



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

**RAFAELA MELO CAVALCANTE**

**A NECESSÁRIA GARANTIA DE CUMPRIMENTO DA VONTADE DO  
DOADOR DE ÓRGÃOS E TECIDOS *POST MORTEM* E A  
POSSIBILIDADE DE EFETIVAÇÃO POR DIRETIVAS ANTECIPADAS  
DE VONTADE**

Salvador  
2016

**RAFAELA MELO CAVALCANTE**

**A NECESSÁRIA GARANTIA DE CUMPRIMENTO DA VONTADE DO  
DOADOR DE ÓRGÃOS E TECIDOS *POST MORTEM* E A  
POSSIBILIDADE DE EFETIVAÇÃO POR DIRETIVAS ANTECIPADAS  
DE VONTADE**

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

Orientadora: Prof. Dra. Ana Thereza Meireles de Araújo

Salvador  
2016

**TERMO DE APROVAÇÃO**

**RAFAELA MELO CAVALCANTE**

**A NECESSÁRIA GARANTIA DE CUMPRIMENTO DA VONTADE DO  
DOADOR DE ÓRGÃOS E TECIDOS *POST MORTEM* E A  
POSSIBILIDADE DE EFETIVAÇÃO POR DIRETIVAS ANTECIPADAS  
DE VONTADE**

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

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

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

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

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

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

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/ 2016

## **AGRADECIMENTOS**

À Professora Ana Thereza Meireles Araújo, pelo brilhantismo na orientação, por manter-se sempre disponível e paciente diante de todas as minhas dúvidas e inseguranças.

Aos meus pais, Rita e Ernani Cavalcante, por serem meus alicerces e maiores motivos para seguir sempre em frente.

À Emanuela Cavalcante, pelo interesse que demonstrou durante toda construção deste trabalho, ao me ouvir atentamente e estar sempre pronta para acalmar meu coração.

À Amanda Fraga, pelo auxílio em cada questionamento e pelas risadas que aliviavam o desespero nesse momento único de nossas vidas.

Aos amigos, em especial Camila Moreira, Luana Almeida e Marília Rodrigues.

A Deus, meu amparo e refúgio.

## RESUMO

O presente trabalho monográfico procura analisar, à luz do Biodireito, enquanto ramo do Direito Civil, as questões relacionadas à manifestação da vontade de doação de órgãos e tecidos para transplantes, especificamente em sua modalidade *post mortem*. Atenta-se, ainda, para o fato de, embora a grande relevância do tema para a sociedade, ainda hoje pouco se sabe ou discute sobre a doação de órgãos e tecidos. O ordenamento jurídico brasileiro, desde o ano de 1963 traz legislação específica sobre o tema e, passando por questões como a doação presumida, hoje superada, tais normas sofreram uma série de mudanças ao longo do tempo e diante das mudanças e apelos sociais. A lei hoje vigente é a de nº 9.434 de 1997, alterada pela lei 10.211 de 2011 que, dentre outras mudanças, trouxe em seu artigo 4º a necessária anuência da família para a realização de doação de órgãos e tecidos do *de cuius*. Contudo, compreende-se que dar à família tal incumbência é o mesmo que transferir os direitos da personalidade do sujeito, retirando-lhe por completo sua autonomia. É importante ressaltar que mesmo após a morte, a pessoa continua a ser tutelada pelo direito, o que lhe garante, inclusive, o cumprimento de vontades manifestadas em vida para momento *post mortem*. É neste sentido que surge a possibilidade de utilização das diretivas antecipadas de vontade, instrumento inicialmente criados para que portadores de doenças graves ou doentes terminais pudessem deliberar questões relacionadas às terapias e medidas médicas a serem tomadas quando do fim de suas vidas, inseridas no ordenamento jurídico brasileiro através da Resolução nº 1.995 do CFM. Diante disso, vislumbra-se nas diretivas também um meio de garantir a efetivação da manifestação de vontade do sujeito em tornar-se doador de órgãos e tecidos, devendo o instrumento ser preferencialmente registrado em um banco público de informações de domínio do Estado.

**Palavras-chave:** Biodireito; Direito Civil; Doação de órgãos e tecidos para transplantes; Autonomia privada; Diretivas Antecipadas; Banco público de informações.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal da República
STN	Sistema Nacional de Transplantes
SUS	Sistema Único de Saúde
CNCDOs	Centrais de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos
PSDA	<i>Patient Self-Determination Act</i>
DAV	Diretivas Antecipadas de Vontade
CFM	Conselho Federal de Medicina

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	9
<b>2 A DOAÇÃO DE ÓRGÃOS E TECIDOS NO DIREITO BRASILEIRO</b>	11
2.1 CONCEITO DE DOAÇÃO DE ÓRGÃOS E TECIDOS	15
<b>2.1.1 A doação <i>intervivos</i></b>	19
<b>2.1.2 A doação <i>post mortem</i></b>	24
2.1.2.1 A determinação do momento da morte	27
2.1.2.2 Fim da personalidade jurídica	33
2.2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICO-LEGISLATIVA	35
<b>2.2.1 As controvérsias em torno da Lei nº 9.434 de 1997</b>	37
<b>2.2.2 Advento da Lei nº 10.211 de 2011</b>	41
2.3 O SISTEMA DE TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS	43
<b>3 DIREITOS DA PERSONALIDADE E MANIFESTAÇÃO DA VONTADE DO DOADOR</b>	48
3.1 ASPECTOS HISTÓRICOS PERTINENTES	50
3.2 NOÇÕES PRELIMINARES SOBRE DIREITOS DA PERSONALIDADE	53
<b>3.2.1. Direito à Integridade Intelectual</b>	56
<b>3.2.2 Direito à Integridade Moral</b>	59
<b>3.2.3 Direito à Integridade Física</b>	60
3.2.3.1 Direito ao corpo vivo	63
3.2.3.2 Direito ao corpo morto	66
3.3 A AUTONOMIA NO DIREITO BRASILEIRO	68
<b>3.3.1 Autonomia da vontade</b>	70
<b>3.3.2 Autonomia privada</b>	72
<b>3.3.3 Autonomia e dignidade</b>	75
<b>4 A EFETIVAÇÃO DA VONTADE MANIFESTADA: A BUSCA POR MECANISMOS PARA A GARANTIA DO CUMPRIMENTO</b>	80
4.1 A AUTONOMIA DA VONTADE E A DOAÇÃO DE ÓRGÃOS E TECIDOS	80
4.2 O NECESSÁRIO CUMPRIMENTO DA VONTADE DO DOADOR	85
4.3 AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NO DIREITO BRASILEIRO	87
<b>4.3.1. Experiências estrangeiras</b>	92

<b>4.3.2 A possibilidade de extensão do instituto para fins de cumprimento da vontade do doador</b>	<b>93</b>
<b>5 CONCLUSÃO</b>	<b>99</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	

## 1 INTRODUÇÃO

Ainda que a questão da doação de órgãos e tecidos já tenha sido bastante examinada e discutida, continua sendo um tema atual, especialmente por tangenciar valores morais, éticos e religiosos, o que naturalmente suscita profundas discussões no âmbito social.

O Direito, por sua vez, também buscou tutelar as questões relacionadas ao tema, principalmente em razão da intrínseca relação entre a doação de órgãos e os direitos da personalidade.

Hodiernamente, é a Lei nº 9.434/97 que regula a questão da doação de órgãos e tecidos humanos para fins de transplantes. Diante das alterações sofridas por esta lei, especialmente a substancial modificação do seu artigo 4º, ocasionada pela Lei nº 10.211/01, surgem novos debates a respeito do tema.

A atual legislação dispõe que, para as doações *post mortem*, é a família do sujeito quem tem a palavra final, no que diz respeito à decisão de consentir ou não com a remoção e consequente doação de órgãos e tecidos.

É evidente que o advento da Lei nº 10.211/01, que revogou a lei anterior, trouxe muito mais segurança para o ordenamento jurídico e as questões relacionadas à remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplantes e outros tratamentos. Todavia, necessário analisar a incoerência trazida especificamente pela alteração no art. 4º da Lei dos Transplantes de Órgãos, que acabou indo de encontro à própria natureza espontânea da doação e, mais do que isso, configura sério fator de limitação da autonomia privada dos sujeitos.

O que ocorre, muitas vezes, é que, ainda que o indivíduo manifeste a sua escolha em relação à doação, poderá a família, quando da sua morte, optar ou não por respeitar a sua vontade.

Nota-se que a problemática surge, quando, em vida, a pessoa manifesta a sua vontade em tornar-se doador de órgãos e tecidos, mas sua família opta por impedir a realização da mesma, ou o contrário. Ou seja, como garantir o cumprimento da vontade do doador de órgãos e tecidos *post mortem*?

Torna-se inequívoca a importância social do tema ora estudado, uma vez que o número de transplantes realizados no país não chega nem perto de ser suficiente para contemplar o grande número de pessoas na fila do Sistema Nacional de Transplante.

Isto pode ser entendido, dentre outras causas, como reflexo da recusa das famílias em realizar a retirada da doação de órgãos e tecidos *post mortem* para doação, que o fazem muitas vezes, por desconhecer a vontade do *de cuius* a respeito do assunto, ignorar as especificidades do procedimento ou, ainda, em razão do medo de que se agilize a morte do sujeito para que ele venha a se tornar doador de órgãos.

Importante que se verifique, portanto, a possibilidade de um registro da manifestação, quer seja através de um banco de informações ou o registro em escritura da vontade do sujeito, não de “não ser doador”, como outrora previa a legislação, mas, ao contrário, de “ser doador”, de maneira que tal vontade registrada torne-se elemento forçoso para a realização da doação de órgãos e tecidos para transplante. Cumpre salientar que tais situações já ocorrem em outros países.

Também diante disso, surge a possibilidade da utilização das chamadas Diretivas Antecipadas de Vontade como meio legal de garantir aos sujeitos que, em vida, manifestem sua vontade acerca de medidas terapêuticas a serem tomadas em um momento em que não possam mais fazê-lo.

No presente trabalho monográfico, se fará detidamente a análise de tais institutos e a viabilidade de sua utilização no ordenamento jurídico brasileiro, assim como das implicações legais disto e a possível necessidade de adequação da própria lei para que a autonomia do sujeito seja, enfim, respeitada, no que diz respeito à doação de órgãos.

## 2 A DOAÇÃO DE ÓRGÃOS E TECIDOS NO DIREITO BRASILEIRO

Entende-se por doação o negócio jurídico realizado entre sujeitos capazes, perfectibilizada pela cessão de propriedade de um bem ou vantagem a título gratuito.<sup>1</sup> Parte-se do pressuposto do direito civil de que ao proprietário é livre a disposição do bem ao qual recaia sua propriedade e, do mesmo modo, ele poderá usar, fruir e reivindicar o mesmo sempre que lhe convier.

Sabe-se que não é a doação em si que realiza a transferência de propriedade do bem doado, sendo ela tão somente uma modalidade de contrato em que uma das partes obriga-se a realizar a referida cessão formal.<sup>2</sup>

É, então, um ato de generosidade, mas que, praticado por alguém, gerará efeitos tão somente a partir da tradição ou do registro em cartório competente, a depender da natureza do bem doado.<sup>3</sup>

O direito preocupou-se em limitar tal liberdade de contratar, em favor da dignidade da pessoa humana, a exemplo da determinação de nulidade da doação feita sem reserva de parte, quando não é bastante à subsistência do doador<sup>4</sup> ou quando exceda a parcela testamentária disponível.<sup>5</sup>

Assim, restou ao direito das coisas estabelecer normas específicas a respeito da doação de bens, optando por restringir a autonomia privada dos sujeitos, ao mesmo tempo em que garante o respeito aos direitos fundamentais.

