



FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

VITÓRIA VERBENA MOTA LIMA DA SILVA

**A DOAÇÃO DE ÓRGÃOS *POST MORTEM*: UMA ANÁLISE JURÍDICA ACERCA
DA MANIFESTAÇÃO DA VONTADE DO DOADOR**

SALVADOR

2024

VITÓRIA VERBENA MOTA LIMA DA SILVA

**A DOAÇÃO DE ÓRGÃOS *POST MORTEM*: UMA ANÁLISE JURÍDICA ACERCA
DA MANIFESTAÇÃO DA VONTADE DO DOADOR**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do grau de Pós-graduada em
Direito Médico, da Saúde e Bioética pela
Faculdade Baiana de Direito e Gestão.

SALVADOR

2024

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo tecer uma análise da Lei 9434/97, que atualmente regulamenta os transplantes de órgãos e tecidos no Brasil. A atual legislação prevê que, após constatada a morte encefálica de algum paciente, é necessário que haja a autorização da família para que os seus órgãos e tecidos sejam retirados para fins de transplante. Nota-se que com a atual disposição da referida lei, por certo, muitas vezes a manifestação da vontade do pretense doador é sobreposta pela vontade de sua família, que tem a missão de decidir acerca da retirada dos seus órgãos no difícil momento em que vivencia a perda de um ente querido. Deste modo, o que se busca responder com a presente pesquisa é se a vontade do doador é respeitada com o atual regramento da Lei 9434/97. Diante da análise da referida legislação, verifica-se a relevância do tema, na medida em que o transplante de órgãos e tecidos mostra-se uma importante ferramenta utilizada pela medicina para salvar vidas. Assim, a presente pesquisa demonstra a necessidade de alteração da Lei 9434/97 a fim de que a manifestação de vontade do pretense doador, feita em vida, seja respeitada. Oportunamente, traz-se o conceito e as características do instituto jurídico testamento vital, bem como estuda-se a possibilidade de restauração da Lei 9434/97 aos seus moldes originais, que previa a hipótese de doação presumida. Por fim, analisa-se a viabilidade e a possibilidade da criação de um banco nacional de doadores de órgãos, como meio de garantia da execução da manifestação da vontade do doador.

Palavras-chave: Doação de órgãos e tecidos. Doação presumida. Autonomia da vontade. Autorização da família. Lei 9434/97. Testamento vital. Banco Nacional de Doadores.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the Law 9434/97, which currently regulates organ and tissue transplantation in Brazil. The current legislation foresees that, once the brain death of a patient has been verified, the family must be authorized to have their organs and tissues removed for the purpose of transplantation. It is noted that with the current provision of this law, of course, often the manifestation of the will of the alleged donor is superimposed by the will of his family, which has the mission to decide on the withdrawal of their organs in the difficult time in which they experience the loss of a loved one. Thus, what seeks to respond with the present research is if the donor's will is respected with the current rule of Law 9434/97. In the analysis of said legislation, the relevance of the subject is verified, as organ transplantation and tissues is an important tool used by medicine to save lives. Thus, the present research demonstrates the need to amend Law 9434/97 in order that the manifestation of will of the alleged donor, made in life, be respected. In due course, the concept and characteristics of the legal institute are presented, as well as the possibility of restoration of Law 9434/97 to its original molds, which provided for the hypothesis of presumed donation. Finally, it analyzes the feasibility and the possibility of establishing a national bank of organ donors, as a means of guaranteeing the execution of the manifestation of the will of the donor.

Keywords: Donation of organs and tissues. Presumed donation. Autonomy of the will. Family authorization. Law 9434/97. Living will. National Donors Bank.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADOTE	Associação Brasileira pela Doação de Órgãos e Tecidos
CNCDO	Central de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos
CTU	Cadastro Técnico Único
<i>MELD</i>	<i>Model for End-stage Liver Disease</i>
REDOME	Registro Nacional de Doadores de Medula Óssea
RNI	Relação Normalizada Internacional
SNT	Sistema Nacional de Transplantes

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	CONTRATO DE DOAÇÃO	12
2.1	CONCEITO E CARACTERÍSTICAS	12
2.1.1	Unilateralidade e Gratuidade	12
2.1.2	Formalismo	14
2.1.3	Autonomia da Vontade	15
2.2	A AUTONOMIA DA VONTADE NO CONTRATO DE DOAÇÃO DE ORGÃOS <i>POST MORTEM</i>	19
3	A LEI DE TRANSPLANTE DE ORGAOS E TECIDOS (LEI 9434/97)	26
3.1	NOÇÕES GERAIS ACERCA DOS TRANSPLANTES DE ORGÃOS	26
3.2	DOAÇÃO DE ORGÃOS <i>INTER VIVOS</i>	27
3.3	DOAÇÃO <i>POST MORTEM</i> E OS MODELOS DE DOAÇÃO PRESUMIDA E CONSENTIMENTO AUTORIZADO	31
3.4	CRITÉRIOS UTILIZADOS PARA A REALIZAÇÃO DE TRANSPLANTES <i>POST MORTEM</i>	35
3.4.1	Sistema Nacional de Transplantes	35
3.4.2	Fila Única de Receptores	37
3.4.3	Morte Encefálica	41
3.4.4	Gratuidade	43
3.5	A NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO DA FAMÍLIA	46
3.5.1	Convicções Religiosas	47
3.5.2	Medo de deformidade do Cadáver	50
3.5.3	Abordagem dos Profissionais	51
3.6	NECESSIDADE DE DIVULGAÇÃO DE INFORMAÇÕES E CAPACITAÇÃO DE PROFISSIONAIS	53
4	FERREMENTAS E POSSIBILIDADES PARA EFETIVAR A GARANTIA DA MANIFESTAÇÃO DA VONTADE DO DOADOR	56
4.1	TESTAMENTO	59
4.1.1	Diretivas Antecipadas de Vontade e Testamento Vital	60
4.2	DOAÇÃO PRESUMIDA	64
4.3	BANCO NACIONAL DE DOADORES	65
5	CONCLUSÃO	69
	REFERÊNCIAS	73

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata-se de uma análise jurídica acerca da manifestação da vontade do doador de órgãos no regime de doação de órgãos *post mortem*, situação na qual a Lei 9434/97 estabelece, dentre outros requisitos, que é necessária a autorização da família para que o transplante ocorra. Trata-se de situação em que, com o atual regramento, a manifestação de vontade do doador expressa em vida é substancialmente sobreposta, eis que a decisão acerca da doação ou não dos órgãos do cadáver cabe tão somente à família.

O que ocorre, portanto, com o atual regramento, é que não importa que um sujeito se declare doador de órgãos enquanto vivo, pois a decisão de doar ou não os seus órgãos, em caso de morte encefálica, caberá, tão somente, à sua família.

Neste cenário, portanto, é evidente que muitas vezes a manifestação do doador é desconsiderada quando contrária à de seus familiares, razão pela qual busca-se trazer, com o presente estudo, diretrizes que possam dirimir tal situação.

Não somente isso, o que se busca com o presente trabalho é tecer uma análise de todos os requisitos elencados pela Lei 9434/97 – com o enfoque na necessidade de autorização da família para que o transplante ocorra – buscando-se demonstrar, também, os possíveis empecilhos que a legislação impõe para que a doação de órgãos se efetive.

Para que se chegue à análise do problema que se busca solucionar com a presente pesquisa, portanto, de início, cabe conceituar e definir a natureza jurídica dos contratos de doação no Brasil. Não somente isso, é mister estudar os tipos de doação de órgãos previstos na legislação, perpassando pela questão da doação presumida, que antigamente existia no ordenamento jurídico brasileiro, bem como analisar-se-á de que maneira a matéria é regulamentada atualmente.

Abordar-se-ão, na sequência, os requisitos e preceitos para a doação de órgãos *post mortem*, a exemplo do conceito de morte encefálica, que é indispensável para que a doação de órgãos ocorra e é, por muitas vezes, mal compreendido por grande parte dos juristas. Dentro do tema, destaca-se a relevância das questões e

afinidades religiosas da família do doador, bem como se busca a desconstrução de mitos relacionados ao assunto.

O presente estudo busca, portanto, de modo geral, realizar uma análise da Lei 9434/97, que atualmente regulamenta e estabelece as diretrizes da doação de órgãos no Brasil com o restante do ordenamento jurídico brasileiro, a fim de que seja observado se a referida legislação respeita, em sua integralidade, a manifestação do doador de órgãos *post mortem* expressa em vida.

Desta maneira, o plano busca respostas a questionamentos recorrentes na sociedade no que se refere à matéria, analisando, sobretudo, se a manifestação volitiva dos doadores autorizando a doação de órgãos em vida ou na iminência de sua morte é respeitada.

Em outras palavras, o que se pretende é analisar se os requisitos previstos na Lei 9434/97 – e, dentre estes, destaca-se a necessidade de autorização da família – se sobrepõem à vontade do doador que dispôs do próprio corpo, enquanto em vida, no sentido de se declarar doador de órgãos.

Assim, mostra-se relevante a pesquisa e discussão acerca do tema, uma vez que, evidentemente, envolve questões acerca da (in)disponibilidade do corpo, bem como direitos à personalidade e direito à vida. Trata-se de tema relativamente novo no âmbito jurídico, haja vista que a Lei 9434/97 foi criada e editada em 1997, razão que demonstra, ainda mais, a necessidade do estudo acerca do referido dispositivo legal.

O presente trabalho volta-se, assim, a um ensaio acerca do tratamento jurídico conferido à doação de órgãos no Brasil, demonstrando se suas diretrizes, dificuldades, preceitos e requisitos encontram-se em consonância com outros institutos jurídicos. A metodologia utilizada, para a discussão de todos os pontos abordados, foi a pesquisa documental e bibliográfica.

O presente estudo, portanto, diante da análise detida dos elementos trazidos, traz a ideia de necessidade de alteração da Lei 9434/97, com o objetivo máximo de que seja respeitada, de forma ampla, a manifestação de vontade do doador. Assim, o que se propõe, com o presente ensaio, é a necessidade de melhor regulamentação acerca do tema, tendo em vista sua grande relevância social, de modo a garantir a eficácia da manifestação da vontade do doador de órgãos.

Para tanto, realiza-se uma análise acerca da (im)possibilidade e (in)viabilidade da criação de um banco nacional de doadores de órgãos ou de um testamento vital, bem como cogita-se a adoção da presunção da doação – que antes era utilizada no Brasil – como meio facilitador para que mais transplantes ocorram no país.

A pesquisa visa, desta maneira, diante das análises detidas dos elementos trazidos, discutir a necessidade de aprovação de uma legislação que regule de forma mais adequada o tema, de modo a respeitar, sobretudo, a autonomia da vontade do doador e facilitar a realização de transplantes de órgãos no Brasil, bem como analisar os prejuízos subjetivos que acarreta a necessidade de autorização da família para que a doação ocorra, demonstrando de que maneira o direito à vida vem sendo tutelado no Brasil.

2 O CONTRATO DE DOAÇÃO

2.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

Antes de iniciar a discussão acerca da manifestação da vontade do doador na doação de órgãos *post mortem*, tema central do presente trabalho, cumpre tecer algumas considerações acerca dos contratos de doação.

Para tanto, cumpre trazer à baila o conceito de doação previsto no Código Civil de 2002: “Artigo 538: Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra.”

Em outras palavras, a doação é o contrato pelo qual uma das partes transfere voluntariamente bens ou vantagens de sua propriedade para o patrimônio da outra, sem receber nada como contraprestação. A outra parte, por óbvio, deverá, meramente, aceitar o bem.

Da análise do referido dispositivo legal extraem-se, ainda, alguns elementos. O primeiro deles é de que a doação se enquadra, no ordenamento jurídico, como uma espécie de contrato. Assim, Renan Lotufo (2016, p. 18-19) explica que o contrato há que ser visto como um acordo bilateral pelo qual as partes autorregulam seus comportamentos numa relação jurídica, geralmente patrimonial.

Nos contratos, portanto, remanesce a importância básica da autonomia privada, que é o supedâneo da liberdade negocial, visto que é o poder atribuído às pessoas de autorregular seus próprios interesses. A partir da autonomia privada em relação ao negócio jurídico, passa-se a falar em autonomia negocial ou contratual, como espécie daquela, muito mais em função de se tomar o negócio jurídico como gênero e o contrato como espécie.

2.1.1 Unilateralidade e Gratuidade

Verifica-se, ainda, que o contrato de doação, especificamente, exige a presença de duas pessoas para que ocorra, na medida em que uma delas ocupará a posição de doador, que irá dispor do patrimônio que lhe pertence, e a outra ocupará a posição de donatário, que é o favorecido com a doação, na medida em que aceite o bem que lhe está sendo transferido.

Neste sentido, Pablo Stolze (2014, p.4) pontua:

Ao apresentar a proposta de doação, espera-se que o donatário expressamente se manifeste, aquiescendo ou repudiando a oferta do doador. Por ser negócio bilateral na origem, somente após a aceitação do donatário o consentimento se forma, dando origem ao contrato.

Contudo, apesar da presença necessária de duas pessoas no contrato de doação, o que se tem, na realidade, é um contrato unilateral, na medida em que somente o doador contrai obrigações.

Nesse diapasão, podemos afirmar que o contrato de doação é essencialmente unilateral, mesmo quando se trate de doação onerosa – aquela gravada com um encargo – uma vez que o ônus que se impõe ao donatário não tem o peso de uma contraprestação, a ponto de desvirtuar a natureza do contrato. (GAGLIANO, 2014, p. 36)

Nesse mesmo aspecto, Sílvio Venosa *apud* Pablo Stolze (2014, p. 37) destaca que quando imposto encargo à doação, não se desvirtua a unilateralidade.

A doação, portanto, em que pese exija a aceitação do donatário para que nasça para o doador a obrigação de entregar o bem, é um contrato unilateral, ainda que algum encargo seja exigido ao donatário para que o bem lhe seja transferido.

Destaca-se, ainda, que a doação gera benefícios e vantagens apenas para o donatário.

Evidente, deste modo, que o contrato de doação, em sua naturalidade, não exige qualquer encargo para o donatário. Tal modalidade do contrato de doação, inclusive, é o mais socialmente difundido. Contudo, é possível que haja um contrato de doação em que é exigida alguma conduta ou encargo ao donatário.

Acerca do tema, Guillermo Borda (p. 548) *apud* Pablo Stolze (2014, p. 44), em livre tradução, frisa:

La transferencia debe ser a título gratuito. Es decir, hay un desprendimiento de bienes, sin compensación por la otra parte. Pero ésta no es una regla absoluta. Es posible que el contrato de donación obligue al donatario a hacer o pagar algo, sea en beneficio del donante o de un tercero.

Neste sentido mesmo sentido, Gisele Leite (2005) destaca:

Nos contratos gratuitos ou benéficos há uma liberalidade implícita com a redução patrimonial para uma das partes, em benefício da outra parte, cujo patrimônio se enriquece. Não deixa de ser gratuito ou gracioso, o contrato de doação que impõe deveres ao donatário, como o dever de não incorrer em ingratidão (art.555 CC).

Deste modo, o cenário que se tem é que a doação tida como “pura” se caracteriza pela gratuidade, pois apenas o donatário adquire benefícios em razão do contrato firmado. Contudo, em que pese haja, no ordenamento jurídico, contratos de doação “onerosos”, que exigem algum encargo ao donatário, ainda assim, não se retira a gratuidade do referido contrato, haja vista que tal característica é inerente aos contratos de doação.

2.1.2 Formalismo

A lei impõe requisitos à eficácia da doação, determinando que esta seja feita de forma escrita. Os contratos de doação, portanto, em regra, são contratos formais, que serão feitos ou por escritura pública ou instrumento particular, conforme entendimento extraído do artigo 541 do Código Civil.

Assim, tem-se que uma das características marcantes do contrato de doação é o formalismo. Sabe-se que os negócios jurídicos, como regra geral, podem ser realizados de acordo com a conveniência da forma preferida pelas partes. Contudo, aos contratos de doação, não é dispensado o formalismo.

Neste diapasão, Georges Ripert e Jean Boulanger *apud* Pablo Stolze (2014, p.37) pontuam, em tradução livre abaixo transcrita:

Podemos afirmar que a doação, excepcionado o princípio da liberdade da forma, caracteriza-se por ser essencialmente formal. Cumpre-nos advertir, contudo, que a exigibilidade da forma não ofusca ou minimiza a liberalidade como pedra de toque desse contrato, porquanto a doação caracteriza-se muito mais pela sua própria natureza do que pelo revestimento exterior do ato, como sabiamente observam GEORGES RIPERT e JEAN BOULANGER, na clássica obra Tratado de direito civil, comentando o art. 931 do Código francês: El Código civil exige que la donación sea hecha por instrumento público, en presencia de un segundo notario o de dos testigos (art. 931). La solemnidad es exigida bajo pena de nulidad. La regla de forma parece, pues, imperativa. Sin embargo, no lo es. El Código prescribe el empleo de la forma solemne para el acto destinado a verificar el contrato de donación; pero la donación no es necesaria- mente un acto

jurídico determinado. Una donación puede resultar de cualquier operación jurídica en la que una persona, movida por una intención de realizar una liberalidad, transmite a otra un elemento de su patrimonio. En este sentido, la donación es, como hemos visto, un fenómeno económico. Esto enquadra, además, dentro de la más antigua tradición. En Roma no hubo, durante mucho tiempo, formas especiales para la donación; podía resultar de cualquier transferencia de propiedad o de cualquier remisión de deuda. En la actualidad sigue siendo así. La donación se caracteriza¹ por su naturaleza, no por su forma.

