAÇA (2018, p. 107 – 128), incidir inclusive nos casos em que se tenha a expressão da vontade do disponente no sentido de não doar os seus órgãos, devendo-se respeitar tal vontade inobstante o desejo da família deste, manifestado após a morte do potencial doador, de fazê-lo. A compreensão nesse sentido mostra-se coerente, posto que seria contraditório defender a supremacia da vontade manifestada pelo sujeito em relação à da sua família apenas nos casos em que o doador viesse a optar pela doação dos seus órgãos.

Afinal, por mais que se constate a necessidade de se realizar mais transplantes de órgãos aos receptores, diante da volumosa fila de espera para o recebimento destes, ao tomar o zelo pela autonomia do disponente como o núcleo da argumentação supramencionada, torna-se incoerente a relativização da autonomia deste, de modo a se entender pela aplicação da prevalência da vontade do doador apenas em parte dos casos, em relação à disposição ou não do direito ao corpo do doador, nos casos em que tenha sido manifestada em vida a vontade deste. Diante disso, cabe pontuar que os casos de omissão por parte do disponente e de vontade manifestada por este no sentido de autorizar o transplante apenas se puder doar para um receptor específico serão analisados à posteriori, vislumbrando a coerência da relativização da autonomia do disponente nesses respectivos cenários.

Destarte, embora conclua-se pela necessidade de defender de forma razoável a autonomia do *de cuius*, concordando-se, neste caso, com a prevalência desta em ambos os casos opostos supracitados, constata-se uma quantidade muito superior da ocorrência dos casos em que o doador permite a doação e a família discorda deste do que vice-versa, como visto anteriormente.

Acerca do posicionamento de estudantes de medicina e médicos diante da problemática do artigo 4º da Lei nº 9.434/97, Moraes *et al.* (2020, p. 62) trazem que a redação desta lei em si incita o conflito entre o monopólio da decisão familiar e a autonomia do paciente, diante do veto do parágrafo único do artigo 4º, presentemente analisado, que dispunha no sentido de permitir a realização da retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas embasada em registro feito em vida, pelo *de cuius*.

O veto acima mencionado restou, por sua vez, fundamentado na possibilidade dos órgãos do *de cuius* serem retirados sem autorização familiar, criando-se uma lacuna ético-legal relacionada à liberdade da pessoa em meio aos transplantes de órgãos, conferida pelo Código Civil e pelo princípio da autonomia (MORAES *et al.*, 2020, p. 62).

Noutro giro, ao interpretar de maneira extensiva o artigo 24 do Código de Ética Médica – o qual proíbe o médico de deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como de exercer sua autoridade para limitá-lo -, reflete-se sobre a possível violação de tal artigo pelo dispositivo analisado (art. 4º da Lei nº 9.434/97); afinal, o artigo 4º da legislação especial em questão não permite que o médico dê preferência à disposição constante da manifestação de vontade do *de cuius*, impedindo-o de zelar pela garantia do exercício do direito de decidir livremente sobre si do potencial doador que tenha manifestado a vontade de doar os seus órgãos após o seu falecimento.

Diante de todo o exposto, objetivando-se o zelo pela autonomia do disponente dos órgãos, em observância ao direito do indivíduo ao próprio corpo e à disposição deste, bem como ao respeito pelo seu direito fundamental à liberdade, torna-se coerente concluir pela necessidade de se conhecer a prevalência da vontade do *de cuius* nas doações *post mortem* nas hipóteses em que tal vontade reste manifestada pelo doador em vida, inclusive nos casos em que se constate a divergência entre tal desejo manifestado e o desejo dos familiares deste, percebendo-se que a Lei nº 9.434/97 não encontra-se, acerca de tal mérito, em sua melhor versão, cumprindo repará-la e alterá-la.

Por sua vez, a maneira que a alteração supracitada deve ser efetivada, bem como os Projetos de Lei já propostos para tal, serão analisados posteriormente, cumprindo, em primeiro lugar, vislumbrar e debater criticamente a forma que o artigo 4º da Lei nº 9.434/97 se aplica aos casos em que seja constatada a omissão por parte do sujeito quanto à vontade de doar ou não os seus órgãos.

Diante da omissão do *de cuius* em vida, soa pertinente a concessão da autorização tratada à família deste; primeiramente, pela necessidade de se obter uma resposta quanto à realização ou não dos transplantes, não cabendo retornar à presunção da doação, anteriormente mencionada e criticada, porquanto esta carrega em si uma estatização do corpo humano e viola em grau elevado a autonomia do sujeito e o direito deste à disposição ao próprio corpo. Em segundo lugar, por levar em conta os entendimentos de que o cadáver pertence à família deste e o fato de que os parentes e o cônjuge deste restam legitimados para tutelar pelos direitos deste após a sua morte (art. 12, CC), conforme demonstrado previamente.

Por sua vez, para relevância dos debates acima referidos, indissipável pelo decorrer do tempo, propõe-se a análise da entrevista, ocorrida no ano de 2007, na qual Circe Bonatelli (2007) traz opiniões diversas dos seguintes entrevistados: Rachel Sztajn, professora da Faculdade de Direito da USP; Edvaldo Leal, vice-coordenador da Organização para Procura de Órgãos (OPO); e Leonardo Borges, coordenador da OPO no HC.

Conforme o relato de Bonatelli (2007), diante da discussão, Rachel Stajn defende a inexistência da vontade do falecido, o que justificaria a prevalência da vontade da família do *de cuius* sobre a vontade manifestada por este enquanto vivo. Para a professora, trata-se da proteção da autonomia da família do falecido, demonstrando o zelo pela autonomia do indivíduo no cenário jurídico e Bioético.

Por sua vez, Edvaldo Leal afirma a raridade das negativas familiares ocorridas após a manifestação da vontade do *de cuius*, mencionando o costume cultural brasileiro de se respeitar, enquanto familiar do *de cuius*, o desejo dos entes já falecidos acima das próprias crenças e vontades. Ademais, o vice-coordenador da OPO do HC à época da entrevista traz, em sua declaração, que os parentes do falecido são orientados pelos profissionais da saúde a pensarem acerca da vontade do *de cuius* antes de decidirem efetivamente pela concessão ou não da doação dos órgãos deste, evidenciando a importância de se deixar explícito, enquanto vivo, o desejo de ser ou de não ser um doador de órgãos para os seus familiares. Portanto, Leal conclui pela congruência da legislação com os princípios éticos da população.

Outrossim, o depoimento do coordenador da OPO do HC em 2007, Borges (2005), explicita o consenso necessário entre as vontades dos legitimados em questão para a tomada da decisão concreta sobre a realização ou não dos transplantes de órgãos *post mortem*; Borges traz o seguinte exemplo prático: “Se, de cinco irmãos, quatro decidem doar os órgãos do pai morto,

mas um não concorda, o HC respeita a posição desse um”. Trata-se, consoante o especialista entrevistado, de uma precaução, buscando-se evitar posteriores conflitos familiares.

Visto a repercussão longeva do tema em questão, cabe pontuar a insurgência de diversas propostas para alterar a referida disposição legal. Em sede dos Projetos de Lei já propostos com o objetivo de reformar o artigo 4º da Lei nº 9.434, tem-se o PL 453/2017, propondo explicitar a subsidiariedade do consentimento familiar para as doações de órgãos, tecidos e partes do corpo humano *post mortem*, estabelecendo a sua necessidade apenas na falta de manifestação expressa e válida do *de cuius* em vida.