Cumprido salientar que a ausência de gratuidade desnatura a doação, de maneira que esta poderá ter como objeto bens considerados comerciáveis ou não. Trata-se, assim, de ato marcado por quatro traços indispensáveis, quais sejam: a natureza contratual da transação, o *animus donandi*, a efetiva transferência do bem do patrimônio de um sujeito para o outro, e o aceite do donatário. Por *animus donandi*

---

<sup>1</sup> Art. 538. Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra. (BRASIL. **Código Civil Brasileiro - Lei. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2016.)

<sup>2</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil - Teoria geral e contratos em espécie V. 4**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 695

<sup>3</sup> Art. 540. A doação far-se-á por escritura pública ou instrumento particular. (BRASIL, 2002, *op. cit.*).

<sup>4</sup> Art. 548. É nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador. (BRASIL, 2002, *op. cit.*).

<sup>5</sup> Art. 249. Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento. (BRASIL, 2002, *op. cit.*).

entende-se a vontade do doador de praticar a doação, por mera liberalidade, sem quaisquer vantagens econômicas principalmente.

Ultrapassando os limites da discussão acerca da disponibilidade da *res* que encontra-se *in commercium*, é necessário adentrar outro aspecto, qual seja aquele que diz respeito a um dos bens mais tutelados pelos ordenamentos jurídicos, mas que se encontra fora de comercialização, ao menos legalmente: o corpo humano.

Embora a doação seja, em regra, ato *intervivos*, a legislação prescreve a viabilidade da doação de órgãos e tecidos e tecidos humanos, sendo estes bens *extra commercium*, sempre para fins de transplantes, cujo objetivo é o de resguardar a vida, enquanto direito constitucionalmente tutelado.<sup>6</sup>

Assim, à primeira vista, tal doação aparenta ser uma afronta ao princípio da indisponibilidade que recai sobre o corpo humano. Por tratar-se de um direito da personalidade, faz também parte da essência do sujeito e abdicar do mesmo poderia ensejar uma espécie de desnaturação.<sup>7</sup>

Contudo, optou o legislador por autorizar a doação de órgãos e tecidos de origem humana, por ser ela instrumento capaz de trazer esperança a quem dela necessita para reestabelecer a sua saúde.

Maria Helena Diniz entende que:

Como as partes separadas acidental ou voluntariamente do corpo são consideradas coisas (*res*), passam para a propriedade do seu titular, ou seja, da pessoa da qual se destacaram, que delas poderá dispor, gratuitamente, desde que não afete sua vida, não cause dano irreparável ou permanente à sua integridade física, não acarrete perda de um sentido ou órgão, tornando-o inútil para a sua função natural, e tenha em vista um fim terapêutico ou humanitário (CC, arts. 13 e 14). O corpo é disponível dentro de certos limites e para salvaguardar interesses superiores, atendendo a um estado de necessidade.<sup>8</sup>

A Constituição, em seu artigo 199, §4º indica a necessidade de legislação específica que disponha sobre doação de órgãos e tecidos para fins de transplantes,

---

<sup>6</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 203.

<sup>7</sup> ANDRADE, Taciana Palmeira. **Doação de órgãos post mortem: a viabilidade de adoção pelo sistema brasileiro da escolha pelo doador do destinatário de seus órgãos**. 2009. Dissertação. (Pós-graduação em Direito – Mestrado em Direito Privado e Econômico) – Universidade Federal da Bahia – Faculdade de Direito, Salvador. Disponível em: <[www.repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/12492/1/TACIANA%20PALMEIRA%20ANDRADE.pdf](http://www.repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/12492/1/TACIANA%20PALMEIRA%20ANDRADE.pdf)>. Acesso em: 19 nov. 2015.

<sup>8</sup> DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 344 *et seq.*

determinando os requisitos para tanto e assentando o entendimento de que a comercialização destes é ilegal.<sup>9</sup>

Tal resolução parece ter sido acertada, especialmente em razão de que, em se tratando a vida de direito fundamental, é de utilidade não apenas do próprio sujeito, mas do Estado e da sociedade como um todo, que esta seja preservada. No entendimento de José Afonso da Silva, se não se pode alienar outros direitos, a exemplo da liberdade, também a vida deve ser bem fora de comércio.<sup>10</sup>

Ainda a respeito da necessária gratuidade na disposição do próprio corpo, insta salientar que nem mesmo órgãos e tecidos regeneráveis, a exemplo do sangue, sêmen ou medula podem ser comercializados.

Sabe-se que o crescente avanço das tecnologias, especificamente no âmbito da medicina, tem proporcionado à sociedade não somente benesses, mas também suscitado questões em que os direitos fundamentais acabam sendo postos em xeque. É necessário, portanto, ponderar.

A doação de órgãos e tecidos é, portanto, ato de solidariedade, com fito altruísta, o que justifica por completo esta escolha legal de relativização do princípio da indisponibilidade.

No ordenamento jurídico brasileiro, é permitida a referida doação em duas modalidades, tanto em vida quanto em momento após a morte, de forma que cada uma delas traz consigo a necessidade do preenchimento de requisitos específicos.<sup>11</sup>

Se o que aproxima as duas espécies é a necessidade de autorização para seu implemento, o que as afasta é justamente o modo com que isto se dá, uma vez que, enquanto para a doação em vida o doador deverá manifestar sua vontade, preferencialmente por ato solene, na doação que se der após a morte do doador, a sua autonomia é nitidamente subjugada, uma vez que a disposição deve passar necessariamente pela autorização da sua família, nos termos da legislação vigente.

A primeira lei a respeito da doação de órgãos e tecidos humanos no Brasil data de 1963, a Lei nº 4.280, embora o primeiro transplante tenha ocorrido em território

---

<sup>9</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 202.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 203.

brasileiro apenas um ano depois. Desde tal época, a matéria já vinha sendo tratada como política pública de grande importância.<sup>12</sup>

No âmbito constitucional, o tema é abordado na Sessão II do Capítulo II, que diz respeito à Ordem Social. O artigo 199, §4º, CF, é norma de eficácia limitada, e determina a necessidade de lei específica que disponha sobre a doação de órgãos, tecidos e substâncias humanas, para fins de transplantes, impedindo qualquer conexão com atos comerciais.<sup>13</sup>

O Código Civil Brasileiro de 2002, por sua vez, inseriu o direito de disposição ao próprio corpo no Capítulo II, relativo aos direitos da personalidade, prevendo também a existência de uma lei especial.<sup>14</sup>

A lei específica mencionada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002 é atualmente a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e outras partes do corpo humano com finalidade terapêutica (transplante e tratamento), vindo a ser posteriormente alterada pela Lei nº 10.211 de 2011, que lhe trouxe substanciais modificações.

A referida lei nº 9.434/97 é regulamentada pelo Decreto nº 2.268/97, por meio do qual restou normatizado o Sistema Nacional de Transplantes, que será posteriormente tratado de forma mais minuciosa no presente trabalho.

---

<sup>12</sup> STANCIOLI, Brunello. CARVALHO, Nara Pereira. RIBEIRO, Daniel Mendes. LARA, Marina Alves. **O sistema nacional de transplantes: saúde e autonomia em discussão**. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/13225/15040>>. Acesso em 21 nov. 2015, p. 7.

<sup>13</sup> Art. 199, §4º. A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização. (BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2015).

<sup>14</sup> Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial; Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte. Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo; (BRASIL, **Código Civil Brasileiro - Lei. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2016).

Além disto, o Enunciado nº 532 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, de 2013, ratificou a legalidade da disposição gratuita do corpo humano, desde que com escopo científico.<sup>15</sup>

A preocupação do legislador pátrio foi, especialmente, a de permitir o exercício da autonomia privada dos sujeitos que, querendo, poderão dispor de partes do seu próprio corpo dentro de determinados limites, a fim de afastar o abuso de terceiros e, ao mesmo tempo, resguardar a dignidade da pessoa humana.

Insta salientar, contudo, que as normas brasileiras traçaram uma diferenciação substancial entre a doação em vida e aquela realizada após a morte, especialmente no tocante ao direcionamento do órgão ou tecido doado.

Enquanto na doação *intervivos*, o doador poderá escolher o receptor da doação, para a doação *post mortem*, haverá intervenção estatal no procedimento, uma vez que serão órgãos específicos os responsáveis por indicar os receptores.<sup>16</sup>

Embora o Brasil seja hoje considerado referência internacional na doação de órgãos e tecidos, e possuir um dos maiores programas públicos de transplante no mundo, um dos os principais entraves continua sendo a escassez de doadores. Isto se deve, especialmente, a pouca conscientização da sociedade acerca do tema, que ainda hoje é rodeado de mitos.

## 2.1 CONCEITO DE DOAÇÃO DE ÓRGÃOS E TECIDOS

A própria redação do art. 1º da Lei nº 9.434 de 1997, posteriormente alterada pela Lei nº 10.211/01, traz o conceito de doação de órgãos e tecidos como sendo “a disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou *post mortem*, para fins de transplante e tratamento, é permitida na forma desta Lei”, sob a

---

<sup>15</sup> É permitida a disposição gratuita do próprio corpo com objetivos exclusivamente científicos, nos termos dos arts. 11 e 13 do Código Civil. (ENUNCIADO 532 da VI Jornada de Direito Civil. Disponível em: <[http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-vi-jornada/at\\_download/file](http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-vi-jornada/at_download/file)>. Acesso em: 11 abr. 2016).

<sup>16</sup> ANDRADE, Taciana Palmeira. **Doação de órgãos post mortem: a viabilidade de adoção pelo sistema brasileiro da escolha pelo doador do destinatário de seus órgãos**. 2009. Dissertação. (Pós-graduação em Direito – Mestrado em Direito Privado e Econômico) – Universidade Federal da Bahia – Faculdade de Direito, Salvador, p. 1. Disponível em: <[www.repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/12492/1/TACIANA%20PALMEIRA%20ANDRADE.pdf](http://www.repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/12492/1/TACIANA%20PALMEIRA%20ANDRADE.pdf)>. Acesso em: 19 nov. 2015.

égide do art. 13 do Código Civil de 2002.<sup>17</sup> De tal conceituação, é possível apreender e aprofundar uma série de outros aspectos relacionados ao tema.

Como dito, a doação de órgãos e tecidos consiste no ato de disposição e retirada destes com a finalidade de transplante ou realização de tratamento médico em pacientes que estejam na lista de espera, devolvendo-lhes a esperança de uma vida saudável.<sup>18</sup> Cumpre salientar que esta retirada estará necessária e intrinsecamente ligada à doação, mediante o cumprimento de uma série de requisitos que serão detalhadamente expostos adiante.

É inegável que, se hoje a doação de órgãos e tecidos é perfeitamente viável, isto se deve a inúmeras pesquisas e experimentos científicos ao longo de muitas décadas. Os avanços nas técnicas cirúrgicas e no estudo da área de imunologia também foram uns dos grandes responsáveis por dar ao corpo humano o *status* de “repositório de matéria-prima”.<sup>19</sup>

O transplante de órgãos e tecidos, por sua vez, é um procedimento médico realizado com o objetivo de alcançar melhoras substanciais na saúde do paciente transplantado, especialmente o prolongamento da sua vida. Consiste em repor o órgão ou tecido de um paciente doente por outro, procedente de um doador vivo ou morto. Para muitos receptores, o transplante de órgãos e tecidos é a única chance de sobreviver.<sup>20</sup> Com isso, pode-se dizer que também o transplante é direito fundamental, uma vez que é meio de manutenção da vida.