Assim, as exigências formais devem ser obedecidas sob pena de nulidade do negócio. Contudo, sendo o contrato de doação de órgãos uma exceção à sua espécie, evidentemente, não lhe é exigido o formalismo. Em contrapartida, outros requisitos são exigidos na lei de transplantes de órgãos e tecidos, o que, de certa forma, confere certa rigidez à matéria.

Deste modo, nas doações de órgãos e tecidos, em que pese não haja o formalismo previsto no artigo 541 do Código Civil, haja vista a desnecessidade da doação ser feita mediante escritura pública ou instrumento particular, há uma série de requisitos e peculiaridades, que serão oportunamente abordados neste trabalho.

2.1.3 Autonomia da Vontade

O “*animus donandi*” costuma ser tratado apenas como mais um dos requisitos essenciais para a concretização do negócio jurídico da doação. Contudo, por se tratar de conceito que norteia grande parte do presente trabalho, merece ser tratado, aqui, com mais profundidade, na medida em que não há que se falar em doação de órgãos sem que se trate acerca da autonomia da vontade do doador.

Autonomia da vontade significa ampla liberdade de contratar. Tem as partes a faculdade de celebrar ou não contratos, sem qualquer

² O código civil exige que a doação seja feita por instrumento público, na presença de um segundo notário ou de duas testemunhas (artigo 931). A solenidade é exigida sob pena de nulidade. Portanto, a regra da forma parece imperativa. No entanto, não é. O Código prescreve o uso do formulário solene para o ato de verificar o contrato de doação; mas a doação não é necessariamente um ato jurídico específico. Uma doação pode resultar de qualquer transação legal em que uma pessoa, movida por uma intenção de realizar uma liberalidade, transmite para outro um elemento de sua propriedade. Nesse sentido, a doação é, como já vimos, um fenômeno econômico. Isso se encaixa, além disso, na tradição mais antiga. Não havia formas especiais de doação em Roma por muito tempo; poderia resultar de qualquer transferência de propriedade ou de qualquer referência de dívida. No momento, continua assim. A doação é caracterizada pela sua natureza, não pela sua forma.

interferência do Estado. Podem celebrar contratos nominados ou fazer combinações, dando origem a contratos inominados. Tal princípio teve o seu apogeu após a Revolução Francesa, com a predominância do individualismo e a pregação de liberdade em todos os campos, inclusive no contratual. Como a vontade manifestada deve ser respeitada, a avenca faz lei entre as partes, assegurando a qualquer delas o direito de exigir o seu cumprimento. (GONÇALVES, 2015, p. 722)

Diante disso, tem-se que o elemento da vontade, que é o que motiva o doador a dispor de algo que lhe pertence, é inerente ao contrato de doação. Além disso, por óbvio, como já demonstrado, a manifestação da vontade do donatário, no sentido de aceitar a doação, também é requisito essencial no contrato de doação.

Carlos Roberto Gonçalves (2016, p. 17) elenca, ainda, os requisitos de validade dos contratos de doação, segregando-os em duas espécies:

- a) de ordem geral, comuns a todos os atos e negócios jurídicos, como a capacidade do agente, o objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e a forma prescrita ou não defesa em lei (CC, art. 104);
- b) de ordem especial, específico dos contratos: o consentimento recíproco ou acordo de vontades.

No que diz respeito aos elementos de ordem especial, destaca-se especial atenção ao consentimento das partes. Isso porque, conforme demonstrado, a doação carece de aceitação de ambas as partes para que ocorra, ainda que a única parte beneficiada, com o contrato, seja o doador.

Ressalte-se, além disso, que o art. 538 do Código Civil traz, também, o elemento da liberalidade, conceito que será adiante aprofundado, mas que, adianta-se, refere-se à essencialidade da manifestação da vontade do doador.

Neste sentido, cabe adiantar:

A essência da doação é a liberalidade, compreendida, em geral, como sinônimo do *animus donandi*, isto é, intenção da parte de fazer um ato de generosidade, caridade, ou, ainda, como forma de demonstração de estima ou agradecimento. Em suma, é um ato de bem-fazer em prol de outrem. A liberalidade, tida sob essa ótica, propicia associação desse tipo contratual ao princípio constitucional da solidariedade. Entretanto, a doação nem sempre é fruto da bondade do doador, mas pode ser fruto do temor da reprovação social, entre outros motivos escusos. Daí, a relevância da compreensão da liberalidade de forma mais lata, tendo-a como a intenção de dar gratuitamente, sem que haja dever contraposto. (LOTUFO, 2016, p. 287)

Verifica-se, ainda, que o objeto do contrato de doação é algo que pertence ao patrimônio do doador, podendo ser, portanto, um bem ou vantagem. Ressalte-se que todos os bens e direitos alienáveis podem ser objeto de doação.

Além disso, Pablo Stolze (2014, p. 21) destaca:

O contrato é um negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva, autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia das suas próprias vontades. A doação, portanto, é um negócio jurídico firmado entre doador e donatário, por força do qual o primeiro transfere bens, móveis ou imóveis, para o patrimônio do segundo, que os aceita, animado pelo propósito de beneficência ou liberalidade como elemento causal da avença. (GAGLIANO, 2014, p. 21)

Assim, pode-se afirmar que o que motiva a doação é a vontade e a liberalidade do doador, mas o que a concretiza, por fim, é a manifestação da vontade do donatário no sentido de aceitar o que lhe está sendo doado.

A doação, portanto, é o negócio jurídico em que mais nitidamente identificamos a faculdade real de disposição inerente ao direito de propriedade. O proprietário, pois, quando “doa”, exerce em grau máximo o seu direito sobre a coisa ao transferi-la gratuitamente a outra pessoa, que apenas é beneficiada. (PAMPLONA FILHO; GAGLIANO, 2014, p. 132)

Evidente, deste modo, que o elemento principal de tal modalidade contratual é o *animus donandi*, ou seja, a intenção do doador em beneficiar o donatário, com a doação, por mera liberalidade. O contrato de doação, portanto, dentre outros fatores, exige o exercício da autonomia da vontade do doador para que se concretize.

O *animus donandi*, pois, é o elemento chave dos contratos de doação, sem o qual não é possível se conceber a ideia de doação. Esta liberalidade é o que determina a concretização do negócio de doação.

Por liberalidade, por conseguinte, entende-se que trata-se de disposição daquele que, em seus atos ou em suas intenções, dá o que não tem obrigação de dar e sem esperanças de receber nada em troca.

A liberalidade do doador, portanto, é amplamente respeitada e observada nos contratos de doação, podendo, inclusive, ser considerada a sua causa. Deste modo, sendo tal liberalidade expressa através da manifestação de vontade do doador ao dispor de algo que lhe é inerente, é a razão de ser dos contratos de doação.

Acerca da liberalidade, Henri de Page (p. 22) apud Renan Lotufo (2016, p. 287) destaca:

Os elementos constitutivos da liberalidade são: ato translativo de um direito sobre bem (direito de propriedade ou outro direito real) – ato de alienação; alienação realizada a título gratuito – sem contraprestação e vontade de que tal ato de disposição seja gratuito – *animus donandi*, que é o elemento subjetivo desse tipo, relacionada particularmente com a intenção psicológica, enquanto o objetivo é o aumento do patrimônio do donatário e a consequente diminuição das riquezas do doador, uma vez que ocorre a transferência de bens ou vantagens deste aquele.

Saliente-se que a motivação que enseja a expressão da vontade do doador é irrelevante para o deslinde do presente trabalho. O *animus* de generosidade pode até ser presumido, assim como as diversas razões de ordem psicológica, motivacional ou emocional, mas tais fatos não trazem quaisquer implicações para o estudo do presente caso. O que é relevante, portanto, é a expressão do “querer” do doador, no sentido de dispor, sem ressalvas, de algo que lhe pertence. A faculdade do doador, assim, ao abrir mão de um patrimônio, por livre e espontânea vontade, caracteriza o contrato de doação.

Assim, o cenário que se tem é que o querer humano é elemento constitutivo de todo e qualquer negócio jurídico, traduzindo-se, no plano do contrato de doação, como o *animus donandi*, ou seja, um direcionamento específico da manifestação da vontade. Neste sentido, tem-se que o *animus donandi* é um elemento específico e inerente somente aos contratos de doação, na medida em que, necessariamente, dialoga com o elemento volitivo do doador.

A vontade, portanto, é um dos elementos sem o qual não se caracteriza um contrato de doação. Sem querer humano, pois, não há negócio jurídico. E, não havendo negócio, não há contrato.

2.2 A AUTONOMIA DA VONTADE NO CONTRATO DE DOAÇÃO DE ÓRGÃOS *POST MORTEM*

A doação *mortis causa* seria caracterizada pela transferência, a título gratuito, de um bem ou patrimônio do doador após a sua morte, tendo este, obviamente, manifestado sua vontade em vida neste sentido. Contudo, a doutrina entende pela impossibilidade deste tipo de doação, uma vez que há institutos específicos previstos no ordenamento jurídico visando a concretização da doação após a morte do doador.

Acerca do tema, Pablo Stolze (2014, p.288) destaca:

Observe-se, ademais, que do art. 1.857 ao art. 1.990 deparamos com uma exaustiva regulamentação da sucessão testamentária, sobretudo por meio de normas cogentes e de ordem pública (referentes não apenas à elaboração, como também à execução do testamento), tudo levando a crer que, em nosso Direito Positivo, a transmissibilidade do patrimônio *post mortem* somente poderá dar-se por esta via, em prol da segurança e do respeito à última vontade do testador. Concluímos, assim, pela inadmissibilidade da doação para depois da morte do doador, figura que, diga-se, carece de previsibilidade legal.

Na mesma linha de raciocínio, Renan Lotufo (2016, p. 288) prega:

O termo doação é vulgarmente utilizado para ato de disposição *inter vivos* e também *causa mortis*, entretanto, a doação, em sentido jurídico, limita-se à primeira hipótese. Caso a transferência do bem seja em razão do falecimento de outrem, ter-se-á o legado. Tal colocação, entretanto, não impede que haja um contrato de doação cujo termo inicial é a morte do doador.

O entendimento de Lotufo, portanto, compartilhado por Pablo Stolze e por grande parte da doutrina, é de que o contrato de doação ocorre estritamente entre vivos, não se admitindo o contrato de doação *post mortem* ou *causa mortis*. Deste modo, havendo a morte do doador, não se teria mais um contrato de doação, mas tão somente um legado ou testamento.

Neste sentido, vale destacar que os legados e testamentos são negócios jurídicos formais, visto que a lei exige a forma escrita para a sua celebração, Isso, de certa forma, caracterizaria um óbice às doações de órgãos, na medida em que tratar-se-ia de mais um requisito a ser preenchido para que os transplantes ocorram.

Deste modo, caso o entendimento doutrinário de que o contrato de doação limita-se à hipótese de doação entre vivos fosse concebido pela Lei 9434/97, o

procedimento burocrático e jurídico para a retirada dos órgãos de um cadáver seria mais complexo e levaria mais tempo, o que, por certo, diminuiria consideravelmente o número de transplantes de órgãos ocorridos no Brasil.

Contudo, ainda que haja tal corrente doutrinária, para fins de estudo do presente trabalho, tratar-se-á da situação de doação de órgãos *post mortem* como um contrato de doação em sua genuinidade, pois, conforme demonstrado, em que pese a doação de órgãos traga suas peculiaridades e especificidades, não deixa de ser um contrato de doação.

Neste aspecto, cabe destacar que no Brasil a doação de órgãos é permitida em duas circunstâncias: '*post mortem*' – como já ressaltado - ou *inter vivos* . No que se refere a doação *inter vivos* , não verificam-se pontos polêmicos, uma vez que o doador, por possuir meios para expressar sua vontade e permitir ou não a retirada de parte de seus órgãos ou tecidos, possui sua vontade respeitada.

Assim, não há dúvidas de que, na doação de órgãos e tecidos *inter vivos* , os requisitos exigidos para a sua ocorrência são os mesmos exigidos para qualquer espécie de contrato, ainda que o objeto do contrato seja uma parte do corpo humano. Neste sentido, Roxana Borges (2005, p. 174) destaca que é lícito, também, a realização de negócios jurídicos, em geral gratuitos, tendo por objeto partes do corpo, por meio da autonomia privada. A questão mais polêmica diz respeito justamente à doação de órgãos *post mortem*, vez que o doador, em razão de seu falecimento, não possui mais meios de se manifestar no sentido da doação ou não de seus órgãos e tecidos.

Diante de tais especificidades do contrato de doação de órgãos e tecidos *post mortem*, a Lei 9434/97 foi criada e editada em 1997, portanto, antes da reforma do Código Civil, visando regulamentar a matéria de maneira adequada. Desta forma, o referido dispositivo legal trouxe critérios, requisitos e possibilidades para que a doação *post mortem* ocorra, os quais serão tratados em capítulo próprio do presente trabalho.

Neste ponto, cabe adiantar que a Lei 9434/97 estabelece, como requisito indispensável para que a doação ocorra validamente, que haja a autorização da família do doador/cadáver:

Artigo 4º da lei 9.434/97: “A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte”.

A reforma do Código Civil, em 2002, contudo, estabeleceu outros parâmetros para a disposição *post mortem*, na medida que seu artigo 14 estabelece que é válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Evidente, deste modo, que o Código Civil estabeleceu como critério para a doação de órgãos a manifestação da vontade do doador, uma vez que a utilização do adjetivo “próprio” no texto legislativo não deixa dúvidas acerca de que quem possui a legitimidade para dispor do próprio corpo é o falecido. Vale destacar, inclusive, que o artigo 14 já traz em seu conteúdo o próprio conceito de transplantes, que será abordado em capítulo posterior do presente trabalho.

Contudo, ainda que o Código Civil traga a referida noção de transplantes e determine e determine que disposição do corpo deve ser feita pelo próprio indivíduo, o que se vê é que há uma verdadeira incongruência entre o referido dispositivo e a Lei 9434/97, que estabelece que é necessária a autorização da família para que os transplantes ocorram. Assim, apesar da contrariedade da Lei 9434/97 com o artigo 14 do Código Civil, que, repise-se, deve ser resolvida pelo legislativo, tem-se, na prática, que o procedimento aplicável aos transplantes de órgãos e tecidos é o previsto na Lei 9434/97. Deste modo, sem a autorização da família do cadáver para a doação de seus órgãos e tecidos após a sua morte, o negócio jurídico não se concretizará.

Ponto importante antes do aprofundamento da matéria diz respeito à manifestação feita em vida acerca da doação de órgãos. Sabe-se que, muitas vezes, grande parte da população sequer chega a exprimir sua vontade, em vida, neste sentido. Muitos chegam a falecer sem, sequer, tocar no assunto com seus familiares ou amigos. Quanto a estes, parece ser razoável que a sua família, em razão do seu silêncio, discuta e decida a destinação dos seus órgãos e tecidos após o seu falecimento.

Neste cenário, portanto, em que há a ausência da manifestação da vontade do falecido, não se vislumbram grandes problemas, até mesmo em razão da

impossibilidade fática do sujeito se manifestar, ante a sua morte, acerca da retirada de seus órgãos e tecidos com o fim terapêutico e de transplantes.

Contudo, na hipótese em que o doador se manifesta, em vida, no sentido de decidir doar seus órgãos e tecidos após a sua morte e, portanto, dispondo do seu próprio corpo, vislumbram-se alguns aspectos problemáticos. Assim, como proceder se, um sujeito, em vida ou na iminência de sua morte, manifesta *animus* de doar seus órgãos e tecidos mas, em razão de sua morte, fica impossibilitado de exercer tal vontade?

Algumas possibilidades respondem tal questionamento. A primeira delas diz respeito ao sujeito que, em vida, expressou para a sua família a sua vontade de doar seus órgãos e, no momento de seu falecimento, tal vontade é respeitada por seus familiares. Neste caso, a autonomia da vontade do sujeito, ainda que falecido, foi respeitada, na medida em que seus familiares cumpriram o seu desejo expresso em vida. Quanto a estes, assim, a Lei 9434/97 não gerou muitos impactos.

Contudo, caso o sujeito tenha expresso sua vontade, em vida, no sentido de doar seus órgãos e, com o seu falecimento, a família, por diversos fatores que serão estudados em tópico próprio deste trabalho, não autorize a retirada de seus órgãos e tecidos com o fim terapêutico, tem-se, assim, um problema jurídico.

O Código Civil de 2002, em que pese trate e regulamente as espécies de contrato previstas e admitidas no ordenamento jurídico, sequer menciona a referida hipótese na doação de órgãos.

Assim, a autonomia da vontade do doador, na doação de órgãos, parece ser suprimida. Em que pese tenha sido demonstrado alhures a necessidade e a relevância da manifestação da vontade do doador para que qualquer contrato de doação ocorra, o que se verifica, na doação de órgãos *post mortem*, é um cenário particularmente diferente.