O senador Lasier Martins (Pode-RS) foi o autor do projeto e, para embasá-lo, dissertou sobre a tutela da autonomia da vontade do falecido, vide a garantia da tutela desta, protegida pelo Código Civil, em relação ao titular do direito da personalidade (AGÊNCIA SENADO, 2019). Conforme a Agência Senado (2019), em pesquisa realizada pelo Instituto DataSenado, 83% dos participantes concordaram com o projeto.

Em sede de potenciais reformas para a legislação em questão, Pimentel, Sarsur e Dadalto (2018) sugerem uma versão atualizada do dispositivo legal, atualização esta a qual consideram necessária, de modo a zelar pela autonomia do paciente doador, adequando o texto legislativo às disposições da Constituição Federal; a reforma sugerida sujeita a retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica ao requisito da manifestação do doador, em vida, por meio de documento público. Ademais, seria adicionado o adendo a tal *caput*, por meio de um parágrafo único, o qual versaria sobre a omissão do *de cuius* enquanto vivo; diante da ausência do documento supramencionado, seria necessária, então, a autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte. Ou seja, o atual requisito da autorização familiar, imposto pelo artigo 4º da Lei nº 9.434/97, tornar-se-ia uma medida secundária a se levar em conta, em respeito à autonomia do doador.

Por fim, no entendimento de Fogaça (2018, p. 107-128):

[...] cabe ao Poder Legislativo editar uma terceira norma resolvendo tal antinomia, a fim de que o transplante *post mortem* esteja adequado à doutrina do Direito Civil Constitucional de garantir a evolução do Direito de acordo com os valores da sociedade atual, que, neste momento, caminha pela prevalência da autonomia da vontade da pessoa ao dispor sobre seu próprio corpo para após a morte.

Em conclusão, levando-se em conta o zelo pelos direitos constitucionais e civis, com enfoque no pleno exercício da autonomia do sujeito, bem como os princípios bioéticos e o histórico da

Lei nº 9.434/97, restando explícita a necessidade de buscar-se a melhor versão para tal disposição legal, sendo pertinente a alteração do artigo 4º da Lei nº 9.434/97, de modo a reconhecer a supremacia da vontade manifestada pelo doador de órgãos ainda em vida, concedendo a este direito a exercer plenamente a sua autonomia, posto que a atual versão do dispositivo viola-a quanto a esse mérito.

Afinal, o entendimento pela prevalência do desejo do disponente faz-se presente em meio a juristas, pesquisadores, profissionais da saúde e estudantes de medicina, futuros médicos, bem como a docentes e cidadãos brasileiros, tornando-se evidente a adaptação do Direito à sociedade que este rege promovida pela referida reforma. Nesse cenário, caberá aos profissionais da saúde a devida cautela em meio ao atendimento à família do falecido ao informar a estes acerca da morte encefálica, ao explicar a decisão tomada pelo *de cuius* e ao prestar o serviço em geral, devendo-se investir na capacitação de tais profissionais para tal.

Entretanto, nos casos de omissão por parte do doador, cumpre reconhecer-se o direito de escolha à família deste, porquanto resta demonstrado que consiste na solução mais coerente para tais hipóteses, referindo-se, portanto, a uma reforma parcial do artigo 4º da Lei nº 9.434/97.

4.3 A PROBLEMÁTICA LIGADA À OMISSÃO DA LEI Nº 9.434/97 EM RELAÇÃO À ESCOLHA DO RECEPTOR DOS ÓRGÃOS POR PARTE DO DOADOR NAS DOAÇÕES *POST MORTEM*

Perpassada a problemática acima discutida, a qual gira em torno da autorização ou não da retirada do órgão do corpo do potencial doador após a sua morte, cabe tratar do destino a ser dado ao órgão após a sua retirada, para dar início ao debate acerca da omissão da Lei nº 9.434/97 em relação à possibilidade de escolha do receptor dos órgãos por parte do doador, bem como da proibição, que ocorre na prática, de tal doação de órgãos do *de cuius* a um indivíduo específico, cumprindo discutir, ademais, se tal proibição limita o exercício da autonomia civil do indivíduo.

Primeiramente, ao executar a leitura na íntegra da Lei nº 9.434/97, percebe-se a ausência da previsão legal quanto à proibição ou permissão da escolha do titular do recebimento dos órgãos doados, por parte do doador destes, nos transplantes *post mortem*. Por sua vez, a

proibição a tal escolha encontra embasamento na Portaria nº 2.600, de 21 de outubro de 2009, a ser analisada à posteriori.

Destarte, cumpre vislumbrar a Constituição Federal em relação a tal mérito, porquanto esta consiste na lei hierarquicamente superior às demais conforme a pirâmide de Kelsen (PINHEIRO, 2016), servindo, em meio ao direito brasileiro, como norteadora das demais disposições legais, de modo que nenhuma lei pode ir de encontro aos preceitos da Constituição Federal de 1988. Entretanto, diante de tal análise, tem-se que a Constituição não se posiciona acerca desse assunto em si, incumbindo-se apenas da proibição da comercialização de órgãos e atribuindo a responsabilidade de regular os transplantes de órgãos à legislação específica (art. 199, §4º, CF), como já visto anteriormente.

Ou seja, a própria Constituição Federal reconhece a função da Lei nº 9.434/97 de dispor acerca dos demais méritos e desdobramentos relevantes às doações de órgãos *per si*, podendo-se inferir que caberia à legislação referida a proibição ou a autorização da escolha do receptor do órgão doado por parte do disponente nas doações *post mortem*.

Entretanto, a referida lei faz-se silente em relação a este caso específico, percebendo-se, enquanto isso, certas disposições desta referentes à possibilidade de escolha do receptor do órgão pelo doador deste nos transplantes *inter vivos*. A título de exemplo, o artigo 9º da Lei nº 9.434/97 permite a disposição dos tecidos, órgãos e partes do corpo ao sujeito ao seu cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, quando restar autorizado pelo doador, preferencialmente por escrito e diante de testemunhas, especificamente o tecido, órgão ou parte do corpo objeto da retirada.

Outrossim, o artigo supracitado permite a escolha por parte do disponente de qualquer pessoa enquanto receptor do órgão doado por este, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea.

Dito isso, ressalta-se que se deve constatar a compatibilidade entre o doador e o receptor, visando a garantia da saúde e dignidade do receptor, sendo de suma importância a adaptação do órgão ao organismo do receptor, tanto nas doações *inter vivos* quanto naquelas *post mortem*. Inobstante tal semelhança, resta clara a divergência no tratamento entre os dois tipos de transplantes, diferença esta inicialmente tida como razoável e válida, posto que demonstra o esforço por parte da lei de se adaptar às divergências naturais destas doações, regulando-as, respectivamente, da forma mais coerente possível.