Embora tenha sido o primeiro transplante oficialmente realizado tão somente em 1954, nos Estados Unidos<sup>21</sup>, a própria medicina “relata que nos séculos XV e XVI

---

<sup>17</sup> BRASIL. **Lei 9.434**, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm)>. Acesso em: 17 nov. 2015.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2013, p. 332.

<sup>20</sup> ANDRADE, Taciana Palmeira. **Doação de órgãos post mortem: a viabilidade de adoção pelo sistema brasileiro da escolha pelo doador do destinatário de seus órgãos**. 2009. Dissertação. (Pós-graduação em Direito – Mestrado em Direito Privado e Econômico) – Universidade Federal da Bahia – Faculdade de Direito, Salvador, p. 6. Disponível em: <[www.repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/12492/1/TACIANA%20PALMEIRA%20ANDRADE.pdf](http://www.repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/12492/1/TACIANA%20PALMEIRA%20ANDRADE.pdf)>. Acesso em: 19 nov. 2015.

<sup>21</sup> DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 348.

ocorreram as primeiras tentativas de utilizar tecidos procedentes de pessoas e animais para serem aproveitados”, embora estas não tenham obtido sucesso.<sup>22</sup>

Com o passar do tempo, surgiu também para o direito o interesse neste crescente movimento da medicina, especificamente no que diz respeito ao transplante de órgãos e tecidos. Restava claro que se tratava de relação merecedora de tutela jurídica.<sup>23</sup>

Mesmo porque os direitos da personalidade que atravessam os mais diversos âmbitos sociais se fazem presentes também nos temas ligados à medicina e à biomedicina. É neste sentido que os transplantes, importantes inspiradores para as mais variadas especialidades médicas, também devem ser pelo ordenamento jurídico resguardados.<sup>24</sup>

O direito do homem de disposição do próprio corpo seja em vida, ou após a sua morte, intimamente ligado aos direitos da personalidade, especificamente à autonomia, tornou-se cada vez mais objeto de preocupação para o legislador. Neste sentido, se justifica que o ordenamento jurídico brasileiro vede a alienação de partes do corpo humano e permita, no entanto, a disposição gratuita das mesmas.<sup>25</sup>

Na doação *intervivos* haverá, necessariamente, algum grau de parentesco entre doador e receptor, guardadas as exceções que serão mencionadas posteriormente no presente trabalho.

Já na doação *post mortem*, o doador não poderá ter nenhum vínculo com os pacientes receptores, uma vez que estes devem se submeter à inscrição na lista de espera organizada pelo Sistema Nacional de Transplantes, vinculado ao Ministério da Saúde.

Em ambos os casos, todavia, a doação deve ser realizada mediante livre e espontânea vontade do doador, em ato altruísta e solidário.

Outro efeito do progresso das técnicas cirúrgicas e da própria medicina é a crescente lista de órgãos e tecidos ditos doáveis. Além disso, o maior investimento

---

<sup>22</sup>SÁ, Maria de Fátima Freire de. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 290.

<sup>23</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2013, p. 335

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 332.

<sup>25</sup> BRASIL. **Lei 9.434**, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm)>. Acesso em: 17 nov. 2015.

na captação destes, a criação de centros responsáveis pela identificação de potenciais doadores e por conduzir o procedimento de forma mais efetiva, têm, como consequência, o aumento da lista de possíveis receptores.<sup>26</sup>

Com isso, a possibilidade de efetuar transplantes tornou-se cada vez maior, especificamente relacionadas às técnicas cirúrgicas. Além disso, é indubitável o aumento de sucesso das cirurgias de transplante de órgãos, o que tem, por consequência, a maior qualidade de vida dos pacientes beneficiados.

Neste ínterim, o corpo humano passou a ser muito mais valorizado e os questionamentos acerca da relação entre a doação de órgãos e tecidos e o respeito à integridade físicas e demais direitos do doador tornaram-se latentes.<sup>27</sup> Na contramão deste ritmo, o número reduzido de doadores é ainda um obstáculo na realização dos transplantes no país.

A doação de órgãos e tecidos para transplantes em humanos objetiva, primordialmente, a preservação da dignidade da pessoa humana, que se dá através de um ato voluntário. Importante, no entanto, que não se fechem os olhos para as consequências da mesma.<sup>28</sup>

É imprescindível a tomada de determinadas medidas, a fim de conceder segurança ao doador e ao paciente, no que diz respeito à sua saúde, bem como ao próprio ordenamento jurídico e à sociedade. O direito e a medicina tornam-se aliados nesta defesa pelo cumprimento da autonomia da vontade,<sup>29</sup> que é direito fundamental e, em teoria, não pode ser modificado nem sofrer quaisquer supressões, mesmo que pela própria Constituição.

Muitas são as barreiras sociais e jurídicas impostas à realização da doação de órgãos e tecidos para transplante, especialmente em momento *post mortem*, o que, muitas vezes, acaba por ceifar a possibilidade de restauração da saúde de muitos pacientes.<sup>30</sup>

---

<sup>26</sup> DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 346.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2013, p. 341

<sup>29</sup> GOZZO, Débora. MOINHOS, Deyse dos Santos. **A disposição do corpo como direito fundamental e a preservação da autonomia da vontade**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=72fed322f249b958>>. Acesso em: 18 mar. 2016.

<sup>30</sup> DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, 2011, p. 348.

É fato que tal intervenção direta do Estado na autonomia dos sujeitos visa obstaculizar qualquer intenção, deles ou de terceiros, de burlar o instituto da doação, especialmente diante da urgente necessidade de tantas pessoas em receber órgãos e tecidos doados para fins de transplante.

Contudo, uma das restrições mais consideráveis diz respeito à questão da manifestação da vontade do sujeito sobre o próprio corpo e seus efeitos decorrentes, tendo em vista que a ordem jurídica atual acabou por fazer poucas concessões a este respeito, sempre como medida de precaução, para que possam usufruir do seu corpo sem que acabem por macular outros direitos da personalidade.<sup>31</sup>

De fato, nota-se uma ascensão cada vez maior do reconhecimento da autonomia privada, com a menor intervenção estatal. No entanto, no que diz respeito especificamente à vontade do doador de órgãos e tecidos para fins de transplante, não há como negar a violação da autonomia privada, objeto de análise no presente trabalho.

### 2.1.1 A doação *intervivos*

No que diz respeito à doação de órgãos e tecidos *intervivos*, o que se pode concluir da leitura da atual redação do art. 9º da Lei nº 9.434 de 1997 é que resta permitida a disposição, desde que gratuita, de tecidos, órgãos ou outras partes do corpo humano vivo, sempre com o objetivo de auxílio em tratamento médico ou na realização do próprio transplante.<sup>32</sup>

Ou seja, a retirada dos órgãos e/ou tecidos só se dará em razão da comprovada necessidade terapêutica do transplante, sendo esta “indispensável e inadiável” ao mais ágil reestabelecimento da saúde do receptor. A comprovação desta urgência

---

<sup>31</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2013, p. 335.

<sup>32</sup> BRASIL. **Lei 9.434**, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: < [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm)>. Acesso em: 17 nov. 2015.

deve se dar mediante a realização de detalhados exames tanto no doador quanto no receptor dos órgãos ou tecidos.<sup>33</sup>

Por tratar-se de uma doação, inevitavelmente deverá o doador manifestar a sua vontade de maneira expressa e diante de duas testemunhas, como requer o art. 15, §4º do Decreto nº 2.268/97<sup>34</sup>, sendo tal elemento indispensável à realização da cessão do tecido ou órgão do doador para o receptor, a fim de que se configure, efetivamente, o negócio jurídico.<sup>35</sup>

A doação deve se dar entre sujeitos necessariamente capazes e a referida documentação relacionada à mencionada avaliação médica será expedida em duas vias, para que uma delas seja encaminhada ao Ministério Público. Tal burocracia é dispensada nas hipóteses em que a doação é de medula óssea, como política de facilitação.<sup>36</sup>

Uma vez que as doações *intervivos* são permitidas apenas e tão somente entre um doador e um receptor que possuam alguma espécie de laço sanguíneo ou afetivo, em regra, as próprias partes é que se dirigem aos hospitais ou buscam auxílio médico para a realização do transplante.<sup>37</sup>

A lei específica traz esta limitação da realização do transplante *intervivos* apenas e tão somente entre cônjuges ou parentes consanguíneos até o quarto grau, a fim de evitar que se atribua caráter pecuniário ao ato<sup>38</sup>. Para a realização de doação à outra pessoa, se não as elencadas pela lei, é necessária a autorização judicial, excepcionando-se desta regra a doação de medula óssea, sangue e seus elementos figurados.<sup>39</sup>

Mesmo porque a doação é, e sempre será, uma decisão única e exclusiva do próprio doador, não sendo admitida qualquer intervenção de terceiros na tomada de tal

---

<sup>33</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 300.

<sup>34</sup> BRASIL. **Decreto nº 2.268**, de 30 de junho de 1997. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1997/d2268.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/d2268.htm)>. Acesso em: 22 nov. 2015.

<sup>35</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Op. cit.*, 2009, p. 304.

<sup>36</sup> DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 382.

<sup>37</sup> STANCIOLI, Brunello; CARVALHO, Nara Pereira; RIBEIRO, Daniel Mendes; LARA, Marina Alves. **O sistema nacional de transplantes: saúde e autonomia em discussão**. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/13225/15040>>. Acesso em: 21 nov. 2015.

<sup>38</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil Teoria Geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 185.

<sup>39</sup> BRASIL. **Lei 9.434**, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm)>. Acesso em: 17 nov. 2015.

deliberação.<sup>40</sup> Tal preceito é claramente visualizado na doação *intervivos* e, embora devesse, o mesmo não pode se dizer acerca da doação *post mortem*.

No que diz respeito à questão da gratuidade, é notória a preocupação do legislador em definir a obrigatoriedade deste parâmetro para a efetivação da doação. Isto porque, repita-se, a doação é um ato de solidariedade humana, e a disposição de órgãos *intervivos* onerosa equivaleria à “coisificação do ser humano”, o que macularia, por óbvio, a dignidade humana do indivíduo doador. Nesta senda, deverá a doação ser uma decisão tomada com liberdade, consciência, responsabilidade e gratuidade.<sup>41</sup>

Só poderão ser objeto desse gênero de doação os órgãos que sejam dúplices, a exemplo do rim, ou daqueles que possuem poder de regeneração, a exemplo do fígado e da medula óssea.<sup>42</sup>

Partindo do pressuposto de que é inerente à doação em vida o risco ao próprio doador, a referida Lei de Transplantes impossibilita a realização da doação quando se comprove que o doador encontra-se debilitado ou está com suas atividades comprometidas, em razão do respeito à sua saúde e integridade física.