Evidente, portanto, que diante da exigência da Lei 9434/97 de autorização da família para que a doação de órgãos e tecidos do doador possa ocorrer, o contrato de doação de órgãos difere-se das outras espécies de doação previstas no ordenamento jurídico brasileiro, eis que, nestas, conforme já demonstrado, é exigida, acima de qualquer outro requisito, a autonomia da vontade do doador no sentido de dispor de algo que lhe é inerente em favor de outrem.

Na doação de órgãos, o donatário é desconhecido. É da essência do negócio de doação, deste modo, o desconhecimento do donatário, dada a existência de fila única de receptores regulada pelo Estado para o recebimento dos órgãos. A ordem da referida fila é estabelecida a partir de critérios médicos e clínicos, bem como da compatibilidade entre doador e donatário, razão pela qual o doador não pode escolher, em vida, para quem deseja doar seus órgãos.

Tal fato, contudo, por si só, não possui o condão de afastar a manifestação da vontade do doador feita em vida – ou na iminência de sua morte – de dispor do seu próprio corpo e doar seus órgãos e tecidos, ainda que ele não saiba para quem serão destinados.

Diante deste cenário, portanto, o que se verifica é que, a partir do momento em que se substitui a manifestação da vontade do doador pela manifestação da vontade de sua família, que, em razão do luto ou de diversos fatores emocionais e psicológicos, na maioria das vezes, opta pela não doação dos órgãos e tecidos do cadáver, a autonomia da vontade, instituto jurídico de grande relevância, passa a ser suprimido.

Neste tocante, portanto, vislumbra-se a evidente supressão da autonomia da vontade do doador, fato que, conforme demonstrado, é empecilho para que o contrato de doação seja efetivado. Como pode a autonomia da vontade do doador ser requisito essencial e inescusável para que o contrato de doação se concretize e, na doação de órgãos, espécie de contrato de doação que, admite-se, possui peculiaridades, tal vontade ser secundária?

Reconhece-se que o procedimento previsto na Lei 9434/97, que permite a retirada de órgãos de pessoas falecidas para doação, é complexo e coloca em evidência um conflito entre vida ou morte. Contudo, além do conflito bioético, a Lei 9434/97 acaba por ocasionar, sobretudo, um conflito entre duas vontades: a do doador de órgãos e a de sua família.

Observa-se, deste modo, que a autonomia da vontade, que é inerente ao ser humano, no sentido de lhe permitir agir de acordo com seu livre convencimento, na doação de órgãos, é transferida, inadequadamente, à terceiros.

Assim, ao dispor que a manifestação da vontade por parte dos familiares – e não do doador - configura o elemento essencial da doação, a Lei 9434/97 repassa aos familiares a faculdade de manifestarem se concordam com a doação ou não. Uma

vez possuidora de tal faculdade, a família do falecido é quem decidirá acerca da doação ou não dos órgãos e tecidos, devendo se manifestar de forma livre, demonstrando a harmonia existente entre autonomia da vontade e *animus donandi*.

Assim, até que ponto a manifestação de disposição do próprio corpo que é realizada em vida é respeitada e válida? Quem é o titular do corpo e da vontade do falecido após a sua morte?

A vontade expressa em vida, portanto, é inválida ou ineficaz? Por que retirar do sujeito que se manifestou acerca da destinação de seus próprios órgãos a legitimidade para realizar tal disposição pelo simples fato de sua morte?

Será que o homem, que durante toda sua vida recebeu diversas modalidades de tutela, não pode decidir de acordo com sua autonomia quando morre, fazendo opção pela doação de seus órgãos? Se a autonomia da vontade é garantida a todo e qualquer sujeito de direito pelo ordenamento jurídico, seria correto o doador, até mesmo em razão de seu ato de demonstração de altruísmo e diante da possibilidade de salvar outras vidas, ter a sua vontade desrespeitada?

Não se coloca em discussão, aqui, a indisponibilidade da vida, e sim o direito do cidadão de definir a respeito dos seus próprios órgãos, buscando a aplicação do princípio da autonomia da vontade mesmo diante de sua morte.

Percebe-se, desta forma, que o homem é o detentor do poder de decidir a respeito de todos os aspectos da sua vida, desde que seja compatível com a previsibilidade legal. Contudo, a partir de sua morte, parece ser retirado dele o reconhecimento de que somente a ele cabe definir o que fazer com seu próprio corpo.

3 A LEI DE TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS (LEI 9434/97)

3.1 NOÇÕES GERAIS ACERCA DOS TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS

Conforme já evidenciado, o ordenamento jurídico brasileiro autoriza a retirada de órgãos e tecidos de uma pessoa para fins de transplante em outra, sendo caracterizado, tal negócio jurídico, como um contrato de doação. Contudo, para que a doação de órgãos seja efetivada, se faz necessário que haja a observância de alguns requisitos e peculiaridades previstos na legislação específica que regula o tema.

A título elucidativo, cabe destacar alguns aspectos acerca dos transplantes de órgãos e tecidos:

Considera-se o transplante de órgão como enxerto vital, o qual é capaz de diferenciar dos enxertos propriamente ditos, pois por estes se compreende a secção de uma porção de organismos, próprio ou alheio, com fins estéticos ou terapêuticos, sem exercício de função autônoma. Chamam-se também enxertos “plásticos. (SIGNORINI, 2008, p. 154)

O sentido etimológico da palavra “transplantar” traduz, ainda, de forma sintética, que o transplante significa plantar em lugar distinto ao de nascimento; colocar um órgão ou tecido dum ser vivo noutro; levar para outro lugar diferente do originário.

Por transplante de órgãos, portanto, se entende a transferência efetuada por meio de processo cirúrgico de um órgão ou parte dele, células ou tecido de uma pessoa, denominada doador, para outra, designada receptor.

Isto posto, o transplante de órgãos e tecidos, portanto, nada mais é do que um procedimento cirúrgico médico, que visa assegurar melhores condições de vida aos pacientes portadores de doenças incuráveis através de medicamentos ou tratamentos paliativos. Os transplantes, muitas vezes, representam uma forma de prolongar a vida daquele que, por possuir alguma patologia, necessita de tal procedimento para sobreviver.

Ademais, Adriana Maluf (2010, p. 203) ressalta:

Essa ideia de transferir órgãos e tecidos entre pessoas não é uma ideia recente. Existem indícios muito antigos deste procedimento. Contudo, foi somente com a adoção de princípios basilares da

moderna cirurgia, propriamente com o avanço das ciências tecnológicas, que o transplante passou a ser considerado um método científico, dotado de inúmeras peculiaridades, especialmente em relação a compatibilidade entre os personagens do transplante.

Além disso, Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquatto (2011, p. 288), destacam que os registros mais antigos de Medicina são da Mesopotâmia e do Egito e, especificamente sobre transplantes, da Índia antiga e da China, onde as escrituras estão repletas de lendas dessa natureza.

Seguem, ainda, informando:

A Medicina relata que nos séculos XV e XVI ocorreram as primeiras tentativas de utilizar tecidos procedentes de pessoas e animais para serem aproveitados. Contudo, as operações culminaram em fracasso, visto serem primitivos os procedimentos adotados, sem levar em conta as infecções contraídas. (2011, p. 290)

Evidente, portanto, que a noção de transplantes está enraizada na história da medicina há séculos. Contudo, cabe destacar que, apesar dos avanços tecnológicos, que afetaram a medicina positivamente, o procedimento cirúrgico de transplante de órgãos ainda não encontrou a sua perfeição – o que, talvez, nunca encontre -, razão pela qual somente deve ser realizado em casos de extrema necessidade e observando, sempre, a saúde e a segurança do receptor.

Assim, o transplante visa, acima de tudo, preservar a dignidade do ser humano atingido drasticamente por certas doenças que lhe dificultem a possibilidade de desenvolver livremente as suas atividades, somente sendo recomendado em casos de extrema necessidade.

Diante do exposto, portanto, cabe tecer uma análise mais detalhada da Lei de Transplantes de Órgãos e Tecidos (Lei 9434/97) e suas implicações no ordenamento jurídico.

3.2. DOAÇÃO DE ÓRGÃOS *INTER VIVOS*

A Lei 9434/97 estabelece duas possibilidades de transplantes de órgãos. A primeira delas é o transplante de órgãos *inter vivos*, em que, diferentemente da doação de órgãos *post mortem*, que será adiante estudada, o doador possui vida e,

portanto, pode manifestar sua vontade no sentido de doar ou não parte de seu órgão ou tecido.

Assim destaca Adriana Maluf (2010, p. 214-215):

A doação entre pessoas vivas também é regulada pela lei 9.434 de 1997, e deve ser feita sempre de forma voluntária do potencial doador, mediante autorização expressa, tanto do doador, como também do receptor. Além disso, para a realização de doação de órgãos e tecidos entre pessoas vivas, é indispensável a existência de vínculo familiar específico, justamente para impedir qualquer forma de comercialização na doação.

Fator importante a ser destacado na doação de órgãos *inter vivos* diz respeito, ainda, à condição do receptor, pois, conforme demonstrado, deve haver vínculo familiar entre receptor e doador a fim de que não seja instaurado um mercado ou uma comercialização de órgãos no Brasil, o que, ressalte-se, é vedado pelo Código Penal.

Neste aspecto, Maria Helena Diniz (2014, p. 435) destaca:

A lei 9434/97, art. 9º §§ 3º a 8º também admite a doação voluntária, feita, preferencialmente, por escrito e na presença de duas testemunhas, por pessoa juridicamente capaz, especificando o órgão, tecido ou parte do seu próprio corpo que será retirado para efetivação de transplante ou enxerto ou de tratamento de pessoa que identificara, desde que haja comprovação da necessidade terapêutica do receptor.

Os casos de doação de órgãos *inter vivos*, em sua regra, portanto, devem ser motivados pelo vínculo afetivo que o doador possui com o receptor, haja vista que a lei estabelece que deve haver parentesco entre os dois. Neste sentido, a motivação do doador geralmente vem do afeto e da preocupação que nutre em face do receptor. Diante da possibilidade da melhora ou até mesmo a cura do receptor, portanto, o doador, naturalmente, opta por doar parte de seu órgão e/ou tecido.

Num contexto no qual a vida de uma pessoa depende de uma decisão deste tipo, é inevitável, portanto, que a autonomia da vontade do doador seja amplamente observada e respeitada. E é exatamente por isso que, para que a doação de órgãos *inter vivos* ocorra, o doador esteja completamente ciente dos riscos a que se submete, a fim de que seu consentimento seja livre e esclarecido:

É preciso ainda salientar que o doador deverá ser, obrigatória e previamente, informado sobre as consequências e os riscos, imediatos e tardios, possíveis da retirada de órgãos, tecidos ou partes de seu corpo para doação, em documento lavrado na ocasião, lido em sua presença e acrescido de outros esclarecimentos que pedir e, assim, oferecido à sua leitura e assinatura das duas testemunhas a tudo presente. (DINIZ, 2014, p. 435-436).

Contudo, ainda que respeitada, a manifestação da vontade do doador, nestes casos, não é absoluta, na medida em que sofre certas limitações:

Assim, ao doador vivo só é permitido doar a um enfermo necessitado parte de seu organismo desde que não seja imprescindível para sua vida nem afete sua saúde. Por tal razão, a doação *inter vivos* apenas será permitida em caso de órgãos duplos (rins), partes recuperáveis ou regenerativas de órgão (fígado) ou tecido (pele, medula óssea), cuja remoção não traga risco à vida ou à integridade do doador, não comprometendo suas aptidões vitais e sua saúde mental, nem lhe provoque deformação ou mutilação e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável e inadiável para a pessoa receptora. (DINIZ, 2014, p. 437-438).

Evidente, portanto, que o doador deve estar esclarecido acerca dos riscos que o procedimento cirúrgico lhe impõe, razão pela qual, a sua decisão de doar, nestes casos, se torna ainda mais altruísta. Neste sentido, vale destacar que, ainda que o doador esteja motivado pelo afeto ou nutrido pelo amor que sente pelo receptor, não pode dispor de órgãos que lhe sejam vitais. Isso significa dizer que ao doador não é permitido abdicar de sua própria vida com o intuito de salvar o receptor, ainda que este seja o seu desejo.

Segundo Maria Helena Diniz (2014, p. 436):

A doação de órgãos, tecidos e partes do próprio corpo para transplante *inter vivos* é uma decisão exclusiva da pessoa. Nada há que possa impor a alguém doar, em vida, seus órgãos, favorecendo outrem. Deverá prestar um gesto de solidariedade humana livre de qualquer constrangimento e revestido de gratuidade, pois não se pode, sob pena de ferir a dignidade da pessoa humana, dispor de órgãos ou tecidos humanos como se fossem mercadorias destinadas à venda, visto que tal ato equivaleria a uma coisificação do ser humano. Essa doação deverá, portanto, ser um ato livre, consciente, explícito, responsável e gratuito.

Nos casos de doação de órgãos entre vivos, portanto, o cenário é particularmente diferente da doação de órgãos *post mortem*. Isso porque na doação

de órgãos *inter vivos* há um vínculo afetivo entre doador e receptor, bem como o doador está ciente dos riscos que se expõe ao se submeter ao procedimento cirúrgico.

Não somente isto, na doação de órgãos *inter vivos*, o doador não pode dispor de órgãos que lhe sejam vitais, ainda que assim o deseje, sob pena de estar renunciando à própria vida em benefício da vida de outrem, o que não é permitido nem admitido pelo ordenamento jurídico.

Ademais, no que diz respeito à manifestação da vontade do doador, cerne do presente trabalho, na doação de órgãos de *inter vivos* o que se verifica é que a vontade do doador, no sentido de dispor partes de seu próprio corpo, é amplamente respeitada e permitida pelo ordenamento jurídico. Contudo, conforme ressaltado, essa manifestação da vontade não é ilimitada, na medida em que a Lei 9434/97 impõe e determina quais órgãos e tecidos são passíveis de doação.

O que se vislumbra, neste sentido, é que a manifestação da vontade do doador é limitada em seu próprio benefício, pois o Direito não admite que, por exemplo, uma mãe, nutrida pelo amor que sente por seu filho, doe a ele o seu coração, haja vista que tal gesto seria tido como “trocar uma vida pela outra”. Não se retira, deste gesto, a beleza e o altruísmo que ele possui, mas não há como se admitir, legalmente, tal possibilidade.

Ainda assim, tem-se que a manifestação da vontade do doador, apesar das limitações impostas, é respeitada e observada, pois a doação de seu órgão, tecido, ou até mesmo sangue, não será realizada sem o seu consentimento.

Neste cenário, portanto, não se vislumbram grandes problemas acerca da manifestação da vontade do doador, na medida em que, por estar vivo, pode livre e conscientemente manifestar sua vontade – ainda que esta seja parcialmente limitada. Não somente isso, a manifestação da vontade do doador vivo é assistida e esclarecida, pois, conforme visto, este deve estar ciente dos riscos da cirurgia.

A única limitação da vontade do doador, neste aspecto, diz respeito, tão somente, aos órgãos em que este pode dispor, e tal medida somente é imposta pois serve como medida assecuratória de sua própria vida e seu bem-estar.

3.3 DOAÇÃO *POST MORTEM* E OS MODELOS DE DOAÇÃO PRESUMIDA E CONSENTIMENTO AUTORIZADO

Inicialmente, vale destacar que existem, nos diversos ordenamentos jurídicos do mundo, quatro conhecidos sistemas adotados acerca da doação de órgãos e tecidos.

São estes, segundo Maria Helena Diniz (2014, p. 431):

O modelo do consentimento, atualmente adotado pelo Brasil e que será oportunamente estudado, é também utilizado nos Estados Unidos, Canadá, México e Inglaterra, e exige que haja a anuência expressa do doador ou de sua família para que o transplante ocorra. O modelo da informação, seguido na Itália, estabelece que, não havendo manifestações do doador, com o seu óbito, faz-se uma comunicação a seus familiares sobre a intenção de se lhe retirarem os órgãos e tecidos para salvar vidas humanas. O sistema da declaração obrigatória é calcado em uma estrutura binária de consentimento e oposição, restando ao legislador a disciplina do eventual significado do silêncio. Por fim, há, ainda, o modelo da oposição ou dissentimento, que concede ao doador o direito de se opor à retirada *post mortem* de seus órgãos e tecidos.

Neste sentido, a Lei de Transplantes de Órgãos e Tecidos (9434/97) buscou regulamentar, de forma específica, a doação de órgãos que, conforme já evidenciado, trata-se de um contrato de doação com peculiaridades.

No que se refere à doação de órgãos *post mortem*, inicialmente a Lei 9434/97 estabelecia a doação presumida, trazendo, à época de sua publicação, em 1997, a seguinte disposição: Art. 4º Salvo manifestação de vontade em contrário, nos termos desta Lei, presume-se autorizada a doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, para finalidade de transplantes ou terapêutica *post mortem*.

Segundo Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquatto de Oliveira Naves (2011, p. 297), isso significava que, independentemente da autorização dos familiares, seus órgãos, tecidos e partes do corpo poderiam ser retirados para fins de transplante de tratamento. A obrigação das equipes médicas cingir-se-ia a devolver o corpo aos familiares do falecido ou a seus responsáveis legais, após a disposição dos mesmos, condignamente recomposto.