Afinal, fato é que nos transplantes *inter vivos* o doador pode se manifestar no ínterim do processo de doação, de forma presente, e exprimir a sua vontade por si só, nas hipóteses do doador capaz, exercendo a sua autonomia ao dispor do seu próprio corpo de modo mais livre do que nas doações *post mortem*. Nestas doações, por sua vez, depende-se da vontade da família do *de cuius* acerca das doações, a qual pode ou não levar em conta a manifestação de vontade expressa pelo *de cuius* enquanto em vida, conforme o atual artigo 4º da Lei nº 9.434/97, vide inclusive a problemática da titularidade da autorização para a realização destes transplantes, destrinchada em momento anterior.

Diante disso, soa razoável a possibilidade da escolha do receptor dos órgãos por parte do doador nas doações *inter vivos*, posto que caberá a este não apenas decidir acerca de quem receberá a doação como refletir sobre a prevalência que tal receptor terá em relação à Fila Única do SUS, exercendo a sua autonomia de modo a analisar qual a decisão mais coerente neste cenário, consoante o seu próprio juízo de valor.

A propósito, pontua-se que não se busca, no presente trabalho, formar um juízo de valor quanto às escolhas do receptor do órgão por parte do doador nas doações *inter vivos*, não sendo o papel da pesquisa a valoração ética e moral das decisões tomadas por cada doador em relação aos seus órgãos, posto que tal debate implicaria na opinião a respeito da disposição do corpo de outrem, na qual o disponente encontra-se exercendo o seu direito à liberdade, ao pleno exercício da autonomia e ao próprio corpo.

Retomando-se a discussão quanto à problemática principal, Flumignan e Flumignan (2020) entendem pela possibilidade de tal escolha, diante da falta de quaisquer impedimentos na Constituição, no CC/02 ou na Lei nº 9.434/1997 e da incapacidade das demais portarias e regulamentações infralegais de restringir a autonomia da vontade.

Entretanto, deve-se pensar na aplicabilidade prática da permissão de escolha, partindo-se para a menção à Fila Única do SUS para lembrar a relevância desta no cenário nacional dos transplantes de órgãos, porquanto nela restam inscritos os diversos indivíduos que aguardam pelos transplantes. O SUS em si representa a garantia do direito fundamental à saúde e à dignidade da população brasileira, promovendo, na medida do possível, a redução das diversas desigualdades que permeiam a sociedade brasileira por mesmo da referida fila única de espera para o recebimento de órgãos.

Consoante Macêdo (2020, p. 6), os serviços do SUS são imprescindíveis para os cidadãos brasileiros, dos atendimentos básicos àqueles de alta complexidade e das vacinas até os

transplantes de órgãos, concedendo ao SUS a classificação como uma das maiores políticas públicas do mundo, por atender a todos os beneficiários indistintamente.

Nesse sentido, pontua-se que resta inviolável a ordem dos sujeitos presentes na lista única de espera pelas referidas doações do Sistema Único de Saúde, exceto nas hipóteses de não constatação da compatibilidade necessária para o transplante entre o potencial doador e o receptor presente na colocação primária da lista, ainda seguindo a ordem desta até ser encontrado o receptor compatível, sendo importante, ainda, a garantia de sigilo acerca da identidade das partes nas doações de órgãos como um todo (MALUF, 2013, p. 340-343); o sigilo supracitado ocorre, no entendimento da autora, em observância à privacidade do doador.

A constatação acima refere-se à privacidade do doador de órgãos de maneira geral, englobando os sujeitos vivos e os falecidos. Embora muito se discorra acerca dos direitos remanescentes do *de cuius*, conforme demonstrado anteriormente, o entendimento de que o direito à privacidade do sujeito estende-se para além do momento da sua morte resta adotado pela doutrina majoritária. Portanto, cabe incitar a reflexão acerca da natureza de tal direito; afinal, ao tratar-se de um direito da personalidade remanescente do falecido, tal direito resta indisponível, em regra, apenas permitindo-se a disposição deste por parte do seu titular de maneira voluntária nos casos previstos em lei. Conclui-se, acerca de tal cenário, que o *de cuius* não poderá, ainda em vida, manifestar a vontade de revelar a sua própria identidade à pessoa que virá a receber o transplante, em regra.

Noutro giro, traz-se o artigo 27, *caput*, da Portaria de nº 2.600, de 21 de outubro de 2009, conforme o qual todos os órgãos - bem como tecidos, células e partes do corpo - obtidos de doador falecido que contarem com potenciais receptores inscritos para a espera do órgão de que se trata, deverão ser distribuídos e destinados segundo o Sistema de Lista Única. Ademais, conforme o artigo 28 de tal Portaria:

O Sistema de Lista Única será constituído pelo conjunto de potenciais receptores brasileiros, natos ou naturalizados, ou estrangeiros residentes no país inscritos para recebimento de cada tipo de órgão, tecido, célula ou parte do corpo, e regulado por um conjunto de critérios específicos para a distribuição deles a estes potenciais receptores, assim constituindo o Cadastro Técnico Único – CTU.

Ou seja, enquanto a Lei nº 9.434/97 omite-se quanto à proibição ou permissão da escolha do receptor do órgão por parte do doador, a Portaria supracitada menciona o dever de se seguir a Lista Única do SUS de forma estrita para que se constate qual o receptor para o órgão doado. Entretanto, por tal informação não se encontrar explícita na Lei nº 9.434/97, resta dificultado

o acesso a esta, podendo-se criar certa insegurança jurídica na medida que a lei específica explicitamente permite tal escolha nas doações *inter vivos* e faz-se silente nas doações *post mortem*.

Perpassado o risco da insegurança jurídica decorrente da omissão em sede de lei específica, cabe analisar a limitação à autonomia por parte da proibição da escolha do receptor do órgão nas doações *post mortem*, disposta na Portaria nº 2.600, de 21 de outubro de 2009, e em meio a cartilhas e FAQs; a título de exemplo, toma-se a cartilha de doação de órgãos do Hospital Risoleta Tolentino Neves (2020), que confirma o trazido pela referida Portaria ao mencionar a necessidade de se destinar o órgão doado aos indivíduos constantes da lista unificada de espera, inobstante a classe social ou condição financeira destes, tomando como requisitos para a designação da posição de cada pessoa em tal lista o tempo de espera do sujeito em tal lista e a urgência do procedimento, além de restar imprescindível a constatação da compatibilidade entre o doador e o receptor.

Ademais, o FAQ trazido pelo portal virtual da Secretaria de Saúde do Governo do Estado da Bahia (2021) torna pública e de fácil acesso à população a informação de que resta proibida a escolha do receptor dos órgãos pelo doador ou pela família deste nos transplantes *post mortem*, cabendo à Central de Transplantes tal designação.

Por sua vez, o site das Áreas Temáticas do Ministério da Saúde (2021) traz em si um FAQ, no qual informa-se que, inclusive na hipótese do familiar do potencial doador constar na lista única de espera para o transplante, a escolha aqui tratada não será possível, inobstante a constatação da compatibilidade entre o doador e o receptor, atribuindo-se a indicação do receptor unicamente à Central de Transplantes.

Faz-se claro, portanto, o objetivo da promoção da igualdade social por parte do SUS e da necessidade de se proteger e de zelar por este e pelo respeito, ao máximo, à Lista Única de Espera. Afinal, conforme dados da cartilha do Hospital Risoleta Tolentino Neves (2020), a fila de espera para o recebimento de um órgão conta com mais de 40 mil brasileiros, e um único doador de órgãos e tecidos pode beneficiar pelo menos dez receptores.