Assim, impede-se “a mutilação ou o prejuízo grave à saúde, restringindo o campo em que a vontade do indivíduo se manifeste, tornando-se nula, se produzida *contra legem*, não podendo o médico cirurgião efetuar o transplante”.<sup>43</sup>

A legislação traz, ainda, hipóteses específicas, a exemplo da gestante e do menor, que só poderão ser doadores de tecido para transplante de medula óssea, desde que comprovada a ausência de risco para estes sujeitos, além do feto.<sup>44</sup>

Cabe à equipe médica responsável pelo transplante a avaliação histórica e clínica de doador e receptor dos órgãos e/ou tecidos, a fim de serem verificados dados como a

---

<sup>40</sup> DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 382.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 383.

<sup>42</sup> Art. 9º, § 3º: Só é permitida a doação referida neste artigo quando se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável, e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora. (BRASIL. **Lei 9.434**, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: < [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm)>. Acesso em: 17 nov. 2015.)

<sup>43</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 301.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 299.

compatibilidade sanguínea além da realização de exames específicos para averiguar as chances de êxito do procedimento.

Outro fator importante, requisito trazido pela lei, para a efetivação da doação em vida é a garantia de que o doador tome conhecimento dos mencionados riscos advindos do procedimento, devendo tais informações serem passadas por profissionais de saúde habilitados.<sup>45</sup> É o denominado consentimento livre e esclarecido.

Também o receptor deve estar ciente das consequências do procedimento, daí a importância dele ser dotado de capacidade jurídica. Isto, contudo, não obstaculiza o transplante para receptores incapazes, uma vez que o consentimento pode ser dado por um de seus pais ou o responsável legal. Na ausência destes, ainda, também os profissionais de saúde, especificamente os médicos assistentes, poderão realizar a tomada desta decisão, quando urgente e necessária.<sup>46</sup>

Há que se falar, ainda, da modalidade de transplante denominada de autotransplante, que consiste em retirada, em regra, de tecido do sujeito, para que este seja posteriormente recolocado em seu próprio corpo. Nestes casos, basta que o doador/receptor consinta, de modo registrado.<sup>47</sup>

Outros aspectos interessantes rondam a hipótese da doação *intervivos*, a exemplo da possibilidade de transplantes de tecidos embrionários ou fetais,<sup>48</sup> uma vez que, em razão do julgamento da ADI 3510 em face da Lei de Biossegurança, restou permitida no Brasil a realização de pesquisas científicas em embriões humanos.

Muito embora não caiba ao direito definir onde se dá o momento exato início da vida, é certo que foi preciso delimitar, ao menos no âmbito jurídico, um marco para que, a partir de então, recaia a proteção. Assim, o STF, no julgamento da supramencionada Ação Direta de Inconstitucionalidade, entendeu não ser o embrião um momento da vida humana anterior ao nascimento, devendo, contudo, “ser objeto de proteção pelo

---

<sup>45</sup> DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 385.

<sup>46</sup> Art. 10, §1º. Nos casos em que o receptor seja juridicamente incapaz ou cujas condições de saúde impeçam ou comprometam a manifestação válida da sua vontade, o consentimento de que trata este artigo será dado por um de seus pais ou responsáveis legais. BRASIL, **Lei 9.434**, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm)>. Acesso em: 17 nov. 2015.

<sup>47</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 301.

<sup>48</sup> DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, 2011. p. 386.

direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição”.<sup>49</sup>

Uma vez que as células tronco-embrionárias são capazes de se diferenciar em qualquer outro tecido, é inegável que não se pense na possibilidade de que órgãos e tecidos sejam confeccionados em laboratórios para fins de transplantes. Tal hipótese, sem dúvidas, supriria boa parte da necessidade atual.

Contudo, a referida Lei de Biossegurança, nº 11.105/05, restringe o uso das pesquisas com tais células, especificamente vetando a chamada engenharia genética, que consiste na alteração celular realizada em laboratório, e que, possivelmente, seria meio capaz de produzir órgãos e tecidos para fins de transplantes.<sup>50</sup> Do mesmo modo, resta proibida a clonagem, ainda que para fins terapêuticos.<sup>51</sup>

Para Maria Helena Diniz, no que diz respeito ao transplante direto dos tecidos embrionários, isto traria imensurável avanço e inúmeras vantagens terapêuticas, tendo em vista a fácil adaptação destes ao organismo dos sujeitos receptores, especialmente aqueles portadores de doenças como a leucemia.<sup>52</sup>

Por fim, ressalta que a decisão de dispor dos órgãos e/ou tecidos, que deve ser tomada única e exclusivamente pelo próprio sujeito, é também por ele “revogável a qualquer tempo, antes de sua concretização”,<sup>53</sup> como preceitua o art. 9º, §5º, da Lei 9.434/97.<sup>54</sup>

<sup>49</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510/DF**. Relator: BRITTO, Ayres. Publicado no DJe nº 96 de 28/05/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20%203510>>. Acesso em: 09 abr. 2016.

<sup>50</sup> Art. 6º. Fica proibido: (...) III – engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano. BRASIL, **Lei 11.105** de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm)>. Acesso em: 08 abr. 2016.

<sup>51</sup> Art. 6º. Fica proibido: (...) IV – clonagem humana. BRASIL, *Op. cit.*, 2005.

<sup>52</sup> DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 388.

<sup>53</sup> DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 386.

<sup>54</sup> Art. 9º §5º. A doação poderá ser revogada pelo doador ou pelos responsáveis legais a qualquer momento antes de sua concretização. BRASIL. **Lei 9.434**, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá

### 2.1.2 A doação *post mortem*

Entende-se por doação *post mortem*, aquela em que o doador é indivíduo cuja morte encefálica tenha sido devidamente constatada por profissionais competentes. Assim, coube ao Conselho Federal de Medicina estabelecer os critérios clínicos e técnicos para tanto.<sup>55</sup>

É também a Lei nº 9.434/1997, especificamente entre os artigos 3º e 8º, que dispõe sobre a doação de órgãos e tecidos de indivíduos logo após seu falecimento. Além da já mencionada necessidade de constatação da ausência de atividades cerebrais do pretense doador, esta deve ser, necessariamente, atestada por dois médicos que não sejam integrantes da equipe responsável pela remoção e transplante,<sup>56</sup> sendo admitida, ainda, a presença de um médico de confiança da família.<sup>57</sup>

O que se nota é a necessidade de realização de triagem minuciosa para o diagnóstico preciso da morte encefálica, bem como de eventuais infecções ou infestações no corpo do *de cuius*<sup>58</sup> que, porventura, possam ser transmitidas aos eventuais receptores.

Todos os laudos dos exames e demais documentos relacionados ao trâmite, além das informações pertinentes à saúde do doador e especificações acerca dos atos cirúrgicos, devem ser arquivados por um período mínimo de cinco anos, para que sejam revisitados numa eventual necessidade.<sup>59</sup>

---

outras providências. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm)>. Acesso em: 17 nov. 2015.

<sup>55</sup> DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 371.

<sup>56</sup> Art. 3º A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina. BRASIL, *Op.cit.*, 1997.

<sup>57</sup> Art. 3º, § 3º Será admitida a presença de médico de confiança da família do falecido no ato da comprovação e atestação da morte encefálica. BRASIL, *Op.cit.*, 1997.

<sup>58</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2013, p. 356.

<sup>59</sup> Art. 3º, §1º Os prontuários médicos, contendo os resultados ou os laudos dos exames referentes aos diagnósticos de morte encefálica e cópias dos documentos de que tratam os arts. 2º, parágrafo único; 4º e seus parágrafos; 5º; 7º; 9º, §§ 2º, 4º, 6º e 8º, e 10, quando couber, e detalhando os atos cirúrgicos relativos aos transplantes e enxertos, serão mantidos nos arquivos das instituições referidas no art. 2º por um período mínimo de cinco anos. **Lei 9.434**, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e

Trata-se de um procedimento extremamente burocrático, o que se justifica especialmente pelo receio que muitos ainda têm de que se abrevie a vida do paciente para que seja realizada a retirada de seus órgãos para transplantes, em razão da grande demanda.

Assim, nas hipóteses de doação de órgãos e tecidos para transplante realizado após a morte do doador, optou o legislador pela instalação de conjunto de normas específicas e eficazes em concreto. Desta maneira, todo e qualquer transplante realizado em solo brasileiro passará, necessariamente, pelo controle estatal.<sup>60</sup>

Destaca-se, por exemplo, a expressa vedação à remoção de órgãos e tecidos *post mortem* de corpo de pessoas não identificadas<sup>61</sup>, o que nitidamente reforça o cuidado com o caráter altruísta da doação e com a dignidade do corpo morto.<sup>62</sup> É possível, contudo, que este seja utilizado para fins de estudos científicos.<sup>63</sup>

Outro ponto específico da doação de órgãos e tecidos *post mortem* é que, após ter sido realizada a retirada, o cadáver deverá passar pelo procedimento de necropsia sendo, logo em seguida, devidamente recomposto e entregue aos familiares para que se iniciem os atos de sepultamento.<sup>64</sup>

Todas estas são medidas tomadas pelo legislador, a fim de garantir ao sujeito a preservação do direito ao seu corpo, agora morto. Intensifica-se a ideia de que ainda existe a titularidade sobre ele.

Para que seja realizada a remoção de órgãos e tecidos para a doação *post mortem*, faz-se necessário o cumprimento de uma série de condutas, para que se preserve a circulação sanguínea e consequente oxigenação do corpo<sup>65</sup>, restando mantidos os

---

tratamento e dá outras providências. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm)>. Acesso em: 17 nov. 2015.

<sup>60</sup> STANCIOLI, Brunello; CARVALHO, Nara Pereira; RIBEIRO, Daniel Mendes; LARA, Marina Alves. **O sistema nacional de transplantes: saúde e autonomia em discussão**. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/13225/15040>>. Acesso em: 21 nov. 2015.

<sup>61</sup> Art. 6º É vedada a remoção *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoas não identificadas. BRASIL, *Op.cit.*, 1997.

<sup>62</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 301.

<sup>63</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil Teoria Geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 182.

<sup>64</sup> Art. 8º Após a retirada de tecidos, órgãos e partes, o cadáver será imediatamente necropsiado, se verificada a hipótese do parágrafo único do art. 7º, e, em qualquer caso, condignamente recomposto para ser entregue, em seguida, aos parentes do morto ou seus responsáveis legais para sepultamento. BRASIL, *Op.cit.*, 1997.

<sup>65</sup> DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 372.

batimentos cardíacos e o pleno funcionamento dos pulmões enquanto não se realiza o procedimento de retirada para transplante.

Ou seja, haverá o emprego de recursos de terapia intensiva para que seja garantida a conservação e funcionamento dos demais órgãos e tecidos, pelo período necessário até a realização da remoção destes para transplante,<sup>66</sup> atentando-se ao fato de que o tempo de conservação varia conforme as especificidades de cada órgão.

Uma das maiores limitações trazidas pela Lei de Transplantes, contudo, é a de que é da família o poder de decidir, quando da morte do sujeito, se poderá ou não ser aproveitado algum de seus órgãos e/ou tecidos para a doação.<sup>67</sup>

Em interpretação ao artigo 4º da atual Lei de Transplantes, a referida autorização da família deve, necessariamente, ter como interlocutor o cônjuge ou outro parente, desde que maior de idade, obedecendo a linha sucessória até o segundo grau. Exige-se, ainda, a subscrição de duas testemunhas.<sup>68</sup>

Sabe-se, no entanto, que a concretização das doações e consequentes transplantes são obstaculizados justamente pela negativa das famílias em realizá-los. Não há como negar que o posicionamento da família é diretamente influenciado pela cultura, religião e até mesmo o ambiente social (meio em que vive).