A primeira legislação brasileira sobre doação de órgãos e tecidos, portanto, em sua redação original, definia que, após a morte, a pessoa necessariamente era um

doador presumido. A regra, deste modo, é de que todos fossem doadores. Caso alguém, excepcionalmente, não desejasse doar os seus órgãos após a sua morte, devia se manifestar em vida neste sentido.

Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (2011, p. 297) ainda destacam:

O certo é que a interpretação do caput do referido artigo era no sentido de que, a menos que houvesse manifestação de vontade em contrário, no intuito de não autorizar a retirada de órgãos após a morte, o qual deveria comprovar-se por meio da expressão “não doador de órgãos e tecidos”, gravada tanto na carteira de identidade civil quanto na carteira nacional de habilitação (§§1º, 2º, 3º), o indivíduo tornar-se-ia doador. Isso significava que, independente da autorização dos familiares, seus órgãos, tecidos e partes do corpo poderiam ser retirados para fins de transplante e tratamento.

Desta forma, a manifestação da vontade no sentido de se declarar não doador de órgãos poderia ser efetivada através de diversos meios. Contudo, por qualquer meio que se escolhesse para a referida manifestação, era necessário atender aos requisitos previstos em lei.

Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (2011, p. 291-292) ensinam, ainda, que embora tenha apresentado pontos negativos, em sua essência, a referida lei, incontestavelmente, teve o mérito de instigar o debate, suscitando questionamentos como: seria a doação de órgãos um ato de amor e desprendimento? Em caso positivo, por que a necessidade de uma lei que determinava que todas as pessoas fossem doadoras em potencial, salvo manifestação de vontade em contrário e nos demais casos previstos em lei? Seria essa a medida mais adequada para aumentar o número de transplantes? Neste sentido, os médicos poderiam e deveriam retirar os órgãos, pura e simplesmente? Não obstante a presunção, pediriam autorização dos familiares? Precisar, o médico, requerer o aval do responsável para a retirada de órgãos do possível doador?

Assim, o modelo de doação presumida inicialmente previsto na Lei 9434/97 trouxe, à época, inúmeros problemas e questionamentos de ordem jurídica e moral. Surgiram argumentos de que tal presunção afrontaria o direito de autodeterminação, a privacidade e a dignidade da pessoa humana.

Além disso, alguns chegaram a afirmar que tal modalidade violaria a liberdade de decisão do doador, argumento que cai por terra, haja vista que havia a possibilidade de qualquer sujeito que atingisse a maioria de registrar, em algum documento civil, a decisão de não doar os seus órgãos após a sua morte.

Não somente isso, havia, também, os argumentos utilizados por aqueles que entendiam que a doação presumida transferia, para o Estado, a titularidade do corpo do falecido, retirando a legitimidade da sua família e dos entes queridos deixados em vida para decidir. Contudo, a legislação, em sua originalidade, estabelecia exatamente o contrário: em caso de silêncio do doador, caberia à sua família manifestar-se contrariamente à doação, o que seria, obrigatoriamente, acatado pela equipe médica de transplantes.

O certo é que a doação presumida, modelo aceito na Áustria, Dinamarca, Suécia, Bélgica, Austrália, etc (DINIZ, 2014, p. 432) não vingou no Brasil. Surgiu, portanto, a necessidade de regulamentação da legislação para que melhor adaptada fosse aos costumes e direito brasileiro.

Assim, Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquatto de Oliveira Naves pontuam:

A polêmica causada foi de tal forma intensa, que fez com que as disposições do referido artigo fossem reexaminadas, o que culminou no surgimento da Medida Provisória n. 1.718, de 6 de outubro de 1998 (e sucedâneas), que acresceu ao artigo 4º, da mencionada lei, o §6º. Pelo referido parágrafo, ainda que o pretense doador não tivesse manifestado expressamente sua vontade em vida quanto à vontade de doar seus órgãos (fato que, a princípio, levaria ao entendimento de que presumidamente aceitou a condição de doador, pela redação do caput do artigo 4º), a família poderia manifestar-se contrária à extirpação.

Contudo, a alteração legislativa não pôs fim aos questionamentos referentes à presunção da doação. O parágrafo 6º não elidiu todos os problemas na legislação vislumbrados à época de sua publicação, na medida em que não havia ficado claro se a manifestação da vontade, do doador e da sua família, deveria ser homogênea para ser considerada válida.

Neste sentido, foi publicada a Medida Provisória nº 1.718, posteriormente transformada na Lei 10.211/01, que trouxe mudanças significativas na legislação.

A principal delas, contudo, tratou acerca da doação presumida, na medida em que o parágrafo 4º passou a determinar que fosse necessária a expressa manifestação de vontade do cônjuge ou parente, maior de idade até o segundo grau, para que o transplante *post mortem* pudesse ser realizado. Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquatto Naves (2011, p. 298) destacam, neste tocante, que a lei 10.211 modificou o artigo 4º da Lei n. 9434/97, que, por seu turno, jogou por terra a presunção de doação e determinou ordem de prelação em relação à manifestação da família.

Passou a vigorar, deste modo, a autorização consentida, que estabeleceu que a doação de órgãos e tecidos *post mortem*, para fins de transplante, somente pode ocorrer mediante autorização expressa da família do doador.

A partir desse novo regramento, a doação de órgãos e tecidos para fins de transplantes após a morte do pretendo doador apenas poderá se dar diante de uma autorização expressa, não podendo ser, em hipótese alguma, presumida, o que passou a ser ilegal:

Neste aspecto, tanto a Medida Provisória n. 1718 de 6 de outubro de 1998, quanto a lei n. 10/211/2001 trouxeram certa tranquilidade, principalmente ao médico, quando viabilizaram a manifestação da família. Assim, caso esta se negue a doar, sua vontade deve ser respeitada e obrigatoriamente acatada pelas equipes de transplante e remoção. (SÁ; NAVES, p. 300)

Contudo, conforme já tratado em capítulo anterior, verifica-se que o atual modelo de consentimento para a doação de órgãos trazido pela Lei 9434/97 está longe da perfeição. Ainda existem lacunas a serem preenchidas no referido dispositivo legal, sendo a principal delas a adequação da legislação ao respeito da vontade do doador expressa em vida no sentido de doar seus órgãos.

3.4 CRITÉRIOS UTILIZADOS PARA A REALIZAÇÃO DE TRANSPLANTES *POST MORTEM*

Alguns critérios são trazidos pela Lei 9434/97 para que os transplantes de órgãos após a morte do doador possam ocorrer. Tratam-se de diretrizes que a legislação estabelece e que devem, necessariamente, ser seguidas para a realização dos transplantes de órgãos.

Acerca do tema, Adriana Maluf (2010, p. 204-205) destaca:

Dentre alguns aspectos a serem observados acerca de transplantes, destaca-se que apesar de serem os transplantes uma notável conquista científica para salvar a vida de muitas pessoas, apresentam ainda muitos obstáculos de natureza ético-jurídica a serem vencidos, que se devem observar: a necessidade premente de sua realização, por envolver grande risco; a equipe médica deverá ter grande experiência, para que possa efetuar a cirurgia com segurança e zelar pelo pós-operatório; o diagnóstico da realidade da morte do doador deverá ser seguro e certo; a análise da efetiva compatibilidade entre doador e receptor deve ser rigorosa; a inexistência de discriminação na escolha do receptor; a obtenção do consentimento do doador ou do seu representante legal; o consentimento livre e informado do receptor, que não poderá ser constrangido a expor sua vida aceitando uma terapia sem estar ciente dos riscos que corre; gratuidade; garantia de sigilo; respeitando a privacidade do doador; a imposição de uma responsabilidade civil e criminal à equipe médica pelos danos advindos ao doador e ao receptor mesmo que tenha havido a anuência destes.

Assim, cabe tecer uma análise acerca dos requisitos estabelecidos em lei para que os transplantes de órgãos e tecidos ocorram, bem como de que maneira a atual regulamentação impacta a vida dos possíveis receptores.

3.4.1 Sistema Nacional de Transplantes

O Sistema Nacional de Transplantes foi incluído no ordenamento jurídico brasileiro a partir do Decreto nº 2.268 de 30 de junho de 1997. O artigo 2º do referido decreto determina a organização do Sistema Nacional de Transplante – SNT e suas atribuições, determinado que incumbe a este, o processo de captação e distribuição de tecidos, órgãos e partes retiradas do corpo humano para finalidades terapêuticas.

O artigo 3º, por sua vez, elenca os órgãos que integram o Sistema Nacional de Transplantes e que, portanto, atuam conjuntamente com ele, sendo estes o Ministério da Saúde, as Secretarias de Saúde dos Estados e do Distrito Federal ou órgãos equivalentes, as Secretarias de Saúde dos Municípios ou órgãos equivalentes, os estabelecimentos hospitalares autorizados e a rede de serviços auxiliares necessários à realização de transplantes.

Assim, de acordo com o Ministério da Saúde, o sistema nacional de transplantes (SNT) é o órgão a quem incumbe o controle dos transplantes de órgãos, de tecidos e de partes do corpo humano realizados no Brasil.

Além disso, Adriana Maluf (2010, p. 210) explica:

O Sistema Nacional de Transplantes é competente para organizar e desenvolver todo o processo de captação e distribuição de órgãos e tecidos para fins de transplantes. É a organização competente para coordenar as atividades de transplantes, promover a inscrição dos receptores na lista única, receber notificação acerca da ocorrência de morte encefálica para que seja procedida a retirada e o transporte seguro do material, deve encaminhar relatórios anuais relativos às suas atividades desenvolvidas, e deve, ainda, entre outras coisas, exercer o controle e fiscalização dos transplantes, podendo ainda aplicar penalidades cabíveis.

Maria Helena Diniz (2014, p. 404-405) ensina que, entre as atribuições inerentes ao SNT, é possível destacar, a título exemplificativo, a coordenação de atividades de transplantes no âmbito estadual, a promoção de inscrição de potenciais receptores, a recepção de notificações de morte encefálica ou outra que enseje a retirada de tecidos, órgãos e partes para transplante, o encaminhamento e transporte de tecidos, órgãos e partes retiradas ao estabelecimento de saúde autorizado em que se encontra o receptor compatível entre outros.

Desta forma, é o Sistema Nacional de Transplantes que irá desenvolver o processo de captação e distribuição dos órgãos e tecidos eventualmente retirados de um doador.

Além disso, o SNT atua em conformidade com o Ministério da Saúde, que é o órgão competente para regular a doação de órgãos e tecidos para fins de transplantes em território nacional. Em conjunto com os Municípios e Estados, o Ministério da Saúde é responsável por estabelecer políticas visando efetivar os transplantes de órgãos e tecidos.

Diante do exposto, tem-se que o Sistema Nacional de Transplantes se trata de um sistema nacional cujas normas deverão ser rigorosamente seguidas em todo o âmbito nacional. Além de estabelecer procedimentos técnicos para a retirada de órgãos, o SNT estabelece, ainda, que todas as pessoas que precisam receber um órgão estão, em tese, em situação de igualdade, na medida em que é vedado estabelecer qualquer distinção ou qualquer preferência entre elas, sendo necessário observar a fila única de receptores, que cuida de organizar a lista daqueles que necessitam de um órgão.

3.4.2 Fila Única de Receptores

Dentre os requisitos estabelecidos na lei, cabe destacar que, ao contrário da doação de órgãos *inter vivos*, na doação de órgãos *post mortem*, o receptor dos órgãos é (e deve ser) um desconhecido. Isso significa dizer que, ainda que a família do doador - ou o próprio doador, ainda em vida -, tenha em mente alguma destinação específica para os órgãos, tal destinação não poderá ocorrer, na medida em que deve ser respeitada a fila única de receptores.

Assim, não é permitido que o doador ou sua família, na atribuição de decidir acerca da doação ou não dos seus órgãos, escolha quem os receberá, pois o receptor do órgão será determinado através da obediência à lista única de receptores.

Acerca do requisito, Maria Helena Diniz (2014, p. 409) destaca:

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 doadores, assim constituindo o Cadastro Técnico Único – CTU.

Maria Helena Diniz (2014, p. 409) ensina, ainda, que existe, para cada órgão, um Cadastro Técnico Único – CTU, que é o sistema que irá regulamentar e organizar a lista de potenciais receptores. Assim, o paciente que precisa ser submetido a um transplante de algum órgão realiza a sua inscrição na Central de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos (CNCDO) com atuação na área de sua residência e passa a ser, deste modo, integrante da lista única de receptores.

Além disso, com o intuito de diminuir o tempo de espera, as listas únicas de receptores, para cada órgão, podem ser realizadas no âmbito nacional, estadual ou regional, sendo que cada uma integra a outra. Isso significa dizer que, ao se constatar a doação de um órgão em determinado estado, este órgão será, inicialmente, ofertado naquele mesmo estado e, somente na hipótese de não haver potenciais receptores que sejam compatíveis com o aquele órgão, este será ofertado no âmbito nacional.

No momento da inscrição se observam os critérios de designação da fila de receptores. Isso significa dizer que, para a formação de cada lista, são observados aspectos como tipo sanguíneo e compatibilidade entre doador e receptor. Deste

modo, a compatibilidade sanguínea e fisiológica entre doador e receptor é observada para a formação de cada “sub-fila”.

Neste sentido, Maria Helena Diniz (2014, p. 410) destaca:

Para cada órgão, parte ou tecido disponível deve ser feita a correlação entre as características antropométricas e imunológicas do doador cadáver e o cadastro técnico correspondente, empregando-se os critérios específicos referentes a cada tipo de órgão, parte ou tecido, para a ordenação dos receptores quanto à precedência.

Hipótese excepcional a esta regra diz respeito aos transplantes de fígado. Nestes casos, deve ser observado, ainda, pelos médicos, a gravidade de cada paciente que espera pelo órgão, de modo a locá-lo em uma posição na fila que não lhe seja excessivamente gravosa.

A título explicativo, tem-se o seguinte cenário: no caso do Cadastro Único Técnico do Ceará, por exemplo, há uma fila específica para os pacientes que precisam de um transplante de fígado. Esta fila é “sub-dividida” em filas menores, que levam em consideração o tipo sanguíneo dos receptores. Assim, há uma fila para os potenciais receptores de fígado do tipo sanguíneo A+, A-, B+, B- e assim por diante.

Assim, constatada a morte encefálica de um paciente e autorizada a remoção de seus órgãos por sua família para fins de transplantes, fica a Central de Notificação e Capitação de Órgãos e Tecidos (CNCDO) do Estado no qual está o potencial doador responsável por realizar a distribuição estadual do órgão doado, obedecendo a lista de receptores.

O primeiro critério a ser analisado, portanto, é o tipo sanguíneo do doador, a fim de que seja o órgão destinado à fila daqueles potenciais receptores que compartilham do mesmo tipo sanguíneo.

Via de regra, estas filas são formadas a partir do critério da antiguidade da inscrição de cada paciente. Assim, teoricamente, receberá o órgão quem estiver a mais tempo na fila de espera. Contudo, dentro destas listas de receptores, os pacientes que necessitam de um transplante de fígado podem, ainda, ser organizados de acordo com a gravidade de sua situação e o tempo que os médicos acreditam que este pode esperar para que o órgão seja transplantado. Tal especificidade foi implantada pela Portaria nº 1.160, de 29 de maio de 2006, que modificou os critérios

de distribuição de fígado de doadores cadáveres para transplante, implantando o critério da gravidade do estado clínico do paciente.

Para essa verificação da gravidade do paciente que se encontra dentro da lista única de receptores de fígado, é utilizado um critério médico chamado de “MELD” (*Model for End-stage Liver Disease*).

Segundo a Associação Brasileira pela Doação de Órgãos e Tecidos (ADOTE):

O MELD é um valor numérico, variando de 6 (menor gravidade) a 40 (maior gravidade), usado para quantificar a urgência de transplante de fígado em candidatos com idade igual a 12 anos ou mais. É uma estimativa do risco de óbito se o transplante não for feito dentro dos três meses seguintes. O valor MELD é calculado por uma fórmula a partir do resultado de três exames laboratoriais de rotina: Bilirrubina, que mede a eficiência do fígado para excretar bile; Creatinina, uma medida da função renal; e RNI – Relação Normalizada Internacional – uma medida da atividade da protombina, que mede a função do fígado com respeito à produção de fatores de coagulação.

Por certo, outros critérios médicos e clínicos são observados para a formação de outras filas de espera de órgãos diversos, seguindo-se sempre a diretriz de que é proibida a distinção de qualquer potencial receptor em razão de cor, raça, sexualidade ou preferência do receptor ou da família do doador.

Isso significa dizer que um órgão somente não poderá ser ofertado ao primeiro ocupante da lista de espera estadual daquele órgão caso este seja clinicamente incompatível, não podendo haver preferência ou escolha do paciente que irá receber o órgão nem da família do doador que decidiu doá-lo.

Além disso, há, ainda, a questão geográfica. Sabe-se que um dos elementos que conferem certa complexidade às cirurgias de transplantes de órgãos diz respeito à duração dos órgãos que serão transplantados. Isso porque cada órgão possui um tempo de “vida útil” após ser retirado do organismo do doador. Essa vida útil é chamada de “isquemia” e significa que, por aquele órgão ter deixado de receber irrigação sanguínea, ele somente possui um certo tempo fora do corpo até que faleça.