Acerca da proibição supramencionada, anteriormente prevista no Decreto nº 2.268/97, Borges (2005, p. 180) aponta certa abusividade estatal diante da intervenção do Estado no destino do corpo do indivíduo que deste dispõe, questionando se os órgãos, nesses casos, teriam se transformado em propriedade do Estado.

Conclui-se que tal proibição viola a autonomia do doador dos transplantes de órgãos *post mortem*, à medida em que se tira deste a opção de modular o destino do seu órgão; entretanto, ao falar-se em zelo pela autonomia do indivíduo não se trata, necessariamente, da proteção incondicional a esta, cabendo pontuar a existência de hipóteses nas quais a limitação à autonomia civil faz-se interessante ou, inclusive, necessária para a manutenção ou promoção do bem coletivo.

Retomando o entendimento anteriormente mencionado de Requião (2018, p. 21), tem-se que a autonomia privada pode garantir a concreção e a promoção do direito fundamental à dignidade do indivíduo. Destarte, conclui-se que as limitações a serem impostas ao exercício da autonomia do sujeito devem ser feitas de maneira cautelosa, sempre em observância à função social da disposição legal que se adota. Em suma, ao decidir-se por limitar a autonomia da pessoa, deve-se fazê-lo de maneira fundamentada, razoável e em prol do bem social.

Diante do exposto, cabe mencionar o entendimento de Peixoto (2019), que explicita a escolha proposital dos termos inerentes ao *caput* da Constituição Federal de 1988, optando-se por colocar o trecho “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais” de modo a posicionar os direitos sociais à frente dos individuais, demonstrando a intenção de explicitar o maior zelo pelos direitos sociais e fundamentais, em regra, nos casos de embate entre estes e os direitos individuais, tendo-se como exemplo de tal zelo as políticas públicas como cotas nas instituições de ensino e bolsas de auxílio financeiro às famílias de baixa renda.

Destarte, ao evidenciar que a limitação à autonomia do doador presentemente discutida o faz em prol da garantia à saúde da sociedade brasileira como um todo, protegendo tal direito fundamental. Ademais, ao proibir a livre escolha do receptor dos órgãos pelo disponente destes nas doações *post mortem*, não resta completamente lesada a autonomia do doador, pois ainda se permite que este disponha do seu próprio corpo, garantindo ao sujeito o exercício da sua autonomia neste sentido, limitando-se apenas a escolha do destinatário do órgão em prol do bem social, garantindo-se o respeito máximo à fila única do SUS, ao SUS em si e à garantia aos direitos fundamentais e constitucionais.

Afinal, na situação hipotética na qual se permita a escolha do destinatário do órgão pelo disponente mediante manifestação em vida nos transplantes *post mortem*, privilegiar os receptores escolhidos, colocando-os à frente dos diversos brasileiros que encontram-se aguardando por longos períodos na fila única do SUS, prejudicaria o intuito de tal fila e do

SUS em si, qual seja o de promover a igualdade ao distribuir os órgãos transplantados conforme os critérios objetivos da fila de espera, de modo a não beneficiar qualquer um dos indivíduos por circunstâncias alheias aos critérios referidos.

Portanto, ao burlar a fila do SUS do modo acima referido, resta prejudicado o âmbito social e os direitos fundamentais protegidos inicialmente pelo Sistema Único de Saúde. Para promover a melhor compreensão de tal visão, traz-se o estudo proposto por Victorino e Wilson (2020) nos Estados Unidos; no estudo, foram questionados 104 estudantes de enfermagem acerca de qual dos quatro pacientes fictícios apresentados a estes deveria receber o transplante do único coração disponível para tal, como forma de salvar a vida do respectivo receptor, não havendo a fila única de espera para receptores de transplantes.

O resultado da pesquisa supramencionada mostrou um grau elevado de *moral distress*, termo este utilizado para se referir ao estresse decorrente dos casos em que a medida a ser tomada pelo enfermeiro diverge daquela que este considera mais coerente (HNHN, 2022), mesmo diante de uma situação hipotética, fato este conhecido pelos estudantes.

Em conclusão, a escolha acerca do receptor do órgão é obviamente complexa e pode acarretar a escolha relacionada à sobrevivência de certo indivíduo em virtude de outro, lesando o direito à igualdade da pessoa humana, sendo imprescindível não apenas a manutenção da Fila Única do SUS como a proteção desta, objetivando a concretização dos Direitos Fundamentais. Deste modo, mesmo diante da omissão da Lei nº 9.434 sobre o tema, a qual pode acarretar certa insegurança jurídica, a proibição da doação de órgãos do *de cuius* a um indivíduo específico, escolhido por este, limita a autonomia deste de forma coerente, em observância aos princípios bioéticos e constitucionais inerentes ao Direito.

5 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, resta demonstrada, primeiramente, a natural interseção entre o direito ao corpo e o direito à autonomia, posto que o exercício da livre disposição daquele incita o pleno exercício deste; entretanto, as práticas ligadas ao exercício pleno de ambos os direitos mencionados possuem limites legais e, principalmente, constitucionais, devendo-se limitá-los de forma razoável e em zelo pelas garantias fundamentais, bem como pelos direitos individuais e pelos princípios bioéticos, os quais são inafastáveis da temática principal do trabalho.

Acerca das referidas limitações, faz-se necessário ressaltar o risco inerente à adoção do termo “bons costumes” enquanto norteador destas, pois tal utilização carrega em si a vagueza e enseja certa insegurança jurídica, porquanto tem-se, atualmente, uma sociedade extremamente plural, na qual encontrar-se-á concepções diferentes acerca do conceito do referido termo. Dito isso, cumpre ressaltar que a abertura desse conceito não é igual àquela do conceito da palavra “autonomia”, posto que a pluralidade de significados da palavra “autonomia” traz a maior versatilidade do termo, de modo a conceder aos indivíduos o exercício de tal direito em diversas situações, por encaixar-se de forma maleável em vários contextos para garantir ao cidadão, conseqüentemente, o exercício seu direito à liberdade e à dignidade, bem como a outros direitos fundamentais.

Portanto, a versatilidade do conceito de autonomia promove o zelo pelas garantias fundamentais da pessoa humana, enquanto a vagueza inerente ao termo “bons costumes” pode vir a permitir a imposição de certos preconceitos ou marcos de conservadorismo para limitar, por exemplo, a liberdade do indivíduo, promovendo a insegurança jurídica e aumentando o risco de lesão aos direitos fundamentais do indivíduo.

Noutro giro, por mais que o exercício do direito ao próprio corpo e o da autonomia estejam interligados, como dito acima, há situações nas quais o pleno exercício da autonomia enseja a exceção legal à previsão do Código Civil que versa sobre a impossibilidade, como regra, de disponibilidade do corpo humano quando esta for de cunho permanente. Enquanto exemplo, tem-se não apenas a laqueadura de trompas, a vasectomia e a mudança de sexo, como as doações de órgãos.

A possibilidade de se dispor do próprio corpo de forma permanente em virtude do exercício do direito à liberdade e à dignidade, de si mesmo ou de outrem, são marcas da supremacia dos

Direitos fundamentais em relação à indisponibilidade do corpo e a certos direitos individuais; deste modo, zelar pelo pleno exercício da autonomia pode significar zelar também pelas garantias fundamentais do indivíduo, fazendo-o em observância à imprescindível adaptabilidade da lei à sociedade e ao caso concreto, em sede de aplicação prática da norma.