Desnecessário dizer que a tomada desta decisão pela família em consentir é momento extremamente delicado, especialmente nos casos em que a morte é inesperada, e tal deliberação deve ser exercida de modo rápido, muitas vezes, a fim de preservar os órgãos e tecidos em bom estado para o transplante.

A quem jamais passou por situação semelhante, é inimaginável a dificuldade enfrentada na tentativa de conciliar a dor da perda com esta escolha tão importante, cujos reflexos são permanentes.

---

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 374.

<sup>67</sup> Art. 4º A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte. BRASIL. **Lei 9.434**, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: < [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm)>. Acesso em: 17 nov. 2015.

<sup>68</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2013, p. 344.

Neste instante, muitas são as dúvidas que atormentam os pensamentos dos familiares que, na grande maioria das vezes, querem preservar a memória e a integridade do seu ente, ao tempo em que se veem diante da real oportunidade de realizar um gesto de humanidade e amor ao próximo.

Mesmo diante destas dificuldades, o fato é que a faculdade da família em realizar a doação *post-mortem*, ou não, é condizente com os princípios do ordenamento jurídico brasileiro, bem como com a moral e os costumes sociais. Pode-se dizer, ainda, que se trata de mais um mecanismo de segurança contra a mercantilização da doação.

No entanto, a problemática parece surgir justamente quando o sujeito, em vida, manifesta sua vontade em tornar-se doador, mas, após sua morte, a família opta por não respeitar esta vontade.

O art. 4º da Lei 9.434, quando alterado pela Lei 10.211, teve seu parágrafo único vetado, o que resultou no fato de que, na prática, será necessário o consentimento da família do falecido para a retirada de órgãos e tecidos para doação, ainda que, em vida, ele já a tenha autorizado.<sup>69</sup>

#### 2.1.2.1 A determinação do momento da morte

A morte sempre despertou no homem curiosidade e interesse em buscar explicações a seu respeito. Assim, inúmeros são os questionamentos que rondaram, e ainda rondam a mente humana acerca do tema, especialmente em razão da sua natural conexão com as questões morais e religiosas da sociedade.

O fim da vida é visto de distintas maneiras, a depender do âmbito cultural no qual está inserida. Contudo, por ser ela inevitável, não há como negar a necessidade de análise de seus efeitos jurídicos.

---

<sup>69</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 47 *et seq.*

Isto porque, “não é a morte que nos incomoda, até porque ela - processo biológico que é – chegará, queiramos, ou não. É o conhecimento da morte que nos incomoda.”.<sup>70</sup>

O marco temporal do início da vida também é objeto de constante discussão, fazendo surgir inúmeras teorias, uma vez que nem a própria Constituição Federal ou a legislação infraconstitucional se posicionaram a respeito do tema, restando à jurisprudência manifestar-se, como já mencionado.

A respeito da morte, contudo, entende-se que esta é processo gradual,<sup>71</sup> mas também para ela é necessário buscar definir parâmetros mais concretos, que garantam um mínimo de segurança jurídica.

Para Maria Auxiliadora Minahim<sup>72</sup>:

Entre todos os interesses que afetam a espécie humana, talvez sejam os referentes à vida e à morte os que se revelam mais inquietantes. Sendo a única espécie que parece exercitar a auto-reflexão – pensar acerca dos seus próprios pensamentos – a espécie humana tem consciência da transitoriedade de cada um de seus indivíduos e preocupa-se com a possível transitoriedade dela própria como espécie. Talvez seja esta a razão que as questões da vida e da morte sejam as quais participam mais nitidamente da identidade humana como ser que conhece sua própria transitoriedade e, de certo modo, acalenta o ideal de superá-la.

Na mais singela conceituação, entende-se por morte a “ausência das funções vitais: cerebrais, cardíacas e de respiração”<sup>73</sup>. Não restam dúvidas, portanto, de que a morte é o ponto final do funcionamento biológico de um ser, e este se dá de modo irreversível.

Para Maria Helena Diniz, “a noção comum de morte tem sido a ocorrência de parada cardíaca prolongada e a ausência de respiração”.<sup>74</sup> Ocorre, todavia, que o exato instante em que isto se dá é, ainda, um ponto contestável e alvo de debates<sup>75</sup>, e há

<sup>70</sup> PONA, Everton Willian. **Testamento Vital e Autonomia Privada: fundamentos das diretivas antecipadas de vontade**. Curitiba: Juruá, 2015. Disponível em: <[https://www.academia.edu/20858030/Testamento\\_Vital\\_e\\_Autonomia\\_Privada\\_Fundamentos\\_das\\_Diretivas\\_Antecipadas\\_de\\_Vontade](https://www.academia.edu/20858030/Testamento_Vital_e_Autonomia_Privada_Fundamentos_das_Diretivas_Antecipadas_de_Vontade)>. Acesso em: 20 mar. 2016, p. 15.

<sup>71</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2013, p. 356.

<sup>72</sup> MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal e Biotecnologia**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp009064.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2016.

<sup>73</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Op. cit.*, 2013, p. 356.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 373.

<sup>75</sup> ANDRADE, Taciana Palmeira. **Doação de órgãos post mortem: a viabilidade de adoção pelo sistema brasileiro da escolha pelo doador do destinatário de seus órgãos**. 2009. Monografia. (Pós-graduação em Direito – Mestrado em Direito Privado e Econômico) – Universidade Federal da Bahia – Faculdade de Direito, Salvador. Disponível em:

para o direito necessidade de estabelecer precisamente o momento da morte, em razão de todos os efeitos dela decorrentes.

Adriana Maluf aponta para um “grande conflito que se apresenta em matéria de bioética, que vem a ser regulado pelo direito e acatado pela biotecnologia”,<sup>76</sup> qual seja a necessária determinação de um marco regulatório para a confirmação da morte. No que diz respeito ao âmbito legal, elegeram-se a morte encefálica.<sup>77</sup>

Historicamente, a definição do momento da morte concentrava-se no quadro constituído por parada respiratória, hipotermia e rigidez cadavérica. Os constantes avanços da medicina em face à reanimação cardíaca e à manutenção artificial da vida, entretanto, fizeram com que se reexaminassem tais critérios até então adotados.<sup>78</sup>

A primeira legislação brasileira a utilizar-se do critério da morte encefálica não foi a que atualmente vigora, mas sim a Lei 8.489 de 1992, regulada pelo Decreto 879 de 1993.<sup>79</sup>

Desde as primeiras normas a respeito dos transplantes de órgãos no Brasil, restou determinado que está a cargo da medicina a incumbência de fixar os elementos caracterizadores da morte, ainda que para fins legais.<sup>80</sup>

Neste sentido é que a atual Lei de Transplantes define a cessação das atividades encefálicas como o momento da morte, também denominado de morte encefálica, muito embora a definição desta também não esteja a salvo de possíveis debates.<sup>81</sup>

---

<[www.repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/12492/1/TACIANA%20PALMEIRA%20ANDRADE.pdf](http://www.repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/12492/1/TACIANA%20PALMEIRA%20ANDRADE.pdf)>.

Acesso em: 19 nov. 2015.

<sup>76</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2013., p. 353.

<sup>77</sup> BRASIL. **Lei 9.434**, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm)>. Acesso em: 17 nov. 2015.

<sup>78</sup> STANCIOLI, Brunello. CARVALHO, Nara Pereira. RIBEIRO, Daniel Mendes. LARA, Marina Alves. **O sistema nacional de transplantes: saúde e autonomia em discussão**. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/13225/15040>>. Acesso em: 21 nov. 2015.

<sup>79</sup> BRASIL. **Lei 8.489**, de 18 de novembro de 1992. Dispõe sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, com fins terapêuticos e científicos e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1989\\_1994/L8489.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1989_1994/L8489.htm)> Acesso em: 15 mar. 2016.

<sup>80</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 291.

<sup>81</sup> STANCIOLI, Brunello. CARVALHO, Nara Pereira. RIBEIRO, Daniel Mendes. LARA, Marina Alves. **O sistema nacional de transplantes: saúde e autonomia em discussão**. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/13225/15040>>. Acesso em: 21 nov. 2015.

A utilização deste marco é meio para que se evite, de todas as formas, a mistanásia, que se caracteriza pela “morte fora de hora, retirando-se um órgão vital antes que o paciente tenha morrido.”<sup>82</sup>

Este é, sem dúvidas, um dos maiores receios sociais no que diz respeito à doação de órgãos *post mortem*, e também um dos motivos para que tenha sido abolida a chamada doação presumida.

Foi por meio da Resolução 1.480/97 que o Conselho Federal de Medicina manifestou-se acerca dos parâmetros clínicos que devem ser contemplados quando da apuração e confirmação da morte encefálica.

Este momento é entendido como a parada definitiva e irreversível do funcionamento do cérebro e do tronco cerebral (encéfalo), o que leva à falência de todo o restante do organismo e a consequente parada das funções vitais.<sup>83</sup> Tal quadro é identificado através de anamnese, além de exames físicos e laboratoriais.<sup>84</sup>

Ademais, a referida Resolução estabelece os dados clínicos para a determinação da morte encefálica, sendo esta a causa do coma do paciente. Assim, são basicamente três os critérios para o diagnóstico: a história de doença catastrófica, período equivalente a seis horas de observação em que se constate a ausência de função cerebral (desde que nenhuma droga ou álcool estejam envolvidos no tratamento, hipóteses em que este período é dobrado), positividade no teste de apneia e a ausência de função do tronco encefálico.<sup>85</sup>

Este último ponto diz respeito à ausência de resposta comportamental ou mesmo reflexiva de estímulos em locais específicos do corpo do paciente, pupilas fixas, ausência de resposta ao teste térmico com água gelada, além de apneia. Ressalta-

---

<sup>82</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2013, p. 354.

<sup>83</sup> BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 1.480**, de 21 de agosto de 1997. Disponível em: <[www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480\\_1997.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480_1997.htm)>. Acesso em: 18 nov. 2015.

<sup>84</sup> SILVEIRA, Paulo Vítor Portella. SILVA, Amanda Ambrósio da. OLIVEIRA, Ana Carolina Souza. ALVES, Anderson José. QUARESEMIN, Camila Renault. MORAES, Cristiane de. OLIVEIRA, Flávia Santos de. MAGALHÃES, Michelle Juliana. ALVES, Rodrigo Martins. **Aspectos éticos da legislação de transplante e doações de órgãos no Brasil**. Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/indez.php/revista\\_bioetica/article/download/80/84](http://revistabioetica.cfm.org.br/indez.php/revista_bioetica/article/download/80/84)>. Acesso em: 19 mar. 2016

<sup>85</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 295.

se que outros critérios podem ser utilizados, a fim de complementar e tornar mais seguro o diagnóstico.<sup>86</sup>

Contudo, o preenchimento de todos estes requisitos passa a ser tão somente uma recomendação, de maneira que a grande maioria dos hospitais possui seu protocolo específico.<sup>87</sup>

Determinada e atestada a morte encefálica do paciente, e caso ele seja doador, a equipe médica deverá, necessariamente, entrar em contato com a Central de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos do respectivo estado, como prevê a legislação.<sup>88</sup>

Se antes, na vigência da antiga legislação pertinente ao transplante, o grande temor dos parentes dos *de cuius* era o de que, na “possibilidade de, na ânsia de se obterem órgãos e tecidos para fins de transplante, propiciar-se a eutanásia em pacientes terminais”<sup>89</sup>, o desconhecimento geral da sociedade acerca do assunto ainda gera para a família a dúvida acerca da efetiva morte do indivíduo.