Neste sentido, destaca a Associação Brasileira de Órgãos e Tecidos:

Nesse momento, as decisões precisam ser tomadas com muita rapidez. O prazo máximo para que a cirurgia seja feita após a retirada do órgão varia de acordo com cada tecido, mas cada órgão tem um prazo curto para ser transplantado. A cirurgia de coração e de pulmão

são as mais urgentes e devem ser feitas no prazo de até 4 horas. Depois vem a do fígado, do rim e do pâncreas, com até 12 horas. A operação dos dois rins pode ser feita em até 36 horas. Já a córnea pode ser transplantada em até 7 dias. A facilidade ajuda a aumentar os números de cirurgia de córneas, além do fato de se tratar de uma operação que pode ser feita em ambulatorios, sem necessidade da internação do paciente. Por outro lado, o transplante de coração é um dos mais complexos e exige uma verdadeira corrida contra o tempo, já que a isquemia do órgão – período em que pode ficar fora do corpo humano – é de apenas 4 horas.

Deste modo, a partir da remoção de um órgão de um doador, conforme visto, é preciso que o transplante ocorra do modo mais rápido possível, a fim de que o órgão seja preservado e não seja perdido, até mesmo em razão da ampla fila de espera para o recebimento.

Neste cenário, é possível que o receptor que ocupa o primeiro lugar na lista de espera não seja beneficiado com o transplante caso se encontre em lugar distante, por exemplo. Questões geográficas, neste sentido, devem ser observadas, pois caso não seja possível realizar o transplante para aquele que, segundo a lista única de receptores, é o primeiro a ser o beneficiado, deve ser notificada a Central Nacional de Transplantes para buscar o receptor em âmbito nacional.

Conforme visto, a lista de receptores, via de regra, obedece uma ordem cronológica de ingresso, devendo receber o órgão aquele que aguarda há mais tempo por ele. Contudo, esta lista pode, excepcionalmente, ser desobedecida em duas hipóteses: nos casos em que não há compatibilidade genética entre doador e receptor ou nos casos em que haja uma impossibilidade geográfica para que o transplante ocorra, a fim de que o órgão não pereça. Além disso, destaca-se que a organização em razão da gravidade do paciente trata-se de hipótese excepcional que engloba somente os transplantes de fígado.

Deste modo, todos os órgãos ou tecidos obtidos de doador cadáver que, para a sua destinação, contarem com receptores em regime de espera, deverão ser distribuídos segundo o sistema de lista única, observando-se sempre os critérios objetivos e subjetivos que são utilizados para a sua formação.

3.4.3 Morte Encefálica

Para que ocorra com segurança a doação de órgãos tecidos para fins de transplantes *post mortem*, obedecendo o Sistema Nacional de Transplantes, antes de

tudo é preciso atestar a ocorrência da morte do potencial doador. Hoje, para o ordenamento jurídico, o marco que se tem para o óbito de uma pessoa é a cessação de suas atividades cerebrais, ou seja, a chamada “morte encefálica”.

Neste aspecto, Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquatto (2011, p. 293-294) destacam:

Em se tratando de indivíduo morto, a retirada de tecidos, órgãos ou partes do corpo deverá, necessariamente, ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, a qual deverá ser constatada e registrada por dois médicos não integrantes das equipes de remoção e transplante.

Neste sentido, vale destacar que o conceito de morte encefálica difere do conceito de parada cardíaca, anteriormente utilizado pela medicina como marco final da vida do ser humano. A morte cerebral, portanto, deve ser entendida como um estado irreversível, quaisquer que sejam as técnicas de ressuscitação que se possam aplicar:

O critério para o diagnóstico de morte encefálica é a cessação irreversível de todas as funções do encéfalo, incluindo o tronco encefálico, onde se situam estruturas responsáveis pela manutenção dos processos vitais autônomos, como a pressão arterial e a função respiratória. (SÁ; NAVES, 2011, p. 295)

Ademais, segundo Maria Helena Diniz (2014, p. 427):

A noção comum de morte tem sido a ocorrência de parada cardíaca prolongada e a ausência de respiração, ou seja, a cessação total e permanente das funções vitais, mas, para efeito de transplante, tem a lei considerado a morte encefálica, mesmo que os demais órgãos estejam em pleno funcionamento, ainda que ativados por drogas. Assim sendo, não se aguarda a parada cardiorrespiratória e a consequente autólise dos órgãos, bastando a ocorrência de dano encefálico de natureza irreversível que impeça a manutenção das funções vitais, devendo empregar-se os recursos de terapia intensiva para garantir a perfusão dos demais órgãos durante um período que possibilite sua utilização e transplante.

Neste aspecto, vislumbra-se um dos problemas acerca da matéria, na medida em que o conceito de morte encefálica não é bem disseminado pela sociedade. Para grande parte das pessoas que perdem um ente querido por diagnóstico de morte

encefálica não parece crível que a pessoa que ainda apresenta batimentos cardíacos e temperatura normal tenha, de fato, falecido.

Tal falta de esclarecimento ocasiona, por muitas vezes, a recusa da família à doação dos órgãos do falecido. Sabe-se que no momento da perda de um ente querido, há, ainda, o apego à matéria, ao corpo. Prova disto é de que tem-se a cultura, no Brasil, de sepultamento do falecido com o caixão aberto, como forma de prestar homenagens e meio de permitir a despedida com a partida do familiar ou amigo.

Assim, muitas famílias, em razão da ausência de esclarecimento acerca do conceito de morte encefálica, acreditam, erroneamente, que a morte encefálica pode ser um processo reversível, se recusando, portanto, a tomar a atitude “drástica” de dispor dos órgãos do ente que já faleceu.

Para tais famílias, a decisão de doar os órgãos da pessoa que faleceu parece ser o marco final da sua vida. A sensação que as permeia é de que o final da vida do ente querido está sendo decretado a partir daquela decisão. Contudo, caso o conceito de morte encefálica fosse bem explicado e disseminado na sociedade, certamente os índices de transplantes no Brasil seriam consideravelmente maiores:

Dentre os motivos de recusa apontados pelos entrevistados, observa-se que há ainda pouco conhecimento dos familiares acerca deste assunto. A não compreensão do diagnóstico da morte encefálica é apontada como a principal causa da recusa, onde os envolvidos não conseguem entender que um corpo que possui batimentos cardíacos, que respira (com a ajuda dos equipamentos) e que às vezes ainda possui temperatura pode estar morto. (PESSOA; SCHIRMER e ROZA, 2013)

Resta flagrante, portanto, a imperiosa necessidade que se tem, atualmente, de elucidação do conceito de morte encefálica para a sociedade. Saliente-se que o que se pretende não é que os familiares entendam toda a fisiologia de um quadro de morte encefálica. Seria inexigível que toda a população entendesse de critérios clínicos e fisiológicos que não estudou.

Contudo, é imprescindível que todas as pessoas sejam capazes de compreender que morte encefálica é igual à morte, sendo, portanto, um processo irreversível que cessa as atividades cerebrais do ser humano, razão pela qual determina o marco final da vida.

Sendo tal conceito elucidado para as pessoas, seria de se imaginar que o número de transplantes, no Brasil, naturalmente, crescesse.

3.4.4 Gratuidade

Conforme já evidenciado em capítulo próprio, qualquer doação tem como um de seus requisitos a gratuidade, na medida em que não é possível se exigir, do receptor, uma contraprestação pelo bem que lhe está sendo doado, sob pena de desconfiguração do contrato de doação. Tal regra se aplica com ainda mais afinco na doação de órgãos e tecidos, na medida em que se tratam de bens inalienáveis.

Neste aspecto, Maria Helena Diniz (2014, p. 396) ensina que o direito às partes separadas do corpo vivo ou morto integra a personalidade humana. Deste modo, estas partes seriam bens da personalidade que não podem ser cedidas a título oneroso, até mesmo em razão do quanto previsto pela Constituição Federal em seu artigo 199, parágrafo 4º, e do artigo 1º da Lei 9434/97.

Frise-se, ainda, que a disposição destas partes do corpo somente poderá ocorrer de modo gratuito, desde que não afete a vida da pessoa que dela dispõe, não cause dano irreparável ou permanente à sua integridade física e não acarrete perda de um sentido ou órgão.

Ademais, a gratuidade das doações de órgãos é matéria tão relevante que é prevista, também, no art. 199, parágrafo 4º da Constituição Federal:

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

É evidente, deste modo, que o cerne das doações de órgãos é – e deve ser – a gratuidade, na medida em que é expressamente vedado, seja pela Constituição Federal, seja pela Lei 9434/97, a comercialização de qualquer órgão ou tecido. Trata-se de medida que visa inibir a instituição de um mercado de órgãos que, por óbvio, beneficiaria apenas aqueles que possuem condições financeiras de arcar com os custos do transplante.

Com o intuito de proibir e evitar a criação de um comércio de órgãos, a Lei 9434/97, em conjunto com o Código Penal brasileiro, estabelecem, ainda, algumas condutas que são criminalizadas neste sentido. O artigo 11 da Lei 9434/97, por exemplo, proíbe a veiculação, através de qualquer meio de comunicação social, de anúncio que configure publicidade de estabelecimentos autorizados a realizar transplantes e enxertos; apelo público no sentido da doação de tecido, órgão ou parte do corpo humano para pessoa determinada, identificada ou não, e para arrecadação de fundos para o financiamento de transplante ou enxerto em benefício de particulares (DINIZ, 2014, p. 411).

Ressalte-se que é lícita a publicidade com o intuito de incentivar a doação de órgãos de modo generalizado, contanto que esta não seja direcionada a alguém em específico. Existem campanhas, inclusive, que são realizadas pelo Ministério da Saúde e pela Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos. O que é veementemente vedado pela Lei 9434/97, portanto, é a realização de campanhas de doação em prol de alguém específico, sob pena de violar e desrespeitar a lista única de receptores.

Além disso, a compra ou venda de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano ocasiona pena de reclusão de 3 a 8 anos e multa de 200 a 360 dias-multa, sendo que incorrerá na mesma pena quem promover, intermediar, facilitar ou auferir qualquer vantagem com a transação.

Maria Helena Diniz (2014, p. 413) destaca, ainda, que não apenas a compra ou venda de órgãos, em si, caracteriza infração, na medida em que publicar anúncio para fins propagandísticos de atividades de transplantação ou apelo público para efetivação de doação de órgão ou tecido ou arrecadação de fundos para financiar transplante, beneficiando determinada pessoa, também ocasiona multa de 100 a 200 dias.

A gratuidade na doação de órgãos e tecidos visa, portanto, entre outros aspectos, proteger os mais pobres, que por vezes poderiam ser coagidos, em razão das circunstâncias socioeconômicas em que vivem, a ceder a venda de seus órgãos e tecidos para o transplante. Assim, essa situação caracterizaria verdadeira exploração da miséria alheia, na medida em que somente aqueles que possuem condições financeiras se beneficiariam com tal cenário. Acerca desta questão, Maria Helena Diniz (2014, p. 446) destaca:

Em todo o mundo há uma insaciável sede de lucro e casos de pobres, como os indianos, que vendem órgãos e tecidos para ricos, com a esperança de diminuir sua miséria, tornando-se hoje o mercado de estruturas humanas uma triste realidade, em que frequentes são as denúncias sobre comercialização de partes do corpo humano, o que denota o não cumprimento dos padrões mínimos de conduta ético-jurídica exigida pela lei aos profissionais da saúde, aos doadores e às suas famílias.

A instituição de um comércio de órgãos e tecidos, assim, violaria diretamente o princípio constitucional da isonomia, que estabelece que todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza. A comercialização de órgãos, caso permitida fosse, beneficiaria tão somente aqueles que possuem condições financeiras de arcar com os custos de um transplante e, por consequência, prejudicaria aqueles que, além de não conseguirem pagar por um órgão, poderiam, por muitas vezes, colocar sua própria vida e saúde em risco ao vender algum de seus órgãos.

Vale destacar, ainda sobre o tema, o entendimento de Edison Tetsuzo Namba (2009, p. 159):

Dessa forma, efetiva-se o princípio da dignidade humana, protege-se a honra do Estado Brasileiro e condena-se a exploração da miséria alheia, em outras palavras, não se vulgariza técnica que pode salvar alguém, cujo avanço tecnológico se reflete por sua concretização, pela simples faculdade em pagar o serviço.

Evidente, deste modo, que a proibição da comercialização de órgãos e tecidos visa garantir a isonomia entre todos os potenciais receptores de órgãos, ao mesmo tempo em que impede que os desabastecidos se utilizem do sistema nacional de transplantes como fonte de renda ou lucro, pondo em risco sua vida ou a sua saúde para tanto.

3.5 A NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO DA FAMÍLIA

Como já visto, para que o transplante de órgãos *post mortem* possa ocorrer, é necessário que, além dos requisitos previstos em lei acima elencados, haja a autorização da família do doador.

Ao se verem numa situação de perda de um ente querido e, após serem questionadas pela equipe médica e assistente social acerca da doação dos órgãos do falecido, muitas famílias optam pela não autorização para a retirada destes. Neste cenário, por óbvio, muitas vezes a vontade do doador exposta em vida é sobreposta pela vontade de sua família, a partir do momento em que este se encontra faticamente impossibilitado de exercer a sua autonomia da vontade em razão da sua morte.

Por outro lado, é imperioso destacar que muitas famílias sequer possuem ciência da opinião do ente falecido acerca do assunto. Muitas pessoas passam a vida inteira sem mencionar o tema, seja porque a morte ainda é um tabu na sociedade brasileira (apesar de ser um processo certo e inevitável), seja porque não encontram, no seio familiar, a ocasião adequada para tratar do assunto.

O que é de se estranhar é que, sendo a autorização da família necessária para que o transplante de órgãos ocorra, seria de se esperar que os familiares soubessem da vontade do doador neste sentido. Não somente isso, o ideal seria que o assunto fosse difundido pela sociedade como meio de facilitar a tomada dessa decisão. Contudo, a grande maioria das pessoas (aproximadamente 64%) sequer tem conhecimento acerca da vontade do ente querido sobre a doação de órgãos (PESSOA; SCHIRMER; ROZA, 2013).

O que se observa, portanto, é que dentre os motivos de recusa dos familiares no que diz respeito à doação de órgãos, a ausência de conhecimento acerca da vontade do doador ainda se mostra um óbice à realização de transplantes de órgãos. Mas não somente isso, outros motivos e convicções acabam por inibir a autorização da família no sentido de autorizar a doação.

Assim, sendo a autorização da família crucial para que os órgãos de alguém sejam doados, após a sua morte, mostra-se relevante analisar alguns dos motivos que, por vezes, acabam por influenciar a família do doador nesta tomada de decisão.

3.5.1 Convicções Religiosas

Sabe-se que o Brasil é um país marcado pela miscigenação e que, em razão de tal caldeamento, diversas são as religiões aqui existentes. A escolha da religião afeta, inclusive, de modo significativo a vida das pessoas, que passam a viver e a

acreditar nos dogmas e ensinamentos da religião escolhida, o que influencia – direta ou indiretamente - na tomada de certas decisões:

No processo de tomada de decisão, o sistema de crenças de uma pessoa pode ter papel fundamental. Estas crenças, incluindo-se as religiosas, afetam a sua percepção e leitura do mundo, o conjunto das alternativas disponíveis e a seleção da ação que será realizada ou não. (PESSOA; SCHIRMER; ROZA, 2013)

Assim, tem-se que as religiões mostram-se fortes fatores influenciadores na tomada de decisões na vida, sejam elas decisões simples e cotidianas ou relevantes e eventuais, como é o caso da doação de órgãos.

O aspecto religioso se mostra presente na tomada da decisão pelo simples fato de haver o envolvimento da morte de alguma pessoa. Cada religião atribui uma determinada valoração à morte, ao corpo e à alma, o que, por certo, enseja diversas interpretações acerca de como proceder a partir da morte de um ente querido.

Acerca do tema, Silvia Ferrazzo e outros (2011) demonstram que, curiosamente, há uma grande diversidade de entendimento das religiões acerca da morte em vários países. Os israelitas, por exemplo, não permitem a retirada do coração de um cadáver por considera-lo como sinal de vida. Por outro lado, a cultura asiática enaltece a perfeição do corpo, acreditando que, na ausência de alguma de suas partes, a alma torna-se infeliz.