Nesse contexto, quanto às doações de órgãos *post mortem*, percebe-se que além de serem concretizadoras da garantia à saúde e à dignidade dos receptores do órgão doado, estas não podem ser vislumbradas enquanto doações comuns do Código Civil e enquanto negócio jurídico, posto que aquelas não possuem a flexibilidade destas quanto à modulação de efeitos, sendo necessariamente conectadas à Bioética e aos direitos fundamentais individuais e sociais. Outrossim, os objetos dos transplantes de órgãos são extrapatrimoniais, consistindo em partes do corpo humano e sendo, desde já, vedada a sua comercialização; dito isso, sabe-se que sobre os órgãos doados incidirá o direito da personalidade do receptor, após a inserção e adaptação do órgão em seu organismo e, deste modo, a referida doação só será passível de revogação até o momento desta inserção.

Foram vislumbrados e destrinchados os requisitos para a realização das doações *post mortem*, como a devida constatação da morte do indivíduo e a gratuidade de tais doações, visto que a comercialização de órgãos consiste em crime no Brasil. No que tange a capacidade do doador, conclui-se que esta não consiste em requisito para tal realização, inobstante o fato da ideia de capacidade não necessariamente ensejar a autonomia do indivíduo nas relações médico-paciente, porquanto a autorização para o transplante será dada pelos familiares do *de cuius*, e não pelo próprio disponente, conforme o artigo 4º da Lei nº 9.434/97, do qual extrai-se a primeira problemática analisada.

Mediante a reflexão quanto à mencionada disposição do artigo 4º da Lei nº 9.434/97, conclui-se que a legislação demonstra zelo pela autonomia do receptor, posto que o transplante apenas será realizado após a expressa autorização dada por este, e pela autonomia dos familiares do *de cuius* que constam no rol do artigo supracitado, aos quais é concedida a titularidade da decisão definitiva quanto à retirada dos órgãos do corpo do falecido.

Portanto, faz-se evidente a violação do artigo tratado à autonomia do doador em si, ao nem sequer excepcionar os casos em que este tenha expressamente manifestado, ainda em vida, a vontade de doar ou não os seus órgãos após a sua morte. Quanto ao impacto fático de tal previsão legal, obtém-se que a negativa familiar é recorrente e consiste num obstáculo para a efetivação de mais doações de órgãos em território nacional, não cabendo julgar a decisão

negativa tomada pela família do *de cuius*; afinal, a retirada dos órgãos nos transplantes *post mortem* possuem um prazo curto para serem efetivadas, qual seja o de, no máximo, seis horas para a retirada dos órgãos do corpo do falecido, contadas do momento da parada cardíaca, e, por vezes, tal prazo não é suficiente para que os entes do falecido compreendam o contexto, porquanto o luto se trata de um momento altamente complexo e emocional.

Tal cenário pode, ainda, ser agravado pela insuficiência da capacitação de parte dos médicos e profissionais da saúde quanto à relação médico-paciente, concluindo-se pela necessidade de se capacitar os profissionais da saúde acerca da gestão emocional e da comunicação para com o paciente e a família deste, principalmente nos momentos de dar más notícias, reiterando que os profissionais devem sempre agir em observância aos princípios bioéticos e proceder com cautela, buscando transmitir segurança aos indivíduos referidos, sanando suas dúvidas pacientemente e de forma acessível e compreensível.

Depreende-se que a previsão legal referida é questionável por atribuir a disposição do corpo, o qual consiste num direito da personalidade, à família do titular de tal direito, e que embora tenha-se a extinção dos direitos da personalidade do sujeito com a sua morte, conferir ao indivíduo a garantia ao respeito à sua vontade manifestada em vida significa zelar pela sua liberdade, em vez de se zelar pela liberdade de terceiros sobre o corpo da pessoa. Tal direito fundamental, aqui, não diz respeito somente à liberdade de crença, de religião e de escolha doador, que, por vezes, norteiam a escolha de doar ou não os próprios órgãos após a morte, como à de dispor livremente do próprio corpo em prol dos receptores de tais órgãos e, por conseguinte, do bem social, na medida em que uma única doação pode vir a beneficiar diversos receptores. Ademais, mesmo que se beneficie apenas um receptor, tal transplante promoverá o aumento da qualidade de vida deste sujeito, garantindo a ele o seu direito à dignidade e à vida; afinal, a doação de órgãos, por vezes, pode vir a salvar a vida do receptor do órgão.

Conclui-se, portanto, pela prevalência da autonomia do disponente nos casos em que reste expressada em vida a vontade deste de doar os seus órgãos, visto que tal medida concederia ao doador o exercício pleno da autonomia e do direito à disposição do seu próprio corpo, zelando pela liberdade e a dignidade deste e das pessoas constantes na fila única de espera do SUS, podendo otimizar o processo da realização de transplantes de órgãos no Brasil e garantir a mais indivíduos o seu direito à saúde e o aumento da qualidade de vida acima referido.

Tal reforma no artigo consistiria em uma mudança parcial, devendo-se manter a família do sujeito enquanto legitimada para decidir quanto às referidas doações diante da omissão do *de cuius*, por consistir no caminho mais coerente diante de tal hipótese. Afinal, não se pode retroceder às versões da Lei de Transplantes que previam a presunção da autorização para a doação dos órgãos do falecido, posto que estas carregam a ideia controvertível de que o corpo do sujeito pertenceria ao Estado e foram demasiadamente criticadas quando em vigor.

Noutro giro, diante da omissão da Lei nº 9.434/97 referente à possibilidade de escolha do receptor dos órgãos por parte do doador destes e da proibição desta escolha, percebida por meio da leitura da Portaria nº 2.600/2009 e publicizada, na medida do possível, em sede de sites oficiais do Governo de diversos estados brasileiros e de hospitais do território nacional, conclui-se, primeiramente, que o fato da legislação específica permanecer silente quanto a tal proibição, por mais que esta já se encontre disposta em outras fontes, pode vir a promover a insegurança jurídica. Em resumo, a própria Constituição Federal reconhece a incumbência de regulamentar os transplantes de órgãos à Lei nº 9.434/97, causando estranhamento a omissão de tal legislação quanto ao assunto, posto que esta trata da possibilidade de tal escolha nos transplantes *inter vivos* e não menciona-a quanto àqueles *post mortem*.

Após perceber que a omissão trazida acima da Lei específica causa estranhamento e pode vir a dificultar o acesso à informação de que é proibida a escolha do receptor nas doações *post mortem*, resta superado este ponto e conclui-se que tal proibição naturalmente limita o exercício da autonomia do potencial doador, ao impor que o órgão será doado a um sujeito que este não escolheu e não poderá escolher, sem exceções.

Todavia, refletindo acerca do atual contexto fático, primeiramente, torna-se evidente que o papel desempenhado pelo SUS garante não somente o direito fundamental à igualdade como o direito à saúde e à dignidade da população brasileira, sendo indispensáveis os serviços do SUS, tais quais a mencionada fila única, para a efetivação de tais direitos.