A ignorância da maioria da população reside justamente na questão da morte encefálica, hipótese em que cessam as atividades cerebrais, mas podem persistir os batimentos cardíacos e movimentos respiratórios.

Assim como já mencionado, é possível que o sujeito tenha tido sua morte encefálica constatada, contudo, suas atividades respiratórias sejam mantidas por auxílio de máquinas. Desta forma, sua temperatura corporal permanece estável, sua região torácica continua em movimento harmônico, e isso, indubitavelmente, faz com que seus familiares tenham muito mais dificuldade em entender e aceitar que seu ente veio a óbito.

---

<sup>86</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**, Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 295.

<sup>87</sup> SILVEIRA, Paulo Vítor Portella; SILVA, Amanda Ambrósio da; OLIVEIRA, Ana Carolina Souza; ALVES, Anderson José; QUARESEMIN, Camila Renault; MORAES, Cristiane de; OLIVEIRA, Flávia Santos de; MAGALHÃES, Michelle Juliana; ALVES, Rodrigo Martins. **Aspectos éticos da legislação de transplante e doações de órgãos no Brasil**. Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/indez.php/revista\\_bioetica/article/download/80/84](http://revistabioetica.cfm.org.br/indez.php/revista_bioetica/article/download/80/84)>. Acesso em: 19 mar. 2016

<sup>88</sup> Art. 13. É obrigatório, para todos os estabelecimentos de saúde notificar, às centrais de notificação, captação e distribuição de órgãos da unidade federada onde ocorrer, o diagnóstico de morte encefálica feito em pacientes por eles atendidos. BRASIL, **Lei 9.434**, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm)>. Acesso em: 17 nov. 2015.

<sup>89</sup> DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 398.

Pior ainda quando se trata de uma morte inesperada, em que à família do *de cuius* não é dado tempo hábil de racionalizar a questão, e, em face disso, ainda ter que deliberar sobre as questões relacionadas à doação de órgãos.

Sabe-se que, na medida em que os familiares têm maior conhecimento acerca do tema, maior é a sua facilidade em aceitar a ideia da doação. Como aduzem Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves: “sabe-se, não é por já não terem vida, nem porque não mais se prestam a ela, que os mortos deixam de ser importantes para a suas famílias. Ao contrário. Talvez fiquem muito mais apegadas, naquele momento de dor.”<sup>90</sup>

Talvez o legislador tenha tido essa percepção, e optou por adicionar ao texto da atual norma a permissão de comparecimento do médico da família do falecido, ainda que tal prática venha sendo abandonada, para que seja dada à ela maior segurança quanto à constatação da morte.<sup>91</sup>

Além disso, cuidou a lei de assegurar que todo o processo que desemboque no diagnóstico da morte encefálica passe pelas mãos de profissionais da medicina, que deverão preencher prontuários, realizar uma série exames, emitir laudos, e toda esta documentação restará arquivada nas instituições credenciadas pelo período de, pelo menos, cinco anos.<sup>92</sup>

Mesmo que, para o Código Civil Brasileiro, com a morte termine também a pessoa natural,<sup>93</sup> toda a preocupação em determinar precisamente o momento de sua ocorrência ainda gira em torno das questões relacionadas à dignidade da pessoa humana, que requer um cuidado na sua manutenção não só até os últimos minutos de vida do sujeito, mas também para além disso.<sup>94</sup>

---

<sup>90</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 297.

<sup>91</sup> ANDRADE, Taciaa Palmeira. **Doação de órgãos post mortem: a viabilidade de adoção pelo sistema brasileiro da escolha pelo doador do destinatário de seus órgãos**. 2009. Dissertação. (Pós-graduação em Direito – Mestrado em Direito Privado e Econômico) – Universidade Federal da Bahia – Faculdade de Direito, Salvador. Disponível em: <[www.repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/12492/1/TACIANA%20PALMEIRA%20ANDRADE.pdf](http://www.repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/12492/1/TACIANA%20PALMEIRA%20ANDRADE.pdf)>. Acesso em 19 nov. 2015.

<sup>92</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Op. cit.*, 2009, p. 296.

<sup>93</sup> Art. 6º A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva. BRASIL. **Código Civil Brasileiro - Lei. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2016.

<sup>94</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2013, p. 353

### 2.1.2.2 Fim da personalidade jurídica

Consoante doutrina de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, entende-se por personalidade jurídica “o ente que passa a atuar, na qualidade de sujeito de direito (pessoa natural ou jurídica), praticando atos e negócios jurídicos dos mais diferentes matizes”, de modo que permite, a norma civil, uma interpretação extensiva, no sentido de que adquire personalidade toda e qualquer pessoa.<sup>95</sup>

Já para Carlos Roberto Gonçalves, a personalidade jurídica é uma condição humana que pode ser, também, entendida como uma vocação para possuir direitos e deveres civis, o que, por sua vez, é o que possibilita ao sujeito enquadrar-se socialmente. Mais do que isso, a personalidade jurídica habilita o ser humano à prática dos atos da vida civil, dentro do ordenamento jurídico vigente.<sup>96</sup>

O presente trabalho monográfico se atém às questões relacionadas à pessoa natural, caracterizada pela inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade, em especial no que diz respeito ao estado individual desta.<sup>97</sup> O próprio Código Civil de 2002, em seu Título I do Livro I, dispõe sobre tais pessoas naturais, referindo-se aos sujeitos ativo e passivo das relações jurídicas.<sup>98</sup>

Entende-se por estado individual as circunstâncias relacionadas ao poder de agir do sujeito, considerando seus atributos específicos.<sup>99</sup> Contudo, a denominação mais adequada parece ser mesmo a de pessoa natural, “por designar o ser humano tal como ele é, com todos os predicados que integram a sua individualidade” e, para ser assim considerada, é necessário apenas que nasça com vida.<sup>100</sup>

Para Maria Garcia, ser pessoa implica em “um sentimento de identidade; a capacidade para atuar autônoma ou independentemente; o contato com a

---

<sup>95</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil v. I Parte Geral**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 134.

<sup>96</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Parte Geral**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 92.

<sup>97</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, 2016, p. 179.

<sup>98</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, 2012, p. 95.

<sup>99</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, 2016, p. 179.

<sup>100</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Parte Geral**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 96.

realidade”. Assim, questiona-se se, na ausência destes elementos, a personalidade poderia ser destruída.<sup>101</sup>

Como supramencionado, a morte marca o fim da pessoa natural, e é justamente o que se infere da interpretação do art. 6º do Código Civil Brasileiro de 2002.<sup>102</sup> A lei determina, ainda, que a morte deve ser devidamente atestada por profissionais da medicina, em regra,<sup>103</sup> sendo esta a chamada morte real.

Por morte real entende-se a que é declarada após o diagnóstico de morte encefálica, sendo responsável por extinguir a capacidade do sujeito, bem como dissolver todos os seus direitos e deveres adquiridos em vida. Tal efeito é o que a doutrina denomina de *mors omnia solvit*.<sup>104</sup>

O fim da vida traz consigo uma gama de consequências, uma vez que se extinguem o poder familiar e o vínculo conjugal e, de modo simultâneo se dá início aos procedimentos diretamente relacionados, como a abertura da sucessão.<sup>105</sup> Tais efeitos dizem respeito aos reflexos sociais da morte. Há que se analisar, contudo, quais as implicações relacionadas aos direitos individuais do *de cuius*.

Com efeito, ao falecido não se atribui personalidade jurídica, nada obstante, a ele também devem ser assegurados direitos próprios, inerentes às suas especificidades.<sup>106</sup>

Muito embora seja a morte o marco temporal eleito para o fim da personalidade jurídica, esta não parece significar, no entanto, o total desaparecimento do sujeito no âmbito jurídico.<sup>107</sup> É o que entende também Washington de Barros Monteiro ao

---

<sup>101</sup> GARCIA, Maria. **Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 189.

<sup>102</sup> Art. 6º. A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva. BRASIL. **Código Civil Brasileiro - Lei. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2016.

<sup>103</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Vol. I - Parte Geral**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 183.

<sup>104</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, 2012, p. 130.

<sup>105</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, 2016, p. 184.

<sup>106</sup> LOUREIRO, Zuleica Regina de Araújo. **Doador de órgãos post mortem: uma vontade sobrestada pelo art. 4º da Lei 9.434/97**, p. 50. 2009. Monografia. (Pós-graduação em Ordem Jurídica e Ministério Público) - Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília. Disponível em: <[www.fesmpdf.org.br/arquivos/mono\\_zuleica.pdf](http://www.fesmpdf.org.br/arquivos/mono_zuleica.pdf)>. Acesso em: 21 set. 2015.

<sup>107</sup> ALEXANDRE, Alessandro Rafael Bertollo de. **O início e o fim da personalidade jurídica**. Disponível em: <[www.jus.com.br/artigos/3898/o-inicio-e-o-fim-da-personalidade-juridica](http://www.jus.com.br/artigos/3898/o-inicio-e-o-fim-da-personalidade-juridica)>. Acesso em 19 set. 2015.

aduzir que “não é completo o aniquilamento do de cujus pela morte”<sup>108</sup>, pois sua vontade pode perdurar para além da morte.

Tal fato é comprovado pela existência de dispositivos no âmbito do direito penal que trazem a previsão de penalidade a determinados atos realizados contra o cadáver, por exemplo, dispostos nos artigos 209 a 212 do Código Penal.<sup>109</sup>

Percebe-se com isso que há sim direitos associados à figura do *de cujus*, quer sejam aqueles inerentes à sua condição de falecido, quer sejam os direitos que possuíam em vida e que possuem um caráter de extensão temporal para além da vida.<sup>110</sup>

Para além de toda a questão jurídica a respeito do tema, cumpre salientar a importância do respeito à memória dos mortos e aos sentimentos da sua família, que possui legitimidade processual para litigar em defesa dos seus entes falecidos.<sup>111</sup>

## 2.2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICO-LEGISLATIVA

Os primeiros transplantes foram realizados em território brasileiro ainda na década de 1960, de modo que até a edição da legislação vigente, havia que se falar apenas em regulamentações regionais, extremamente frágeis.<sup>112</sup>

Em 1963, ocorreu a primeira manifestação legislativa no que se refere à disposição de partes do corpo humano após a morte.<sup>113</sup> A Lei nº 4.280 de 6 de novembro de 1963 respaldava a realização de doação de órgãos para transplantes na prévia autorização do doador ou na hipótese em que seu cônjuge não se manifestasse em

<sup>108</sup> MONTEIRO, Washington de Barros *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Parte Geral**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 130.

<sup>109</sup> BRASIL. **Código Penal Brasileiro - Decreto Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2015.

<sup>110</sup> SENGIK, Kenza Borges. RODRIGUES, Okçana Yuri Bueno. **Os direitos da personalidade e a sua tutela positiva: uma visão da proteção da autonomia privada no direito brasileiro**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=228b25587479f2fc>>. Acesso em 19 mar. 2016.

<sup>111</sup> OLIVEIRA, Natally dos Santos. **Morte da Pessoa Natural e suas implicações jurídicas**. Disponível em: <[www.direitopositivo.com.br/modules.php?name=Juridico&file=display&jid=378](http://www.direitopositivo.com.br/modules.php?name=Juridico&file=display&jid=378)>. Acesso em: 21 set. 2015.