No budismo, a remoção de órgãos é vista como perturbação da unidade integral do corpo e espírito, acarretando dor à alma e dificultando num renascimento bem sucedido. Para o taoísmo, corpo e natureza são alinhados como um só elemento, de modo que a retirada de um órgão pode perturbar este equilíbrio. O islamismo, por outro lado, se mostra mais radical, e entende que o corpo é de qualquer forma inviolável:

Um contraponto importante à não-doação é que, na maioria das culturas, corpo e alma estão interligados. Grande parte dos estudos mostra a crença de que a remoção de órgãos pode trazer malefícios à alma. Algumas culturas derivadas da doutrina budista, o xintoísmo e taoísmo não permitem a remoção de vísceras, não por não permitir a doação, mas porque seus rituais com o corpo após a morte impedem tal prática. Embora o confucionismo considere louvável a atitude de doar órgãos, com base na cultura religiosa, os chineses consideram que o corpo deve ser mantido intacto para manter-se fiel ao recebido de seus pais e antepassados. Dentre outros fatores contraditórios à

doação a crença no conceito de sepultamento do corpo inteiro, sem mutilação, mantém boa relação entre os mortos e que remover órgãos compromete rituais de sepultamento. (Silvia Ferrazzo e outros, 2011)

Contudo, no que diz respeito ao Brasil, vale ressaltar que até o presente, nenhuma religião adotou uma postura oficialmente desfavorável em relação à doação de órgãos e tecidos. O cenário que se tem aqui é de que os familiares responsáveis pela tomada da decisão de doação de órgãos realizam interpretações pessoais sobre os livros doutrinários. A interpretação pessoal dos trechos bíblicos, por exemplo, pode provocar uma postura desfavorável à doação, bem como nos casos em que o líder religioso é contra ou não se pronuncie a favor da doação:

A pesquisa mostrou que nenhuma religião é de modo absoluto contrária à doação. Nas religiões, baseadas ou não na existência de Deus – no caso do budismo –, a morte está relacionada ao binômio corpo e espírito, onde o corpo é matéria e tem fim, e o espírito continua em outras esferas de “vida”. O fator contraditório justifica-se, visto que as crenças religiosas possuem uma série de rituais com o corpo após a morte. Algumas não aceitam pacificamente o conceito de morte encefálica, relacionando a morte à parada dos batimentos cardíacos e da respiração. A ideia de mutilação do corpo está presente. É comum em muitas crenças relacionar agressões ao corpo com traumas para a alma e problemas para o destino espiritual adequado. (PESSOA; SCHIRMER; ROZA, 2013)

Assim, em que pese não haja notícias, no Brasil, de alguma religião predominante que coíba ou rechace a doação de órgãos, a realidade que se tem, paradoxalmente, é que, de fato, muitas pessoas deixam de autorizar a retirada de órgãos e tecidos de um doador cadáver para a realização de transplantes por motivos e crenças religiosas.

Tal situação pode ser explicada pelo fato de a morte ser, ainda, um assunto delicado, que envolve sentimentos profundos de perda que, às vezes, somente podem ser acalmados através da crença em um Deus ou em algo maior do que a existência humana.

Não somente isso, tem-se que muitas famílias esperam e creem num milagre divino que irá salvar o seu ente querido da situação em que se encontra – morte encefálica – pois, conforme visto, este é um conceito complexo e mal compreendido por grande parte da sociedade. Assim, diante da falta de conhecimento acerca do significado real da morte encefálica, é natural que algumas famílias busquem se

apegar em suas crenças e ideologias religiosas para que encontrem o conforto que seu coração necessita.

Ferrazzo e outros (2011) explicam, com sabedoria, que é essencial, por parte da equipe de saúde, um nível mínimo de entendimento da diversidade cultural e religiosa, condição esta necessária para a prestação de cuidados que são culturalmente sensíveis. Assim, além da necessidade de haver um tato maior no cuidado e abordagem das famílias dos potenciais doadores, deve-se levar em consideração critérios como o religioso, a fim de que sejam elucidadas todas as dúvidas ou informações equivocadas que cercam a família naquele momento.

É importante frisar, ainda, que sendo o fator religioso de tal modo relevante para a família, este não pode deixar de ser observado, também, no que diz respeito ao potencial doador. Isso significa dizer que é possível que o potencial doador e a sua família não partilhassem da mesma religião, razão pela qual podem ter crenças diferentes acerca da doação de órgãos e, mais uma vez, tal situação ocasionar a supressão da manifestação da vontade do doador.

Deste modo, aparecendo a religião como aconselhador no processo de tomada de decisão, torna-se mais possível a doação quando há apoio por parte da crença religiosa, ou ainda, quando se conhece se a religião praticada é ou não a favor da doação.

Contudo, sabendo-se que muitas religiões são omissas a este respeito, é natural que os crentes optem pela não doação dos órgãos do cadáver falecido. Ressalte-se, contudo, que esta naturalidade não pode ser vista como algo imutável, razão pela qual esta realidade deve ser alterada a fim de que não seja desrespeitada a manifestação da vontade do doador em vida em razão de crenças religiosas de sua família.

3.5.2 Medo de Deformidade do Cadáver

Há um mito disseminado na sociedade no que diz respeito à retirada de órgãos de um cadáver para fins de transplante. Muitas pessoas acreditam que, a partir desta retirada, o corpo do ente querido, amigo ou parente restará desconfigurado, o que

implicaria em um sepultamento com caixão fechado e na impossibilidade de dizer adeus apropriadamente.

Contudo, trata-se de informação completamente inverídica, na medida em que a Lei 9434/97 cuidou de regulamentar o assunto a fim de que não seja esta a situação dos doadores de órgãos.

Neste sentido, Maria Helena Diniz (2014, p. 436) destaca:

O cadáver deverá ser imediatamente necropsiado, se desconhecida a causa médica da morte, e se conhecida for, havendo a retirada de órgãos, deverá ser condignamente recomposto, de modo a recuperar, tanto quanto possível, a sua aparência anterior, cobrindo-se as regiões com ausência e pele e enchendo as cavidades resultantes da ablação com material adequado para, então, ser entregue a seus familiares legais para sepultamento ou cremação.

Verifica-se, portanto, que o medo da deformidade do cadáver, após a retirada dos órgãos para fins de transplante, também se mostra um forte motivo que acaba impedindo muitas famílias a não autorizarem a doação.

Contudo, a Lei 9434/97 cuidou de regulamentar a matéria dos transplantes também neste aspecto, pois além de detalhar e especificar como será o procedimento para a retirada dos órgãos, previu sanções penais e administrativas para aqueles que desrespeitem tal previsão.

Assim, diante disso, a Lei 9434/97 estabelece, em seu artigo 19, que deixar de recompor o cadáver para a sua entrega à família, após a retirada dos seus órgãos para fins de transplante, ocasiona detenção de seis meses a dois anos.

A matéria é de tamanha relevância que foi regulamentada e inclusive tipificada pelo Código Penal. Contudo, como destacado, por muitas vezes as famílias (e até mesmo os doadores, em vida) desconhecem o procedimento previsto pela Lei 9434/97, o que acaba por ocasionar a não autorização da retirada de órgãos do familiar para fins de transplante.

Vale destacar que a necessidade de cuidado e de reparo do corpo, após a doação, não é prevista apenas para os casos de doação *post mortem*, pois mesmo nas doações de órgãos *inter vivos*, a Lei 9434/97 prevê, em seu artigo 3º, que a doação não pode representar grave comprometimento das funções vitais, saúde mental e não pode causar mutilação ou deformação inaceitável do doador vivo.

Assim, mais uma vez a falta de informações corretas acerca do procedimento para a retirada dos órgãos acarreta prejuízos aos possíveis receptores, na medida em que a decisão da família acaba sendo tomada com base na ausência dos devidos esclarecimentos acerca do tema.

3.5.3 Abordagem dos Profissionais

No delicado momento em que a família vivencia a perda de algum ente querido, é natural que busque reclusão e apoio no próprio seio familiar. Contudo, nos casos em que esta morte é ocasionada pela morte encefálica, é imprescindível que haja um contato de uma equipe médica para que se verifique a possibilidade da retirada de órgãos daquele paciente.

Essa abordagem, por óbvio, deve ser feita de modo delicado e cuidadoso, a fim de que o luto da família seja respeitado, mas que, também, seja passado, para estes, a importância da doação dos órgãos do ente falecido.

Neste sentido, João Luis Erbs Pessoa, Janine Schirmer e Bartira de Aguiar Roza (2013) ensinam:

A entrevista para solicitar a doação deve ser realizada quando os familiares oferecem condições emocionais e estão devidamente esclarecidos para decidir de forma consciente e com autonomia. A solicitação do consentimento familiar é um momento delicado e requer preparo emocional do profissional de saúde, pois cada família reage de forma diferente diante da notícia da morte do parente.

Assim, é possível perceber o papel crucial que a equipe médica e a equipe de assistência social possuem na tomada da decisão para a doação de órgãos. Contudo, muitas vezes essa abordagem não é realizada da maneira adequada, tampouco por profissionais qualificados, o que acaba por gerar uma situação mais dolorosa para a família.

Diante disso, outro motivo pertinente citado por 26% dos entrevistados como causa da recusa a doação foi a falta de competência técnica dos profissionais que realizaram a entrevista (PESSOA; SCHIRMER e ROZA, 2013).

É inquestionável que essa abordagem, além de ser difícil para a família, se mostra complicada, também, para os profissionais. E é exatamente por isso que este profissional deve ser extremamente qualificado para este tipo de abordagem.

João Luis Erbs Pessoa, Janine Schirmer e Bartira de Aguiar Roza (2013) informam que uma pesquisa realizada com familiares de doadores e não doadores apontou que quando a entrevista familiar é realizada por um profissional da área da doação (que atua e tem experiência neste campo) a decisão da doação de órgãos e tecidos do ente querido é positiva. Salientam, ainda, que quando este profissional é pouco atencioso, as famílias se tornam menos propensas a realizar a doação.

É inegável que trata-se de situação extremamente delicada para a família que, diante da perda de uma pessoa que amava, pode se mostrar, naturalmente, contrária à retirada de seus órgãos para fins de transplante. O papel do profissional neste sentido, portanto, seria o de “convencer” a família a autorizar a retirada, devendo informar a importância humanística da doação de órgãos sem, contudo, deixar de lado a dor e o luto que estes vivenciam.

Edvaldo Leal de Moraes e Maria Cristina Komatsu Braga Massarollo (2008) destacam, ainda, que a equipe deve oferecer apoio aos familiares, independente da manifestação contrária à doação. Isso porque o respeito e a postura ética diante do sofrimento da família é um dever do profissional de saúde. A falta de sensibilidade da equipe, nestas situações, é um fator que adiciona sofrimento, quando a família percebe que o único interesse do profissional que está cuidando do potencial doador é a doação dos órgãos.

Esta situação desperta o desejo de não doar os órgãos, mesmo quando o paciente, em vida, havia manifestado a intenção de ser doador. Contudo, posteriormente, a sensação de não realizar a vontade do ente querido é motivo de sofrimento, lamentação, arrependimento e tristeza, pois a chance de ajudar outras pessoas é desperdiçada. A morte, nessa condição, é percebida, pela família, como um acontecimento inútil, pois os órgãos não foram utilizados para salvar outras vidas.

É evidente, portanto, que há uma tendência dos familiares a consentirem com a doação, quando bem orientados a respeito do conceito de morte encefálica e da finalidade humanística de doador. Contudo, sem a formação adequada, os profissionais de saúde e de assistência social estarão despreparados para agir

eticamente nas relações pessoais/profissionais junto aos possíveis doadores de órgãos, o que, conforme visto, inibe consideravelmente o número de doações de órgãos no Brasil.

3.6 NECESSIDADE DE DIVULGAÇÃO DE INFORMAÇÕES E CAPACITAÇÃO DE PROFISSIONAIS

Conforme visto acima, alguns são os motivos que acabam por ocasionar a não autorização da família para a retirada de órgãos e tecidos do doador morto. Esses motivos variam de convicções pessoais e religiosas à ausência de informações acerca do procedimento de retirada ou do conceito de morte encefálica, e qualquer que seja a natureza destes, os prejuízos que acarretam para os possíveis receptores que aguardam na lista única de transplantes são os mesmos e talvez irreparáveis.

Contudo, João Luis Erbs Pessoa, Janine Schirmer e Bartira de Aguiar Roza (2013) destacam que quase todos os motivos de recusa elencados pelos familiares são passíveis de intervenção com treinamento e educação, de modo que ainda se deve investir no preparo dos profissionais que atuam no campo da doação e na realização de campanhas que incentivam a conversa sobre a doação no seio familiar.

Além disso, o conhecimento do desejo do potencial doador proporciona aos familiares uma maior segurança no momento de decidir sobre a doação. Contudo, a pesquisa realizada por João Luis Erbs Pessoa, Janine Schirmer e Bartira de Aguiar Roza (2013) apontou que entre os familiares que sabiam qual era a vontade do familiar, 60% (sessenta por cento) não respeitaram o desejo do falecido de ser um doador.

O cenário que se tem, neste particular, é preocupante. A partir do momento em que a Lei 9434/97 prevê a necessidade de autorização da família para que a doação de órgãos ocorra, é de se esperar que a família possua o correto discernimento e as informações necessárias à sua disposição para que tome esta decisão. Não somente isso, o fato das famílias, mesmo cientes da vontade do doador, não respeitarem tal vontade, demonstra ainda mais que fatores externos colaboram para a tomada de tal decisão e que, portanto, devem ser analisados a fim de que este cenário seja alterado.

Não se pretende culpar a família pela não doação de órgãos do ente falecido. Isso nem seria possível, pois, conforme visto, a decisão da família é tomada tendo

como base diversos fatores, inclusive o fator emocional. Contudo, se a Lei 9434/97 retirou do falecido a autonomia da vontade no sentido de decidir o que fazer com seu próprio corpo a partir de sua morte, e colocou tal disposição nas mãos da sua família, é preciso que esta decisão da família seja tomada com base em informações verídicas e com o correto discernimento acerca do procedimento previsto pela Lei 9737.

Deste modo, diante da análise dos principais motivos que acabam por gerar a recusa familiar para a doação de órgãos, resta clara a desinformação sobre a atual lei de doação de órgãos, devendo esta ser sanada o mais rápido possível. O esclarecimento sobre o tema, portanto, é necessário e se mostra urgente para que as pessoas - tanto os próprios doadores, para que possam se decidir em vida, quanto suas famílias, para que possam ter ciência da opinião do doador acerca do tema - possam decidir conscientemente e livremente acerca da destinação de seus órgãos.

4 FERRAMENTAS E POSSIBILIDADES PARA EFETIVAR A GARANTIA DA MANIFESTAÇÃO DA VONTADE DO DOADOR

Os contratos de doação possuem como requisito o *animus donandi* que, conforme já trabalhado em capítulo próprio, se traduz na manifestação da vontade do doador no sentido de dispor de algo que lhe é inerente sem esperar uma contraprestação por isso:

O que rege a doação é o denominado sentido altruísta, ou seja, a vontade humana de ajudar ao próximo, podendo ser comparado tal conceito com a solidariedade, uma vez que aquele que dispõe de algo que lhe pertence o faz em nome desse sentimento de gratidão, o que classifica a doação como pura, uma vez que não existe troca de qualquer natureza (OLIVEIRA, 2013).

Neste sentido, portanto, o *animus donandi*, nos contratos de doação, geralmente é motivado pelo sentimento de solidariedade, na busca por beneficiar alguém sem que haja uma retribuição em troca deste benefício. Assim, verifica-se que um dos princípios regentes dos contratos de doação é o princípio da autonomia da vontade, que, segundo Leônidas Meireles Mansur Muniz de Oliveira (2013), permite que toda pessoa capaz exerça, mediante o respeito da ordem pública, seus interesses individuais.

A autonomia da vontade, portanto, permite que o sujeito se manifeste favorável ou contrariamente a determinada questão, permitindo, ainda, que o sujeito se abstenha de se manifestar caso assim o deseje. Assim, sendo a autonomia da tão relevante, o ideal seria que a doação de órgãos seguisse o caminho dos contratos de doação em geral e, portanto, valorizasse e prezasse pela manifestação da vontade do falecido como requisito indispensável para a sua existência, validade e eficácia.

Contudo, como já tratado em capítulo próprio, a Lei 9434/97 transfere para a família do falecido o encargo da decisão acerca da retirada ou não dos seus órgãos e tecidos para fins de transplante. Não se vislumbrariam problemas, no caso, se as famílias seguissem e cumprissem a manifestação da vontade do doador feita em vida no sentido de autorizar ou não a retirada dos seus órgãos após a sua morte. Contudo, sabe-se, conforme já visto, que as famílias, ao se verem na difícil situação de decidir acerca da autorização para retirada dos órgãos de um ente querido, enfrentam diversos embates que dificultam a tomada dessa decisão.

Neste tocante, portanto, é possível perceber a evidente incompatibilidade do atual regramento previsto pela Lei 9434/97 com o princípio da autonomia da vontade, na medida em que a autodeterminação do provável doador é ceifada a partir de sua morte. Como pode a autonomia da vontade, traduzida no *animus donandi*, ser essencial e inescusável para que o contrato de doação se concretize e, na doação de órgãos, a autonomia da vontade do doador ser desrespeitada?

A autonomia da vontade prevê que é possível o sujeito dispor do que lhe pertence caso assim o deseje, mas o que se verifica é que este princípio não é respeitado quando se trata de doação de órgãos. A Lei 9434/97 traz em seu texto uma evidente supressão da autonomia da vontade do doador fato que, conforme já visto, é impeditivo para que o contrato de doação seja efetivado.