Destarte, reconhece-se a imprescindibilidade de se zelar pela garantia dos direitos fundamentais em detrimento da autonomia do doador, posto que zelar pela garantia ao sujeito de exercer a sua autonomia não significa permitir a este fazê-lo de forma exacerbada, não cumprindo buscar a supremacia absoluta do direito à autonomia. Destaca-se que ao conceder ao doador a permissão para escolher o receptor do órgão doado nos transplantes *post mortem*, restaria prejudicado o intuito da fila do SUS, qual seja o de distribuir os órgãos

imparcialmente, apoiando-se em critérios que buscam não beneficiar qualquer indivíduo em detrimento de outro.

Diante do panorama atual do SUS, do necessário respeito à fila única de espera pelo transplante e ao principal objetivo desta, qual seja o de promover a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, utilizando critérios imparciais que consistirão na urgência do procedimento, na compatibilidade entre doador e receptor e no tempo de espera para designar o receptor, chega-se à resposta para a problemática tratada, concluindo-se pela razoabilidade e necessidade de manutenção da proibição dada pela Portaria nº 2.600 de 2009, porquanto tal proibição limita a autonomia do doador de forma pertinente, em observância aos princípios bioéticos e constitucionais inerentes ao Direito e em prol do bem social, das garantias fundamentais e da promoção do respeito ao SUS e à fila única deste.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA SENADO. Doação de órgãos poderá ser feita sem autorização de familiares, decide a CCJ. **Senado Notícias**. 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/05/22/doacao-de-orgaos-podera-ser-feita-sem-autorizacao-de-familiares-decide-ccj>. Acesso em: 20 set. 2021.

ALVES, Crislaine Pereira dos Santos. **O Nascituro como Sujeito de Direitos**. Faculdade Casa do Estudante de Aracruz, ES. 2016. Disponível em: http://facefaculdade.com.br/antigo/arquivos/revistas/Nascituro_Crislaine.pdf. Acesso em: 07 set. 2021.

ALVES, Rainer Grigolo de Oliveira; FERNANDES, Marcia Santana; GOLDIM, José Roberto. Autonomia, Autodeterminação e Incapacidade Civil: uma análise sob a perspectiva da Bioética e dos Direitos Humanos. *Bioética e Direitos Fundamentais*. v. 18 n. 3. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais - Bioética e Direitos Humanos**, 2017. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1128>. Acesso em: 20 set. 2021.

ALMEIDA, Rodrigo Andrade de. Função Social da funcionalização da autonomia privada. *In: REQUIÃO, Maurício (Coord.). Discutindo a Autonomia*. Salvador-BA. Faculdade Baiana de Direito, 2014. Obra coletiva

ARAÚJO, Ana Thereza Meireles. A informação na relação médico-paciente: o delineamento da obrigação mútua face ao argumento da vulnerabilidade. *In: ARAÚJO, Ana Thereza Meireles; SILVA, Mônica Neves Aguiar da; GORDILHO, Heron José de Santana (orgs.). Biodireito e direitos dos animais*. CONPEDI/ UFBA. Florianópolis: CONPEDI, 2018. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/0ds65m46/kz37jz13/kIL5YD8yCe3ObVLU.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2022.

BAHIA. **Podemos escolher o receptor de um órgão doado para transplante?** Governo do Estado. Secretaria de Saúde. Disponível em: <http://www.saude.ba.gov.br/pergunta/podemos-escolher-o-receptor/> Acesso em: 03 mai. 2022.

BELTRÃO, Silvio Romero. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. Tutela da Personalidade Humana após a morte: conflitos em face da legitimidade ativa. **Revista de Processo**. 2015, v. 247, 3 mar. 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.247.07.PDF .Acesso em: 7 set. 2021.

BONATELLI, Circe. USP. O falecido não decide nada. **Revista 80**. Espaço Aberto (USP). São Paulo, 2007. Disponível em: <http://www.usp.br/espacoaberto/arquivo/2007/espaco80jun/0capac.htm>. Acesso em: 20 set. 2021.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. Áreas temáticas. Perguntas gerais. **Biblioteca Virtual em Saúde**. Disponível em: https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/areas_tematicas/faq_transplantes.php. Acesso em: 02 mai. 2022.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. Decreto nº 10.977, de 23 de fevereiro de 2022. Regulamenta a Lei nº 7.116, de 29 de agosto de 1983, para estabelecer os procedimentos e os requisitos para a expedição da Carteira de Identidade por órgãos de identificação dos Estados e do Distrito Federal, e a Lei nº 9.454, de 7 de abril de 1997, para estabelecer o Serviço de Identificação do Cidadão como o Sistema Nacional de Registro de Identificação Civil. **Diário Oficial da União**. Publicado em: 23/02/2022. Edição: 38-A. Seção: 1 - Extra A. Página: 1. Órgão: Atos do Poder Executivo. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.977-de-23-de-fevereiro-de-2022-382332304>. Acesso em: 07 mai. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 2.268**, de 4 de fevereiro de 1997. Regulamenta a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fim de transplante e tratamento, e dá outras providências. Revogado pelo Decreto nº 9.175, de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/d2268.htm. Acesso em: 07 set. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 04 nov. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 04 nov. 2021.

BRASIL. **Governo Federal cria carteira de identidade nacional com número único**. Governo do Brasil. 24 fev. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/assistencia-social/2022/02/governo-federal-cria-carteira-de-identidade-nacional-com-numero-unico>. Acesso em: 07 mai. 2022.

BRASIL. JRP\2014\5194 “TRF-3.ª Reg. - Ap e Reexame Necessário 0900598-64.2005.4.03.6100 - 4ª Turma - j. 30/10/2014 - julgado por Mônica Autran Machado Nobre - DJe 7/11/2014 - Área do Direito: Constitucional; Administrativo; Família e Sucessões”. Tribunal Regional Federal da 3.ª Região. Diário da Justiça Eletrônico. nov. 2014; Revista dos Tribunais São Paulo. v. 7. p. 363. Jun / 2014; Revista dos Tribunais São Paulo. v. 8, p. 363, set. 2014; v. 9, p. 363, nov. 2014.

BRASIL. **Lei nº 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 4.121**, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14121.htm. Acesso em: 04 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 4.280**, de 6 de novembro de 1963. Dispõe sobre a extirpação de órgão ou tecido de pessoa falecida. Revogada pela Lei nº 5.479, de 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14280.htm. Acesso em: 04 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 5.479**, de 10 de agosto de 1968. Dispõe sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes de cadáver para finalidade terapêutica e científica, e dá outras providências. Revogada pela Lei nº 8.489, de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/15479.htm. Acesso em: 04 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.489**, de 18 de Novembro de 1992. Dispõe sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, com fins terapêuticos e científicos e dá outras providências. Disponível em: Portal da Câmara dos Deputados (camara.leg.br). Acesso em: 04 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.434**, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm. Acesso em: 04 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 04 nov. 2021.

BRASIL. **Portaria nº 116**, de 11 de fevereiro de 2009. Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/2009/prt0116_11_02_2009.html. Acesso em: 07 set. 2021.

BRASIL. **Portaria nº 2.600**, de 21 de outubro de 2009. Ministério da Saúde, Gabinete do Ministro. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt2600_21_10_2009.html. Acesso em: 04 nov. 2021.