<sup>112</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2013, p. 339

<sup>113</sup> BRASIL. **Lei 4.280**, de 6 de novembro de 1963. Dispõe sobre a extirpação de órgão ou tecido de pessoa falecida. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4280.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4280.htm)>. Acesso em: 19 nov. 2015.

contrário à realização da doação. Ressalta-se que, na ausência deste, também parentes de segundo grau ou mesmo corporações civis ou religiosas poderiam manifestar-se acerca da doação.<sup>114</sup>

A supramencionada lei foi revogada em 10 de agosto de 1968 pela Lei nº 5.470 que trouxe a permissão para que o sujeito absolutamente capaz pudesse dispor licitamente dos seus tecidos e órgãos, mesmo que ainda em vida.<sup>115</sup> Esta norma, porém, careceu de regulamentação e teve sua aplicação obstaculizada.<sup>116</sup>

A Constituição Federal de 1988 inovou ao trazer, em seu artigo 199, §4º, especificidades acerca do tema:

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.<sup>117</sup>

Apenas no ano de 1992, restou aprovada a Lei nº 8.489, que também dispunha sobre a retirada de órgãos e tecidos para conseqüente transplante, junto ao Decreto nº 879/93, posteriormente sancionado.<sup>118</sup>

Entretanto, em 1997 foram editados a Lei 9.343/97 e o Decreto nº 2.268/97, que, em conjunto, passaram a regulamentar as doações de órgãos e tecidos, bem como o Sistema Nacional de Transplantes, revogando a legislação antecedente. Estes trouxeram consigo uma série de modificações, muitas delas polêmicas, como a chamada doação presumida.<sup>119</sup>

Diante da clara insatisfação social ocasionada pela nova lei, esta sujeitou-se a mais alterações, desta vez pela Medida Provisória 1.959-27 e, em seguida, pela Lei 10.211 de 23 de março de 2011.

O fato é que todas as alterações na legislação relacionada à doação de órgãos e tecidos humanos para transplantes visaram maior segurança jurídica ao

---

<sup>114</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**, 2 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2013, p. 342.

<sup>115</sup> BRASIL. **Lei 5.479**, de 10 de agosto de 1968. Dispõe sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes de cadáver para finalidade terapêutica e científica, e dá outras providências. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L5479.htm#art16](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5479.htm#art16)>. Acesso em: 20 nov. 2015.

<sup>116</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Op. cit*, 2013, *loc. cit*.

<sup>117</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2015.

<sup>118</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Op. cit*, 2013, *loc. cit*.

<sup>119</sup> DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 351.

procedimento. Contudo, ainda hoje restam mitigados direitos constitucionalmente tutelados ao indivíduo, especificamente a respeito da autonomia da vontade.<sup>120</sup>

### 2.2.1 As controvérsias em torno da Lei nº 9.434/97

A redação da Lei nº 9.434/97, ao que parece, buscou trazer elementos capazes de aumentar o número de doadores de órgãos e tecidos no país, em face da grande fila de pacientes na espera por transplantes, o que, por consequência, supriria esta que é uma das grandes deficiências no Sistema Único de Saúde.<sup>121</sup>

Todavia, em seu artigo 4º, a referida lei trazia a seguinte redação: “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*”.<sup>122</sup>

Ora, o grande objetivo era o de minimizar a burocracia que envolvia o processo de captação de órgãos e tecidos doáveis para transplantes. Em verdade, contudo, a norma instituíra que todas as pessoas seriam doadoras em potencial, exceto quando exprimissem vontade contrária.<sup>123</sup>

Claro era o objetivo da referida lei de fazer crescer os índices de transplantes de órgãos e tecidos no país. Para tanto, a doação presumida foi aplicada, mas, frise-se, a carência que deveria ser aplacada ainda hoje é um problema.<sup>124</sup>

Assim, consagrava-se o chamado consentimento presumido, destacando-se o fato de que, em seu nascedouro, a referida Lei 9.434/97 foi intitulada “Lei de Doação

---

<sup>120</sup> SILVEIRA, Paulo Vítor Portella; SILVA, Amanda Ambrósio da; OLIVEIRA, Ana Carolina Souza. ALVES, Anderson José; QUARESEMIN, Camila Renault; MORAES, Cristiane de; OLIVEIRA, Flávia Santos de; MAGALHÃES, Michelle Juliana; ALVES, Rodrigo Martins. **Aspectos éticos da legislação de transplante e doações de órgãos no Brasil**. Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/indez.php/revista\\_bioetica/article/download/80/84](http://revistabioetica.cfm.org.br/indez.php/revista_bioetica/article/download/80/84)>. Acesso em: 19 mar. 2016

<sup>121</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**, 2 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2013, p. 354.

<sup>122</sup> BRASIL. **Lei 9.434**, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm)>. Acesso em: 17 nov. 2015.

<sup>123</sup> STANCIOLI, Brunello; CARVALHO, Nara Pereira; RIBEIRO, Daniel Mendes; LARA, Marina Alves; **O sistema nacional de transplantes: saúde e autonomia em discussão**. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/13225/15040>>. Acesso em: 21 nov. 2015.

<sup>124</sup> *Ibidem*.

Presumida de Órgãos”<sup>125</sup>. Para muitos, tratou-se de um ato de estatização do corpo humano, mas, para outros tantos, a legislação não apresentava nenhuma afronta aos direitos de autodeterminação, privacidade e dignidade da pessoa humana.<sup>126</sup>

Para os defensores desta segunda linha de pensamento, não havia qualquer inconstitucionalidade na redação da Lei de Transplantes, mesmo em seu art. 4º, que instituiu um modelo de doação com base na possibilidade de retirada dos órgãos para doação *post mortem* e consequente transplante, em todos aqueles que não se manifestassem contrariamente à ela, de modo expresse ainda em vida.<sup>127</sup>

Isto porque a legislação, em seu art. 4º, §§ 1º a 3º, trazia a prerrogativa de que o sujeito comparecesse em uma repartição competente a fim de que manifestasse, de modo expresse, a sua vontade de ser ou não um doador de órgãos e tecidos, sendo esta registrada na Carteira de Identidade ou na Carteira Nacional de Habilitação.

Tal manifestação volitiva poderia ser alterada a qualquer tempo.<sup>128</sup>

Entendiam, portanto, que se tratava de mera presunção do Estado, que não feria de qualquer modo o direito de escolha do cidadão em tornar-se doador após a morte, diante do fato de que era oferecida a ele esta possibilidade de registro nos documentos de identificação pessoal.<sup>129</sup>

Não há como negar, contudo, a inconstitucionalidade de tal norma, em face do art. 5º da Constituição Federal<sup>130</sup>, uma vez que o Estado presumia o aceite do sujeito em tornar-se doador, quando não fosse demonstrada categoricamente a vontade. Mais do que isso, acabava por dispor do “cadáver como se fosse coisa de ninguém”.<sup>131</sup>

<sup>125</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 291.

<sup>126</sup> DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 379.

<sup>127</sup> GOLDIM, José Roberto. **Consentimento presumido para doações de órgãos – A situação brasileira**. 2001. Disponível em: <[www.ufrgs.br/bioetica/trancpbr.htm](http://www.ufrgs.br/bioetica/trancpbr.htm)>. Acesso em: 21 nov. 2015.

<sup>128</sup> BRASIL. **Lei 9.434**, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm)>. Acesso em: 17 nov. 2015.

<sup>129</sup> DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 396

<sup>130</sup> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2015.

<sup>131</sup> DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 396.

E esta parecia ser também a visão da grande maioria da sociedade brasileira, pois era flagrante a mácula aos direitos individuais dos cidadãos, especialmente no que diz respeito à integridade física.

O enunciado original do artigo 4º da Lei 9.434/97 desacatava abertamente o princípio da dignidade da pessoa humana, amparado constitucionalmente<sup>132</sup>, possibilitando a doação de órgãos e tecidos sem a devida anuência do próprio doador.

A redação do artigo 4º da Lei de Transplantes, à época, gerou forte sentimento de apreensão na população, que temia a retirada de órgãos dos pacientes ainda vivos, diante do consentimento presumido, o que aumentou a procura pela emissão de documentos em que constasse a frase “não-doador”. Ressalta-se que, aqueles que não o possuíssem tinham, para o Estado, *animus donandi*.<sup>133</sup>

A doação presumida *post mortem*, de modo cristalino, desnaturava por completo a conceituação básica do ato de doar, por permitir que a mesma se desse compulsoriamente, com a permissão da lei específica.<sup>134</sup>

Maria Helena Diniz aponta, ainda, outros problemas decorrentes da antiga redação da Lei 9.434/87, intensificados pela precária informação destinada à população que, em regra, não tem conhecimento da lei, aliada à falta de interesse dos próprios funcionários dos órgãos públicos aptos à realização dos registros pessoais em explicar o conteúdo da norma e suas implicações práticas,<sup>135</sup> embora seja este um requisito legal.

Ademais, não há como negar o grande inconveniente causado aos que quisessem fugir da regra da doação presumida, considerando a obrigatória necessidade de dirigir-se às repartições competentes para o registro em seus documentos. Isto era, para muitos, inclusive, motivo de embaraço e reprovação social.<sup>136</sup>

---

<sup>132</sup> Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana. BRASIL, *Op. cit.*, 1988.

<sup>133</sup> GOLDIM, José Roberto. **Consentimento presumido para doações de órgãos – A situação brasileira**. 2001. Disponível em: <[www.ufrgs.br/bioetica/trancpbr.htm](http://www.ufrgs.br/bioetica/trancpbr.htm)>. Acesso em: 21 nov. 2015.

<sup>134</sup> DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, 2011, p. 396.

<sup>135</sup> DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 397

<sup>136</sup> *Ibidem*.

Outra situação derivada da aplicação da anterior formulação do texto da Lei de Transplantes era a possibilidade de que a mesma contribuísse para a dita “máfia de órgãos”.

Isto porque a doação presumida abria a brecha para que funcionários de hospitais ou outras unidades de saúde, agindo de má-fé, pudessem realizar a retirada dos tecidos e órgãos de pacientes falecidos, sem considerar a sua real vontade declarada ou, até mesmo, realizassem a eutanásia em pacientes terminais.<sup>137</sup>

Não há que se negar que o objetivo do legislador era o de proporcionar benefícios à sociedade, especialmente o aumento na taxa de possíveis doadores. É que na prática, contudo, ocorreu justamente o contrário.

Os receios da sociedade, quer tenham sido riscos reais ou não, acabaram por influenciar na tomada de decisão dos sujeitos, ocasionando a imensa quantidade de declarações negativas à doação de órgãos e tecidos *post mortem*. Como fruto disto, presenciou-se ainda mais a redução do número de potenciais doadores.<sup>138</sup>

Faltou ao Estado investir em ampla campanha de divulgação e conscientização acerca do tema, que é matéria de saúde pública. Isto, aliado à cultura do país em realizar a doação, acabou por prejudicar ainda mais a efetividade do procedimento.