Não é admissível que um contrato de doação seja realizado na ausência ou em desacordo à manifestação da vontade do doador. Mesmo após a morte de algum sujeito, os seus desejos, expressos em vida, devem ser respeitados, na medida em que a morte representa somente o fim da pessoa e não de seus direitos (Oliveira, 2013). Contudo, como se vê, o atual regramento dos transplantes de órgãos e tecidos retira do sujeito falecido a possibilidade de produzir efeitos após a sua morte a partir do momento que a Lei 9434/97 prevê a necessidade de autorização da família para a retirada dos seus órgãos.

Como já ressaltado, trazendo a Lei 9434/97 tal disposição, o ideal seria que sempre houvesse uma convergência de vontade entre familiares e doador, o que, sabe-se, é uma utopia. Deste modo, resta para os familiares a responsabilidade de autorizar ou não a remoção dos órgãos e tecidos para fins de transplantes, sendo certo que, diante desta necessidade, há a possibilidade de, por muitas vezes, as vontades do doador e de sua família não coincidirem.

Contudo, ainda que as vontades da família e do falecido sejam divergentes, o ideal seria que a família buscasse cumprir o quanto exposto pela pessoa enquanto ainda viva, até mesmo como forma de altruísmo. Neste sentido, se o falecido, em vida, manifestou-se contrariamente à retirada dos seus órgãos, a família, por certo, deveria seguir o mesmo caminho após a sua morte. Do mesmo modo, se o falecido, em vida, mostrou-se adepto à doação de órgãos, à família deveria fazer valer a sua vontade e, portanto, autorizar a retirada de seus órgãos.

Nos casos de silêncio do falecido ou na ausência de conhecimento da família acerca do seu posicionamento, em vida, acerca do tema, como já explicado, parece ser razoável que a família ocupe o seu lugar e tome as rédeas da situação, decidindo o que fazer diante da constatação da morte encefálica do provável doador.

Assim, não havendo manifestação feita em vida no que diz respeito à doação de órgãos, a família poderia decidir no lugar do doador, podendo optar ou não pela retirada dos seus órgãos sem violação à autonomia da vontade do doador. No entanto, havendo a manifestação da vontade do falecido em vida, seja ela favorável ou desfavorável à doação de seus órgãos, o ideal é que esta fosse cumprida por seus familiares.

Entretanto, sabe-se que não é isso que ocorre com o atual regramento. Apesar da Lei 9434/97 atribuir a responsabilidade de decidir acerca da retirada dos órgãos do ente falecido às pessoas mais próximas deste – no caso, sua família - isso não é garantia de respeito à sua vontade.

Isso porque, conforme visto, diversos são os motivos que fazem com que a família, no momento crucial da decisão, opte pela não retirada dos órgãos do seu ente falecido para fins de transplante. A família pode até se esforçar, por vezes, para cumprir a vontade expressa pelo ente querido em vida. Contudo, sabe-se, também, que esta não é uma decisão fácil de ser tomada e que envolve diversos fatores, o que acaba por ocasionar um número expressivo de recusas.

Deste modo, verifica-se que no ordenamento jurídico Brasileiro ainda não existem meios capazes de assegurar o respeito à vontade das pessoas de ser doador após a sua morte. Sendo assim, ainda busca-se um meio legal, válido e eficaz para que o pretense doador possa, em vida, consentir ou mesmo se mostrar contrário à doação de órgãos e tecidos que poderá se dar após a sua morte.

O importante, portanto, é que o sujeito decida, em vida, acerca da retirada ou não de seus órgãos para fins de transplantes, e que essa vontade seja necessariamente respeitada – por seus familiares e pela equipe médica – após a sua morte, garantindo o exercício do direito à autonomia do indivíduo até mesmo após a sua morte.

Diante do exposto, portanto, se presta, o presente trabalho, a propor algumas soluções jurídicas como mecanismos capazes de garantir e assegurar a manifestação da vontade de um pretense doador após a sua morte.

4.1 TESTAMENTO

Um instituto que se mostra interessante para que o sujeito declare, em vida, sua vontade de ser ou não doador de órgãos, após a sua morte, seria o testamento.

O testamento, por si só, é um instrumento a ser utilizado para as pessoas que desejam realizar ou efetivar algo após a sua morte. Neste sentido, Flávio Tartuce (2016, p. 349) ensina:

O testamento representa, em sede de Direito das Sucessões, a principal forma de expressão e exercício da autonomia privada, da liberdade individual, como típico instituto *mortis causa*. Como se extrai da obra clássica de Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira, “a testamentificação é uma das faculdades resultantes do direito de propriedade” (*Tratado...*, 1952, v. II, p. 404). A palavra vem de *testatiomentis*, que significa a *atestação da vontade*, a confirmação daquilo que está na mente do autor da herança. Além de constituir o cerne da modalidade *sucessão testamentária*, por ato de última vontade, o testamento também é a via adequada para outras manifestações da liberdade pessoal.

O testamento, deste modo, servindo para regularizar os desejos do sujeito, após a sua morte, caracteriza um instrumento assecuratório de sua vontade manifestada em vida. Vale ressaltar, ainda, que os testamentos não produzem efeitos exclusivamente patrimoniais, pois conforme o ensinamento de Tartuce acima transcrito, é possível se utilizar do testamento como meio de garantia de efetivação de manifestações de cunho pessoal.

Neste sentido, o objeto do testamento pode ser existencial, relacionado à tutela da pessoa humana, e aos direitos da personalidade, aqueles inerentes à pessoa humana. Deste modo, nas palavras de Flávio Tartuce (2016, p. 357):

O testamento é um negócio jurídico por excelência. Como negócio jurídico entenda-se a manifestação de vontade, com conteúdo lícito, que visa a regulamentar o interesse do envolvido, com uma finalidade específica. Ao lado do contrato, reafirme-se que o instituto ora em

estudo representa importante forma de manifestação da liberdade individual, da autonomia privada. Entretanto, a grande diferença entre as categorias expostas está na natureza jurídica e na produção de efeitos, uma vez que o contrato é um negócio jurídico *inter vivos* e o testamento, um negócio jurídico *mortis causa*.

Entre os contemporâneos, Maria Helena Diniz (2007, p. 175) apud Flávio Tartuce (2017, p. 349) conceitua o testamento como o ato personalíssimo e revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, não só dispõe, para depois da sua morte, no todo ou em parte (CC, art. 1.857, *caput*), do seu patrimônio, mas também faz outras estipulações. Além disso, de acordo com Zeno Veloso apud Flávio Tartuce (2017, p. 350) o testamento é um negócio jurídico pelo qual uma pessoa dispõe de seus bens, no todo ou em parte, ou faz determinações não patrimoniais, para depois de sua morte.

A partir de todos esses ensinamentos, portanto, pode-se definir o testamento como um negócio jurídico unilateral, personalíssimo e revogável pelo qual o testador faz disposições de caráter patrimonial ou extrapatrimonial, para depois de sua morte. Trata-se do ato sucessório de exercício da autonomia privada.

Vale destacar, neste aspecto, que o Código Civil estabelece, em seu artigo 1.857, que toda pessoa capaz pode dispor de seus bens por testamento, acrescentando, ainda, que são válidas as disposições testamentárias que versem sobre bens extrapatrimoniais.

Assim, o testamento surge, no direito das sucessões, como um instituto jurídico que auxilia a efetivação da manifestação da vontade daqueles que, após a sua morte, desejam produzir efeitos. É evidente, portanto, que um dos principais objetivos do testamento é garantir o exercício da autonomia da vontade daqueles que, mesmo após falecidos, desejam exercê-lo.

4.1.1 Diretivas Antecipadas de Vontade e Testamento Vital

Diante da natureza jurídica de negócio jurídico *mortis causa* do testamento, tem surgido, no âmbito do biodireito, a figura do testamento vital. O testamento vital é um instituto jurídico relativamente recente que é decorrente do conceito de diretivas antecipadas de vontade.

Neste sentido, Luciana Dadalto, Unai Tupinambás e Dirceu Bartolomeu Greco (2013) ensinam que as diretivas antecipadas de vontade constituem um gênero de manifestação de vontade para tratamento médico, do qual é espécie o testamento vital.

A resolução nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina, em seu artigo 1º, estabelece as diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade:

Em vigor desde agosto de 2012, a resolução estabelece os critérios para que qualquer pessoa possa definir junto ao seu médico quais os limites terapêuticos na fase terminal – desde que maior de idade e plenamente consciente. As Diretivas Antecipadas de Vontade é documento facultativo e poderá ser elaborado, modificado ou revogado em qualquer momento da vida. (NUNES; ANJOS, 2014)

Além disso, Maria Inês Nunes e Márcio Fabri dos Anjos destacam que, de acordo com a resolução do Conselho Federal de Medicina, o registro das diretivas antecipadas de vontade pode ser feito pelo médico na ficha médica ou no prontuário do paciente, desde que autorizado por este. Deste modo, não é necessário que haja assinaturas ou testemunhas, haja vista que o médico, por conta de sua profissão, possui fé pública e seus atos tem efeito legal e jurídico.

Ademais, é possível perceber que as diretivas antecipadas de vontade já vêm sendo utilizadas em muitos países. Nos Estados Unidos, por exemplo, é possível que o paciente registre, em seu prontuário médico, a informação de “*Do Not Resuscitate*”, que significa “não ressuscitar”. Assim, por exemplo, caso o paciente tenha alguma parada cardíaca, enquanto internado no hospital, os médicos não estão autorizados a utilizar, nele, o desfibrilador.

O testamento vital, portanto, como espécie das diretivas antecipadas de vontade, seria como uma espécie de tomada de decisões antecipadas pelas pessoas, em vida, caso se encontrem impossibilitadas de exercer livremente a sua vontade.

Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2005, p. 239) *apud* Flávio Tartuce (2016, p. 413) conceitua o instituto do testamento vital como o documento em que a pessoa determina, de forma escrita, que tipo de tratamento ou não tratamento deseja para a

ocasião em que se encontrar doente, em estado incurável ou terminal, e incapaz de manifestar sua vontade. Para a jurista, portanto, o declarante, por meio do testamento vital, visa a influir sobre os profissionais da área de saúde, no sentido do não tratamento, como vontade do paciente, que pode vir a estar impedido de manifestar sua vontade, em razão da doença.

Deste modo, a figura do testamento vital permite que o paciente terminal disponha sobre os tratamentos que deseja ou não receber no final da sua vida. Estas escolhas caracterizam as chamadas diretivas antecipadas da vontade, que podem ser efetivadas através do testamento vital.

Contudo, no Brasil, o Testamento Vital não está regulamentado. No entanto, o Conselho Federal de Medicina está empenhado em sua regulamentação no âmbito da Ética Médica (PICCINI e outros, 2011).

Assim, sendo o testamento vital regulamentado pelo Conselho Federal de Medicina, que permite que a pessoa manifeste sua vontade acerca dos tratamentos que deseja ou não se submeter, por que não utilizar-se do mesmo instituto jurídico para consignar, nele, a vontade da pessoa de ser ou não doadora de órgãos?

Se o querer humano é elemento constitutivo de todo e qualquer negócio jurídico, traduzindo-se, no plano do contrato de doação, como *animus donandi*, a figura do testamento vital se mostraria uma forte aliada na efetivação da vontade dos doadores explícita em vida. Se uma pessoa pode utilizar-se do testamento vital para expor a quais tratamentos deseja ou não ser submetido na fase terminal de sua vida, pode utilizar-se do mesmo mecanismo, também, para dispor ou não dos seus órgãos após a sua morte.

O fato, contudo, é que a legislação brasileira não admite a disposição de órgãos após a morte em nenhuma documentação escrita. Saliente-se que até mesmo os documentos de identidade que contém a informação de “doador” ou “não doador de órgãos” não são válidas para o ordenamento jurídico, haja vista que o modelo admitido hoje, para a doação de órgãos, é o modelo da doação consentida e não presumida.

Deste modo, a disposição de órgãos após a morte por meio do testamento vital ainda não é possível. Evidente que, para que isso ocorresse, seria necessária uma melhor regulamentação do tema pela legislação e que o testamento vital seguisse a forma e os requisitos previstos para todos os testamentos em geral.

A elaboração de um testamento vital, obrigatório ou não, por parte de todos, por certo, resolveria situações conflitantes entre a vontade do doador e a vontade da sua família, na medida em que, por se tratar de documento vinculante, faria valer a vontade do doador expressa em vida.

O testamento – no seu sentido amplo – portanto, além de evitar disputas entre herdeiros no que diz respeito à disposições patrimoniais, evitaria que a família se encontre na difícil situação de decidir o que fazer diante da morte de um ente querido. Não somente isso, evitaria que, por muitas vezes, a vontade do doador fosse ceifada e sobreposta pela vontade de sua família após a sua morte.

Contudo, os testamentos, apesar de extremamente úteis, são pouco utilizados no Brasil, talvez por uma questão cultural. Talvez os brasileiros não sejam adeptos do testamento em razão da sua forma solene, com muitos requisitos legais.

Assim sendo, mostra-se pouco provável que a elaboração de um testamento vital que, ressalte-se, apenas foi regulamentado por uma resolução do Conselho Federal de Medicina, encontrasse grande número de adeptos no Brasil.

Não somente isso, vale frisar que o testamento vital, especificamente, costuma ser elaborado nos momentos em que o paciente já se encontra acometido por alguma doença ou já se encontra em fase terminal. Assim sendo, diante da situação de “quase morte” do paciente, é provável que alguns deixem de expressar sua vontade acerca da doação ou não de seus órgãos após a sua morte.

Conforme já exposto neste trabalho, a decisão de doar ou não os órgãos deve ser tomada de modo livre e esclarecido, no pleno exercício da autonomia da vontade do sujeito, razão pela qual exigir que esta decisão seja tomada num momento em que a pessoa já se encontra próxima à morte pode, por vezes, ocasionar um certo número de recusas ou de omissão acerca da matéria.

Vale destacar, ainda, que nem toda pessoa tem a oportunidade ou necessidade de elaborar um testamento vital, de modo que a matéria também não seria tratada por aquelas pessoas que morrem de modo repentino.

O que se tem, portanto, é que o testamento vital, apesar de ser uma ferramenta útil a ser utilizada pelos pacientes que desejam ou não se submeter a um determinado tratamento, é um instituto com pouca utilidade prática no Brasil. Além disso, o fato de ser elaborado por pacientes que já se encontram em fase terminal, na maioria das

vezes, pode se mostrar um óbice à doação de órgãos, haja vista que esta decisão deve ser tomada pelo paciente de modo livre e esclarecido.

4.2 DOAÇÃO PRESUMIDA

Conforme tratado em tópico específico, a Lei 9434/97, no momento de sua publicação, previa a espécie de doação presumida, segundo a qual todo brasileiro era considerado doador, a menos que optasse por registrar vontade em contrário em documento pessoal de identidade. A regra, portanto, era de que todos fossem doadores de órgãos, exceto aqueles que consignassem informação contrária em seu documento de identidade.

Tal regramento foi alterado através da Medida Provisória 1.718, sendo que atualmente, de acordo com o artigo 4º da Lei 9434/97, o que vigora é que deve haver a autorização expressa da família do falecido para que seus órgãos possam ser retirados para fins de transplante.

Trata-se de um evidente retrocesso na legislação, na medida em que a doação presumida possibilitava uma maior garantia da manifestação da vontade do doador. Diante disso, em 2012, o Senador Humberto Costa (PT-PE) propôs o Projeto de Lei nº 405, que pretende alterar a Lei 9434/97 para instituir, novamente, a doação presumida de órgãos:

Para o senador Humberto Costa (PT-PE), esse segundo modelo pode ajudar a salvar mais vidas, aumentando a oferta de órgãos e tecidos para fins de transplantes e outras terapias. Por isso, ele propõe que a Lei de Transplantes (Lei 9.434/1997) volte a adotar a doação presumida, a exemplo do que acontece em outros países, como a Espanha, considerada modelo na área de transplantes.

Assim, a partir do momento que a doação presumida permite que cada pessoa possa escolher, em vida, se deseja ou não doar os seus órgãos e consignar tal informação no documento de identidade, o que se preza é que essa vontade seja respeitada mesmo após a sua morte.

A omissão, segundo as diretrizes da doação presumida, implica na necessária doação de órgãos daquela pessoa. Contudo, a doação presumida não obriga ninguém a doar e tampouco configura uma apropriação estatal sobre o corpo da pessoa, pois

é assegurado, a todos aqueles que não desejam doar, que sua manifestação de vontade seja respeitada. Assim, caso alguém não deseje ser doador de órgãos, é possível que consigne tal informação em seu documento de identidade e tal vontade será tão respeitada quanto aquela de quem decidiu doar os seus órgãos após a morte.

Nestes casos, ainda que haja divergência entre a vontade da família e a vontade do falecido, a vontade do falecido será levada em conta. Verifica-se, portanto, que além de respeitar a vontade do falecido, a doação presumida ainda livra a família do embate de decidir acerca da doação de órgãos no momento da perda de um ente querido.

Além disso, é possível perceber que a doação presumida possibilita e estimula o debate acerca da doação de órgãos desde cedo, haja vista que leva cada pessoa a tomar a decisão de ser ou não doador de órgãos ainda em vida. É fato que, com o atual regramento, que prevê a necessidade de autorização da família, nem todas as pessoas chegam a se manifestar acerca do assunto, restando para a família decidir no momento de sua morte.