BRASIL. Resolução CFM nº 2.309, de 22 março de 2022. Estabelece regramento para publicização e compartilhamento de dados de médicos inscritos à luz da LGPD, do interesse público e das atribuições legais conferidas ao Conselho Médico. **Diário Oficial da União**. Publicado em 28/03/2022. Edição: 59. Seção: 1. Página: 233. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-cfm-n-2.309-de-22-de-marco-de-2022-388691371>. Acesso em: 07 abr. 2022.

BRASIL **Resolução CFM nº 1.480/97**. Brasília, 1997. Disponível em: http://www.sgc.goias.gov.br/upload/links/arq_908_ResolucaoA1480ACFM.pdf. Acesso em: 14 set. 2021.

BRASIL. Resolução nº 2.173, de 23 de Novembro de 2017. Define os critérios do diagnóstico de morte encefálica. **Diário Oficial da União**. Publicado em: 15/12/2017. Edição: 240. Seção: 1. Página: 50-275. Disponível em: <https://saude.rs.gov.br/upload/arquivos/carga20171205/19140504-resolucao-do-conselho-federal-de-medicina-2173-2017.pdf>. Acesso em: 07 set. 2021.

BRASIL. Resolução nº 2.226, de 21 de março de 2019. Revoga a Resolução CFM nº 1.649/2002, [...]. **Diário Oficial da União**. Publicado em: 05/04/2019. Edição: 66. Seção: 1. Página: 185. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/70264483. Acesso em: 07 set. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Ap/Reexame Necessário 0900598-64.2005.4.03.6100/SP** (2005.61.00.90 0598-4/SP). Relatora: Des. Federal Mônica Nobre. Apelantes: Ministério Público Federal – advogados: Adilson Paulo Prudente de Amaral Filho e outro; e União Federal – advogados: SP000019 Tércio Issami Tokano e outro. Apelados: os mesmos. Remetente: Juízo Federal da 9.ª Vara São Paulo Sec. Jud. SP.

CARTILHA de doação de órgão. **Hospital Risoleta Tolentino Neves**. set. 2020. Disponível em: https://www.hrtn.fundep.ufmg.br/wp-content/uploads/2020/11/cartilha_orgaos.pdf. Acesso em: 02 set. 2021.

CARVALHO, Bruno Tessinari de. Como se dá a proteção da personalidade da pessoa morta. **Jusbrasil**. Bahia, 2016. Disponível em: <https://brennotessinari.jusbrasil.com.br/artigos/316692366/como-se-da-a-protecao-da-personalidade-da-pessoa-morta>. Acesso em: 14 set. 2021.

CASSETARI, Christian. **Elementos de Direito Civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CFM – Conselho Federal de Medicina. **Código de ética médica**: resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009 (versão de bolso). Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>. Acesso em: 20 set. 2021.

CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA. **Resolução CFM nº 2.217**, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2019. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 07 set. 2021.

COMO fazer o "RG único" e a Carteira de Identidade Digital via app – Assistência Tec #041. Publicado pelo canal Tecmundo, 17 mar. 2022. Vídeo (4min46seg). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=xnKIOy2YLZg&t=146s>. Acesso em: 07 abr. 2022.

CONSTITUIÇÃO DE FAMÍLIA. Leia voto de Ayres Britto sobre união homoafetiva. **Revista Consultor Jurídico**, 2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-mai-06/leia-voto-ministro-ayres-britto-reconhece-uniao-homoafetiva#:~:text=%22Tudo%20que%20n%C3%A3o%20est%C3%A1%20juridicamente,maior%20do%20que%20a%20lei%22>. Acesso em: 8 out. 2021.

CRUZ, Elaine Patrícia. Principal motivo para a não doação de um órgão é a negativa familiar. **Agência Brasil**. São Paulo, 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2019-09/principal-motivo-para-nao-doacao-de-um-orgao-e-negativa-familiar>. Acesso em: 14 set. 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. v.1- Teoria Geral do Direito Civil. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DÚVIDAS frequentes sobre doação de órgãos. **Fundação Hospitalar do Estado de Minas Gerais – FHEMIG**. 2020. Disponível em: <https://www.fhemig.mg.gov.br/atendimento/sistema-estadual-de-transplantes/mg-transplantes/duvidas-frequentes-sobre-doacao-de-orgaos>. Acesso em: 07 set. 2021.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito** – técnica, decisão, dominação. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

FERREIRA, Esther Angélica Luiz *et al.* **Comunicação de más notícias**: autopercepção de estudantes de medicina. Universidade Federal de São Carlos, São Carlos/SP. Revista Bioética. v. 30, n. 1. Brasília, jan./mar. 2022, p. 54-62. Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/2702/2816. Acesso em: 02 mai. 2022.

FERREIRA, Juliano Cezar; PEREIRA, Ana Paula; BONAMIGO, Elcio Luiz. Dificuldade de comunicar a morte do paciente aos familiares. Universidade do Oeste de Santa Catarina, Joaçaba/SC. **Revista Bioética**. v. 30, n. 1, Brasília, jan./mar. 2022, p. 36-44. Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/2467/2814. Acesso em: 02 mai. 2022.

FERRER, Jorge José; ALVAREZ, Juan Carlos. **Para fundamentar a Bioética**. São Paulo: Loyola, 2005.

FLUMIGNAN, Ana Beatriz Ferreira de Lima; FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. Legislação permite doação *post mortem* de órgãos e tecidos para parentes. **Consultor Jurídico**. Pernambuco, 2020. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2020-set-28/direito-civil-atual-legislacao-permite-doacao-post-mortem-orgaos-parentes>. Acesso em: 19 set. 2021.

FOGAÇA, Marcos Vargas. **Do direito à integridade física aos transplantes**: uma análise sob a ótica dos direitos da personalidade. v. 995. São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2018, p. 107-128.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Manual de Direito Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. único.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GOZZO, Débora; MOINHOS, Deyse dos Santos. A disposição do corpo como direito fundamental e a preservação da autonomia da vontade the disposition of one's body as a fundamental right and the preservation of one's autonomy of Will. **Publica Direito**. 2014.

Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=72fed322f249b958>. Acesso em: 19 set. 2021.

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*. Obra coletiva. Faculdade Baiana de Direito. Salvador, 2014.

GUEDES, Mylena. Mais de 50 mil pessoas esperam na fila para serem transplantadas no Brasil. **CNN Brasil**, 2021. Rio de Janeiro. 27 set. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/mais-de-50-mil-pessoas-esperam-na-fila-para-serem-transplantadas-no-brasil/#:~:text=A%20fila%20de%20transplante%20no,n%C3%BAmero%20de%20pacientes%20na%20espera>. Acesso em: 07 abr. 2022.

HOMOSSEXUAIS podem doar sangue há um ano; decisão do STF foi passo importante pelos direitos da população LGBTI. **Assessoria de Comunicação do IBDFAM**. 6 maio 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/8452/Homossexuais+podem+doar+sangue+h%C3%A1+um+ano%3B+decis%C3%A3o+do+STF+foi+passo+importante+pelos+direitos+da+popula%C3%A7%C3%A3o+LGBTI>. Acesso em: 07 set. 2021.

MACÊDO, Dartagnan Ferreira. A importância do sistema único de saúde brasileiro para o enfrentamento de emergências de saúde pública. Universidade Federal de Alagoas. **RAHIS, Revista de Administração Hospitalar e Inovação em Saúde**. v. 17, n. 2, Belo Horizonte, MG, abr./jun. 2020. Disponível em: <https://revistas.face.ufmg.br/index.php/rahis/article/view/6202>. Acesso em: 02 set. 2021.

MAIA, Laura Cristina Molinaro. O dilema moral da comunicação de más notícias. In: SILVA, Josimário; CARNEIRO, Débora (Orgs.). **Deliberação moral e tomada de decisão em bioética clínica: casos clínicos**. Olinda-PE: Nova presença, 2020. Obra coletiva.

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

MEIRELES, Ana Thereza. **Direito Médico e Bioética: Autonomia e Vulnerabilidade**. Publicado pelo canal Reflexões Contemporâneas sobre Direito e Justiça. Vídeo (28min 25seg). 21 abr.2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=UOA4rjIDv3k>. Acesso em: 17 jan. 2022.

MEIRELLES Ana Thereza; VASCONCELOS, Camila. **Relação médico-paciente em contexto de pandemia**. Aula Publicado pelo canal Faculdade Baiana de Direito e Gestão. 21. maio 2020. Vídeo (1h04min46seg). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=gSwMfm1r2yY&list=TLPQMDcwNDIwMjJZWUNbekxiUQ&index=2>. Acesso em: 07 jan. 2022.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico, plano da existência**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MIRANDA, Marcelo Barça Alves de. *Proteção post-mortem* envolvendo os direitos da personalidade. Salvador: **Jusbrasil**, 2013. Disponível em:

<https://marcelobarca.jusbrasil.com.br/artigos/121944063/protecao-post-mortem-envolvendo-os-direitos-da-personalidade>. Acesso em: 20 set. 2021.

MORAES, Lúcio Jary Almeida de *et al.* Percepção de estudantes e médicos sobre autonomia na doação de órgãos. **Revista Bioética**. n. 28, v. 1, 2020, p. 58-68. Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/2053. Acesso em: 02 mai. 2022.

MORAL Distress: What It Is And What To Do About It. Disponível em: <https://engage.healthynursehealthynation.org/blogs/8/531#:~:text=Moral%20distress%20is%20the%20emotional,that%20presents%20a%20moral%20dilemma>. Acesso em: 02 mai. 2022.

OLIVEIRA, Leônidas Meireles Mansur Muniz de. Autonomia da vontade e a doação de órgãos: uma discussão acerca da classificação da doação post-mortem. **Revista Jus Navigandi**, v. 3716, 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25212/autonomia-da-vontade-e-a-doacao-de-orgaos>. Acesso em: 30 set. 2021.

PEARCE, Daniel Oitaven. Aula do dia 26/02/2022, zoom. Faculdade Baiana de Direito – FBDG. Filosofia do Direito. 2022

PEDRA, Adriano Sant'Ana. Transplante de órgãos e o biodireito constitucional. *In: Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v. 61, ano 15, out./dez. 2007, p. 7-24. DTR\2007\916. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/130149>. Acesso em: 30 set. 2021.

PEIXOTO, Geovane. **Aula da Disciplina Direitos Fundamentais**. Faculdade Baiana de Direito – FBDG, ao vivo. Turma T3A. Salvador, 2019.

PIMENTEL, Willian; SARSUR, Marcelo; DADALTO, Luciana. Autonomia na doação de órgãos *post mortem* no Brasil. **Revista Bioética**. v. 26, no.4, Brasília, out./dez. 2018.

PINHEIRO, Monica. **Hierarquia das Normas**: Legislação Aplicada a QSMS. set. 2016. Apresentação em PowerPoint. Disponível em: Microsoft PowerPoint - TREINAMENTO CLT (sistemaambiente.net). Acesso em: 10 jan. 2022.

PROGRAMA Estadual de Transplantes do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.transplante.rj.gov.br/Site/Conteudo/Duvidas.aspx>. Acesso em: 25 nov. 2021.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.415.727 - SC (2013/0360491-3) Recorrente: Graciane Muller Selbmann. Advogado: Juliane Gonzaga Scopel e outro(s). Recorrido: Seguradora Líder Dos Consórcios de Seguro Dpvt S/A. Advogados: Jaime Oliveira Pentead e outro(s), Paulo Roberto Anghinoni, Gabriela Fagundes Gonçalves, Fabio Oliveira Santos, Ana Lucia Mateus. **Conjur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/direito-nascituro-stj.pdf>. Acesso em: 02 mai. 2022.

REQUIÃO, Maurício. Autonomia privada como elemento de concreção da dignidade da pessoa humana: considerações preliminares. *In: REQUIÃO, Maurício (coord.). Discutindo a Autonomia*. Obra coletiva. Faculdade Baiana de Direito. Salvador, 2014.

REQUIÃO, Maurício. **Normas de textura aberta e interpretação: uma análise do adimplemento das obrigações**. Salvador: JusPodivm, 2011.

SANTOS, Luiz Henrique Baqueiro. Os princípios e os contratos: a autonomia da vontade e a força obrigatória. **Revista Direito Unifacs**. Bahia, 2001. Disponível em: https://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_agosto2001/corpodiscente/graduacao/principios.htm. Acesso em: 29 nov. 2021.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 453**, de 2017. Autor: Senador Lasier Martins (PSD/RS). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/131654>. Acesso em: 25 nov. 2021.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

TIPOS de Amputações: Causas e Níveis de Amputação. **BioniCenter**. 2020. Disponível em: <https://bionicenter.com.br/tipos-de-amputacoes-causas-e-niveis-de-amputacao/>. Acesso em: 8 out. 2021.

VADE MECUM: 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

VICTORINO, João Paulo; VENTURA, Carla Aparecida Arena. Bioética e Biodireito: da Doação ao Transplante de Órgãos. Bioethics and Biolaw: from Organ Donation to Transplantation. **Brazilian Journal of Forensic Sciences, Medical Law and Bioethics**. p.72-83. Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo. Centro Colaborador da OMS para o desenvolvimento da Pesquisa em Enfermagem. Ribeirão Preto, 2016.

VICTORINO, João Paulo; VENTURA, Carla Aparecida Arena. Doação de órgãos: tema bioético à luz da legislação. **Revista Bioética**. (Impr.). v. 51, n. 1, 2017, p.138-47. Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/1243/1621. Acesso em: 02 mai. 2022.

VICTORINO, João Paulo; VENTURA, Carla Aparecida Arena. Organ donation: a bioethical issue in the light of legislation / Donación de órganos: tema bioético a la luz de la legislación. **Revista Bioética**. n. 25, v. 1, jan./apr. 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/bioet/a/jj3fymRsv7q3BnBkCJHqKdF/?lang=en>. Acesso em: 5 out. 2021.

VICTORINO, João Paulo; WILSON, Donna M. Investigando sofrimento moral por falta de órgãos para transplante. **Revista Bioética**. v. 28, n. 1, 2020. Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/1716. Acesso em: 02 mai. 2022.

VOTO. Ayres Britto relator do julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre a ADI nº 4277 e a ADPF nº 132 união homoafetiva. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-ministro-ayres-britto-julgamento.pdf>. Acesso em: 8 out. 2021.