O projeto de Lei do senador ainda está em tramitação, contudo, mostra-se, também, uma possível saída para a garantia do exercício da manifestação da vontade do doador, na medida em que a doação presumida possui como condão garantir, acima de tudo, o exercício da autonomia da vontade do falecido, seja ela no sentido de ser ou não doador de órgãos.

4.3 BANCO NACIONAL DE DOADORES

Sabe-se que já existe hoje, no Brasil, um banco de doadores de medula óssea. O chamado REDOME (Registro Nacional de Doadores de Medula Óssea) foi criado em 1993, em São Paulo, para reunir informações de pessoas dispostas a doar medula óssea para quem precisa de transplante.

Com a implantação do sistema, portanto, é possível que pessoas que desejam ser doadoras de medula se cadastrem. A partir desse cadastramento, o sistema organiza os pretensos doadores através de suas características genéticas. Assim, sempre que potenciais doadores compatíveis são identificados, a equipe do REDOME entra em contato para confirmar a vontade e disponibilidade destes em realizar a doação.

Deste modo, na hipótese de ser encontrado um doador compatível com um paciente que aguarda por um transplante de medula óssea, são iniciados os trâmites legais e médicos para que o transplante ocorra.

A partir disso, surge a ideia de que a criação de um banco nacional de doadores de órgãos *post mortem* seria uma alternativa interessante para a garantia do exercício da manifestação da vontade do doador. Por óbvio, o REDOME tem cadastros de pessoas vivas que, por livre e espontânea vontade, resolvem se cadastrar como pretensos doadores. Contudo, a ideia pode ser trabalhada e adaptada para que seja aplicável, também, aos casos de doação de órgãos *post mortem*.

Vale destacar que ainda não há a discussão acerca da instituição de um banco de doadores, seja na doutrina ou na legislação, razão pela qual esta solução é trazida, no presente trabalho, com o objetivo de garantir a manifestação da vontade feita em vida de todos os pretensos doadores ou daqueles que não desejam doar seus órgãos.

A ideia central da instituição de um banco nacional de doadores de órgãos seria de que o Ministério da Saúde, em atuação conjunta com o Sistema Nacional de Transplantes, instituísse uma base de dados em que fosse consignada a informação de que a pessoa deseja ou não ser doadora de órgãos após a sua morte.

Assim, atingida a maioria, qualquer pessoa poderia registrar-se no banco nacional de doadores e consignar, nele, a informação de “doador” ou “não doador de órgãos”. Nos casos de incapazes, por certo, a decisão da doação ou não dos órgãos ficaria a encargo dos pais ou tutores e curadores legais.

Verifica-se que este é um mecanismo que pode viabilizar a manifestação da vontade livre e consciente, haja vista que a pessoa pode, a qualquer momento de sua vida, e não somente no momento em que já se encontra no seu leito de morte, manifestar sua vontade acerca do tema.

Neste sentido, vale frisar que este cadastramento no banco nacional de doadores não poderia se dar de forma vinculante, de modo que, caso uma pessoa mudasse de ideia acerca da informação constante no sistema, seria possível que esta fosse alterada. Assim, por exemplo, caso uma pessoa se cadastre no banco nacional de doadores como não doadora de órgãos e, posteriormente, deseje alterar este cadastro para que conste como doadora, tal alteração seria possível.

Não somente isso, vale destacar que a inscrição e cadastramento no banco nacional de doadores também não poderia ocorrer de forma obrigatória, na medida em que não é possível exigir que qualquer pessoa se decida acerca da doação de órgãos ainda em vida, ainda que isso fosse o ideal. Por certo, a instituição de campanhas de esclarecimento e incentivo ao cadastramento no banco nacional de doadores se mostraria útil e necessária, contudo, caso, ainda assim, alguém não deseje se inscrever no banco de dados, não seria possível que esta pessoa sofresse nenhuma sanção.

Ressalte-se que, apesar de criticado neste trabalho, o regramento do consentimento autorizado traduz-se útil em algumas hipóteses, a exemplo da supracitada, em que não há manifestação da vontade do indivíduo acerca da doação de órgãos. Assim, nestes casos, em que a pessoa não realiza o seu cadastramento junto ao banco nacional de doadores, recairia sobre a família a decisão de doar ou não os seus órgãos após a sua morte.

Deste modo, a ideia seria de que houvesse um centro de cadastramento, seja em postos de saúde ou em unidades autônomas, com HEMOBA, por exemplo, em todo o território nacional, a fim de que as pessoas, após atingida a maioridade, pudessem se dirigir até eles e registrar a informação que deseja no seu cadastro. Essa manifestação deve ser expressa de modo livre, esclarecido, de modo desimpedido e sem qualquer vício de consentimento e, conforme visto, poderia ser alterada quantas vezes fosse solicitado pelo sujeito, exatamente como forma de garantir que a sua vontade, que não é imutável, fosse respeitada mesmo após a sua morte.

Vale ressaltar que a instituição de um banco nacional de doadores, além de garantir o exercício da vontade consignada, facilitaria a realização dos transplantes, na medida em que o tempo que seria utilizado para que a família discutisse acerca da retirada ou não dos órgãos do falecido seria poupado. Conforme já detalhado, o tempo é um fator crucial para que os transplantes ocorram, seja em razão do perecimento do órgão fora do corpo em razão da isquemia, seja em razão daqueles que aguardam na fila de espera sem saber até quando conseguem esperar até que um órgão apareça.

O que se pretende, portanto, é a reforma da Lei 9434/97 para que seja instituído um banco nacional de doadores, que possibilitaria a inscrição daqueles que desejam ou não manifestar sua vontade no sentido de serem ou não doadores de órgãos.

Subsidiariamente, para aqueles casos em que não há a manifestação da vontade do sujeito, consultar-se-ia a família para que esta decidisse acerca da retirada ou não dos órgãos do ente falecido.

5 CONCLUSÃO

O regramento dos transplantes de órgãos e tecidos é, atualmente, previsto pela Lei 9434/97. À época de sua publicação, a Lei 9434/97 previa a espécie de doação presumida, segundo a qual todos os brasileiros eram considerados doadores de órgãos, exceto aqueles que registrassem informação contrária em seu documento de identidade.

Após sofrer diversas críticas, a Lei 9434/97 foi alterada pela Medida Provisória nº 1.718, que passou a instituir o consentimento autorizado. Assim, atualmente, a partir da constatação de morte encefálica de algum sujeito, é preciso que haja autorização da sua família para que seus órgãos possam ser retirados para fins de transplantes.

O que ocorre, contudo, é que por muitas vezes essa decisão da família não dialoga com a manifestação da vontade do cadáver expressa em vida. Por diversos fatores, sejam eles crenças religiosas, medo de deformidade do cadáver, ausência de esclarecimento acerca do conceito de morte encefálica ou despreparo na abordagem do profissional de saúde, muitas famílias decidem não doar os órgãos do ente falecido, mesmo cientes de que a vontade dele, expressa em vida, era de doar os seus órgãos.

Não se pretende criticar ou julgar as decisões que são tomadas pela família no momento da perda de um ente querido. Por óbvio, não é porque já não tem vida que os mortos deixam de ser importantes para a sua família. Ao contrário, é provável que as famílias se apeguem ainda mais aos seus entes queridos no momento de sua perda, o que agrava ainda mais o sentimento de luto naquele momento.

Contudo, o atual regramento da Lei 9434/97 pode, por vezes, evidenciar um conflito entre as vontades do falecido e de sua família. A partir do momento em que a Lei 9434/97 estabelece como necessária a autorização da família para que os órgãos do cadáver possam ser retirados, é preciso verificar que nem sempre a família está preparada para acatar e realizar a vontade do pretense doador.

A família que perde um ente querido por morte encefálica, no momento em que é abordada pelo profissional de saúde para que decida acerca da retirada ou não dos seus órgãos para fins de transplantes, já está sofrendo o dramático momento da perda de alguém que amava. Além disso, a decisão de doar os órgãos requer um certo desprendimento que não pode ser exigível de pessoas que acabaram de perder um pai, mãe, marido ou filho, por exemplo.

Quando for constatada a morte encefálica de algum ente querido, é natural que seus familiares ainda não demonstrem o desapego à matéria que deve existir para que a retirada dos órgãos seja consentida. E é exatamente por isso que não deve incumbir à família a decisão de doar ou não os órgãos do cadáver.

O cenário é particularmente diferente quando o sujeito não expressou sua vontade em vida no sentido de ser ou não doador de órgãos. Quanto a estes, o ideal seria que, de fato, sua família decidisse acerca do assunto, até mesmo porque não é pelo fato de alguém não ter se manifestado em vida acerca de um assunto que é contra ele. Contudo, nos casos em que o pretense doador expressou, em vida, o seu desejo de doar os seus órgãos, essa manifestação de vontade deve ser válida e respeitada, independentemente da concordância ou do consentimento dos seus familiares.

Assim, diante do evidente embate que muitas vezes acomete às famílias, que, por discordarem da vontade do pretense doador, optam pela não retirada de seus órgãos, o presente trabalho se prestou a sugerir algumas possibilidades que visam garantir o pleno exercício da autonomia da vontade do sujeito, ainda que após a sua morte.

A primeira delas foi a criação de um testamento vital, que permite que as pessoas que se encontrem acometidas por alguma doença ou em algum estágio terminal, registrem a informação de que desejam ou não se submeter a algum tratamento. Do mesmo modo, o testamento vital seria um documento útil para registrar, também, a informação de que a pessoa é ou não doadora de órgãos.

Contudo, conforme visto, a elaboração de testamentos não é socialmente difundida no Brasil, razão pela qual a instituição de um testamento vital para que as pessoas decidissem acerca da doação ou não de seus órgãos se mostraria um instrumento com pouca utilidade prática.

Não somente isso, o fato do testamento vital ser um documento escrito em casos em que a morte já é prevista ou nos casos em que a pessoa é diagnosticada com uma doença em fase terminal, por certo, impediria que a manifestação da vontade dessa pessoa fosse desimpedida, haja vista o momento difícil em que estão vivendo.

Sugere-se, ainda, a alteração da Lei 9434/97 para que seja previsto, novamente, o modelo de doação presumida, segundo o qual todos os brasileiros são, presumidamente, doadores, sendo que aqueles que não desejam ser doadores devem, necessariamente, fazer constar tal informação em sua carteira de identidade.

Por outro lado, acredita-se que saída mais eficaz seria a alteração da Lei 9434/97 para que fosse criado e constituído um banco nacional de doadores. A ideia proposta pelo presente trabalho é de que toda pessoa, ao completar a maioridade, tivesse a opção de realizar um cadastro no banco nacional de doadores em que o Ministério da Saúde, em atuação conjunta com o Sistema Nacional de Transplantes, armazenaria tal informação.

Assim, sendo constatada a morte encefálica desta pessoa, a equipe médica analisaria se ela possui o registro junto ao banco nacional de doadores e qual a vontade nele consignada, sendo a pessoa doadora ou não de órgãos.

Não sendo obrigatório, por certo, muitas pessoas deixariam de realizar o seu registro, razão pela qual caberia à sua família, no momento da sua morte, e somente nos casos em que a pessoa não se registrou no banco de dados, decidir acerca da retirada ou não de seus órgãos para fins de transplante.

O que se observa, portanto, é que, de qualquer maneira, há uma necessidade latente de alteração da Lei 9434/97, na medida em que o atual regramento ocasiona, por vezes, uma supressão da autonomia da vontade do falecido. Não é porque a pessoa faleceu que deixa de produzir efeitos em vida, prova disso é que o direito das sucessões existe exatamente para regulamentar este tipo de situação.

Cada pessoa, portanto, tem o direito de se decidir, em vida, se deseja ou não doar os seus órgãos após a sua morte. Muito além disso, a autonomia da vontade garante, ainda, que a pessoa se exima de tomar este tipo de decisão e não se pronuncie acerca do assunto. De qualquer modo, a autonomia da vontade do sujeito deve ser respeitada não somente enquanto vivo, mas também após a sua morte.

O desrespeito à vontade do pretense doador, por parte de sua família, além de ferir o princípio da autonomia da vontade, impede que vidas sejam salvas. Assim, não é porque a pessoa morreu que sua vontade pode ser desconsiderada, devendo a família se pronunciar acerca da retirada dos órgãos do cadáver apenas nos casos em que este não se manifestou em vida acerca da matéria.

Pelo exposto, portanto, verifica-se a urgente necessidade de adequação da Lei 9434/97 ao instituto da autonomia da vontade, na medida em que a manifestação da vontade da pessoa, em vida, seja no sentido de doar ou não os seus órgãos, deve ter força impositiva e vinculante, devendo a família ser acionada apenas nos casos de seu silêncio.

REFERÊNCIAS

ADOTE – Aliança Brasileira pela Doação de Órgãos e Tecidos. **Transplante de fígado: o critério de gravidade clínica como base no modelo MELD/PELD**. Disponível em: <<http://www.adote.org.br/calculadora-meld-peld>>.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. 292 p.

BRASIL. Lei nº 9.434, de 04 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplantes e tratamento e dá outras providências. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, n. 2.268, 5 fev. 1997. Seção 1, p. 2191. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434/97.htm>.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro. Código Civil, 2002. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 1.160, de 29 de maio de 2006. Modifica os critérios de distribuição de fígado de doadores cadáveres para transplante, implantando o critério da gravidade do estado clínico do paciente. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, n. 103, 31 maio. 2006. Seção 1, p. 52. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt1160_29_05_2006_comp.html>.

BRASIL. **Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.995, de 9 de agosto de 2012**. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. 2012. Diário Oficial da União, DF, 31 ago. 2012. Seção 1, p. 269-270. Disponível em: <www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/doar-e-legal>>.

DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. **Rev. bioét.** (Impr.). v. 21, n.3, p. 463 - 476, 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n3/a11v21n3.pdf>>.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do Biodireito**. 9. ed. Editora Saraiva, 2014.

FERRAZZO, Sílvia; VARGAS, Mara Ambrosina de Oliveira; MANCIA, Joel Rolim; RAMOS, Flávia Regina Souza. Crença religiosa e doação de órgãos e tecidos:

revisão integrativa da literatura. **R. Enferm.** UFSM, p. 449 – 460, 2011. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/reufsm/article/view/2790>>.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO PLAMPLONA, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil - Contratos em Espécie**. Vol. 4. Tomo II. 7. ed. 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **O Contrato de Doação**. 4ª Ed. Editora Saraiva. 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: Parte geral, Obrigações, Contratos**. Vol. 1 – Coleção Esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2015.

LEITE, Gisele. Abordagem sobre a classificação dos contratos. **Boletim Jurídico**, Edição 144 de 17 de setembro de 2005. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/m/texto.asp?id=813>>.

LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado**. Vol. 3. Tomo I. Editora Saraiva, 2016.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, Edvaldo Leal de; MASSAROLLO, Maria Cristina Komatsu Braga. A recusa familiar para a doação de órgãos e tecidos para transplante relatados por familiares de potenciais doadores. **Acta Paul. Enferm.** São Paulo, v. 22, n.2, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-21002009000200003>.

NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de Bioética e Biodireito**. São Paulo: Atlas, 2009.

NUNES, Maria Inês; ANJOS, Márcio Fabri dos. Diretivas antecipadas de vontade: benefícios, obstáculos e limites. **Rev. bioét.** (Impr.). v. 22, n. 2, p. 241 – 251, 2014. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/html/3615/361533265006/>>.

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**, Teresina, ano 18, n. 3716, set. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25212/autonomia-da-vontade-e-a-doacao-de-orgaos>>.

PESSOA, João Luis Erbs; SCHIRMER, Janine; ROZA, Bartira de Aguiar. A. Avaliação das causas de recusa familiar a doação de órgãos e tecidos. **Acta Paulista de Enferm.** v. 26, n. 4, p. 323 - 330, 2013. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/html/3070/307028850005/>>.

PICCINI, Cleiton Francisco; STEFFANI, Jovani Antônio; BONAMIGO, Élcio Luiz; BORTOLUZZI, Marcelo Carlos; SCHLEMPER JR, Bruno Rodolfo. Testamento Vital na perspectiva de médicos, advogados e estudantes. **Revista BIOETHIKOS** - Centro Universitário São Camilo, v. 5, n. 4, p. 384 – 391, 2011. Disponível em: <<http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/89/A4.pdf>>.

REDOME – Registro Nacional de Doadores Voluntários de Medula Óssea – **Instituto Nacional de Câncer**. Disponível em: <<http://redome.inca.gov.br/>>.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual do Biodireito**. 2. ed. Editora Del Rey, 2011.

SENADO NOTÍCIAS. **Senado examina projeto que restabelece doação presumida de órgãos para transplantes**. Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/07/26/senado-examina-sugestao-de-retorno-da-doacao-presumida-de-orgaos-para-transplantes>>.

SENADO NOTÍCIAS. **Atividade Legislativa**. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/108638>>

SIGNORINI, Terezinha de Jesus de Souza. Transplantes de órgãos e tecidos e a funcionalização do corpo: uma análise à luz do direito Brasileiro. In: MEIRELES, Jussara Maria Leal de (Coord.). **Biodireito em Discussão**. Curitiba: Juruá p.145 - 171, 2008.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil - Direito Das Sucessões**. Vol. 6. 9. ed. Editora Saraiva, 2016.