A respeito disso, à época, manifestou-se a então senadora, Benedita da Silva:

Na Inglaterra, o número de doadores voluntários tem crescido gradativamente, porque lá existe uma campanha altamente esclarecedora, que faz com que a população contribua com o processo. As análises e avaliações feitas são apavorantes, catastróficas, terroristas, macabras. As pessoas imaginam corpos sendo decepados, como nos filmes de horror. Devemos esclarecer que ninguém será morto para que sejam retirados os seus órgãos, ainda que exista clandestinidade nesta questão. Estamos buscando condições para que esta questão seja tratada, discutida abertamente. Sabemos que o povo brasileiro é solidário, humano, fraterno e doador, mas há necessidade de maiores informações e explicações. Parece-me até que se trata de uma questão de cunho político, e não de uma questão de vida e morte, uma questão de direito e relações humanas.<sup>139</sup>

Como asseveram, ainda, Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves, a respeito da referida Lei nº 9.434/97, “o certo é que, embora tenha

<sup>137</sup> *Ibidem*, p. 398

<sup>138</sup> GOLDIM, José Roberto. **Consentimento presumido para doações de órgãos – A situação brasileira**. 2001. Disponível em: <[www.ufrgs.br/bioetica/trancpbr.htm](http://www.ufrgs.br/bioetica/trancpbr.htm)>. Acesso em: 21 nov. 2015.

<sup>139</sup> SILVA, Benedita da. **Pronunciamento realizado no Senado Federal em 07 de janeiro de 1998**. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/pronunciamentos/-/p/texto/219331>>. Acesso em 20 nov. 2015.

apresentado pontos negativos em sua essência, a referida lei, incontestavelmente, teve o mérito de instigar o debate”.<sup>140</sup>

Ainda assim, como dito, ainda é escasso o conhecimento da população em geral no que diz respeito à doação de órgãos e tecidos *post mortem* e os procedimentos a ela relacionados.

### 2.2.2 Advento da Lei nº 10.211 de 2011

No que diz respeito ao artigo 4º da Lei de Transplantes, ainda antes da alteração que resultou no atual texto, nos termos de Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves:

A polêmica causada foi de tal forma intensa, que fez com que as disposições do referido artigo fossem reexaminadas, o que culminou com o 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 se manifestado expressamente em vida quanto à vontade de doar seus órgãos (...), a família poderia manifestar-se contrária à extirpação.<sup>141</sup>

A entrada em vigor da lei 10.211, de 23 de março de 2001 resultou em significativas mudanças para a regulamentação da doação de órgãos e tecidos humanos, sendo a maior delas a derrogação da disposição de órgãos presumida.<sup>142</sup>

Agora, deverá a família do potencial doador decidir por permitir, ou não, a remoção dos órgãos e tecidos para transplante *post mortem*, no silêncio do sujeito. Isto, no entanto, não foi suficiente.<sup>143</sup>

Apenas quatro anos depois da edição da atual Lei de Transplantes, foi sancionada a Lei nº 10.211 de 2011 diante de todo o aspecto negativo que a legislação anterior refletiu na sociedade.

Com o advento desta nova redação do art. 4º da Lei 9.434/97, alterada pela Lei 10.211/11<sup>144</sup>, foi completamente excluída do ordenamento jurídico brasileiro a ideia

<sup>140</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 291.

<sup>141</sup> *Ibidem*, p. 298.

<sup>142</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 47.

<sup>143</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 298

de doação presumida. Inseriu-se em seu lugar um novo modelo, em que a doação *post mortem* perpassa, necessariamente, pela anuência da família do *de cuius*, a quem é destinado todo o poder na tomada de decisão.<sup>145</sup>

No entendimento de Anderson Schreiber<sup>146</sup>, a referida lei trouxe, em verdade, um retrocesso no que tange à disposição de órgãos e tecidos *post mortem*, ao determinar que se fará necessária a autorização de cônjuge ou parente, firmada em documento subscrito por duas testemunhas, para que se realize a retirada de órgãos, tecidos e partes do corpo de pessoa falecida.<sup>147</sup>

Assim entende Adriano Cupis:

O direito de os parentes proverem a respeito do destino do cadáver tem por pressuposto negativo que a vontade do defunto, a respeito de tal destino, não se tenha manifestado. Na verdade, aquele que manifesta a sua vontade, a respeito do destino do seu corpo para depois da morte, cria um negócio jurídico que tem por objeto uma coisa futura.<sup>148</sup>

Compreende-se, portanto, que permitir à família decidir de maneira diversa à manifestação de vontade do indivíduo em vida seria o mesmo que lhes transferir os direitos da personalidade do *de cuius*. Estes, no entanto, são intransferíveis.

Ora, embora, de fato, ao falecido não se atribua personalidade jurídica, a ele devem ser assegurados direitos próprios.<sup>149</sup>

Indubitavelmente, o intuito do legislador em alterar a norma e extinguir a doação presumida foi o de satisfazer o clamor social, como também o de garantir aos profissionais da saúde maior segurança no desempenho da atividade e, acima de

<sup>144</sup> Art. 4º: A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte. (BRASIL, **Lei 9.434**, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm)>. Acesso em: 17 nov. 2015.)

<sup>145</sup> GOLDIM, José Roberto. **Consentimento presumido para doações de órgãos – A situação brasileira**. 2001. Disponível em: <[www.ufrgs.br/bioetica/trancpbr.htm](http://www.ufrgs.br/bioetica/trancpbr.htm)>. Acesso em: 21 nov. 2015.

<sup>146</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 47.

<sup>147</sup> Art. 4º: A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte. BRASIL, *Op. cit.*, 1997.

<sup>148</sup> CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Quorum, 2008, pg. 98 *et seq.* Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/2171724/adriano-de-cupis---direitos-da-personalidade>. Acesso em: 21 set. 2015.

<sup>149</sup> LOUREIRO, Zuleica Regina de Araújo. **Doador de órgãos post mortem: uma vontade sobrestada pelo art. 4º da Lei 9.434/97**. Disponível em: [http://www.fesmpdf.org.br/arquivos/mono\\_zuleica.pdf](http://www.fesmpdf.org.br/arquivos/mono_zuleica.pdf). Publicado em 2009. Acesso em: 21 set. 2015.

tudo, o de prezar pelo respeito às famílias que vivenciam a perda e a dor de um ente querido.

Contudo, tais medidas acabaram por atingir frontalmente os direitos do próprio falecido, desrespeitando qualquer manifestação de vontade que ele tenha realizado enquanto vivo acerca da doação de órgãos e tecidos.

Não cabe ao legislador definir, de modo tão taxativo, um destino a ser dado ao corpo de um sujeito sem que isso perpassasse necessariamente pela exteriorização da sua própria decisão. Certamente, as escolhas legislativas devem estar alinhadas ao ordenamento jurídico, contudo, jamais devem ignorar a manifestação de vontade do indivíduo.

Delegar à família este poder de decisão, além de grave afronta aos direitos da personalidade, favorece um regresso ao desenvolvimento e organização dos transplantes de órgãos e tecidos no Brasil.

### 2.3 O SISTEMA DE TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS

O transplante é compreendido como a “amputação ou ablação de órgão, com função própria, de um organismo para ser instalado em outro e exercer as mesmas funções”, consoante doutrina de Maria Helena Diniz.<sup>150</sup>

De acordo com o entendimento de Adriana Maluf, por sua vez, existe no âmbito dos direitos à saúde o direito aos transplantes, como uma manifestação clara da caridade e solidariedade do ser humano. Deve ser enxergado, ainda, como um meio de salvaguardar a própria vida, com a prática de terapias específicas.<sup>151</sup>

Ainda na percepção da referida autora, os transplantes são “destinados a pacientes que já exauriram todas as formas de cura pela medicina tradicional”, de modo que “há alguns anos vem sendo oferecida a possibilidade de substituir órgãos comprometidos em suas funções vitais por outros sãos, vindo da menção altruística de diversos doadores e suas famílias.”<sup>152</sup>

---

<sup>150</sup> DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 365.

<sup>151</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2013, p. 337.

<sup>152</sup> *Ibidem*, p. 341.

Atualmente o Sistema Único de Saúde está habilitado para realizar transplantes de coração, fígado, pâncreas, pulmão, rim e córnea, além dos procedimentos relacionados a outros tecidos doáveis, a exemplo da medula.<sup>153</sup>

Não restam dúvidas acerca da complexidade que envolve todo o processo de doação de órgãos e tecidos e o efetivo transplante, mas em razão dos consideráveis avanços científicos, especificamente na área da medicina, os transplantes têm sido vistos como a terapia mais recomendada nas hipóteses de falência de órgãos.<sup>154</sup>

No ordenamento jurídico brasileiro, como sabido, é a Lei 9.343/97, posteriormente alterada pela Lei 10.211/01, que regula o transplante de órgãos e tecidos *intervivos* ou *post mortem*.

O Estado regulador criou, ainda, o chamado Sistema Nacional de Transplante (STN), responsável por todo o processo pertinente ao tema, desde a triagem de doadores, passando pela captação dos órgãos e tecidos doáveis, até a distribuição destes para aqueles que necessitem.<sup>155</sup>

O referido sistema é estruturado e regulado pelo Decreto nº 2.268, de 30 de junho de 1997, que também regulou a Lei nº 9.434<sup>156</sup>, e que determina a sua subordinação ao Ministério da Saúde, ao tempo em que cria a lista única de pessoas necessitadas da realização de transplante de órgãos e/ou tecidos para fins terapêuticos.<sup>157</sup>

Todo o processo de captação e distribuição dos órgãos e tecidos humanos é de inteira responsabilidade do Sistema Nacional de Transplantes, estabelecendo uma estrutura organizada para melhor conduzir tal procedimento.

Preocupa-se o STN muito mais em viabilizar as doações advindas de pacientes já falecidos, uma vez que, em regra, os doadores vivos buscam de modo voluntário realizar a análise de compatibilidade com o pretense receptor.

---

<sup>153</sup> Portal da Saúde. Sistema Único de Saúde. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/secretarias/sas/transplantes>>. Acesso em 09 abr. 2016.

<sup>154</sup> STANCIOLI, Brunello; CARVALHO, Nara Pereira; RIBEIRO, Daniel Mendes; LARA, Marina Alves. **O sistema nacional de transplantes: saúde e autonomia em discussão**. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/13225/15040>>. Acesso em: 21 nov. 2015.

<sup>155</sup> DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 352.

<sup>156</sup> BRASIL. **Decreto nº 2.268**, de 30 de junho de 1997. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1997/d2268.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/d2268.htm)>. Acesso em: 22 nov. 2015.

<sup>157</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2013, p. 343.

As instituições as quais o Estado permite realizar os transplantes, portanto, devem estar credenciadas, o que as vincula ao cumprimento de uma gama de deveres, a exemplo da confecção de relatório de pacientes receptores (constante de exames detalhados, laudos médicos, histórico de doenças, informações acerca do procedimento de retirada dos órgãos e tecidos, efetivo transplante etc.), enviado anualmente ao SUS.<sup>158</sup>

Uma organização a nível nacional é de extrema necessidade e relevância, uma vez que o procedimento de identificação de um possível doador, indicação de possível receptor, retirada dos órgãos e tecidos e efetivo transplante é ato dotado de grande complexidade, ao mesmo tempo em que deve se dar o mais rápido possível. Prova disso é que para o efetivo aproveitamento dos órgãos e tecidos para enxerto, quando o doador é falecido, em regra a retirada destes deve ser feita em momento imediatamente posterior à parada cardiorrespiratória.<sup>159</sup>

O objetivo maior do Sistema Nacional de Transplante é estabelecer mecanismos bastantes ao melhor andamento do processo de doação e transplantes em todo o território brasileiro, e conduzir todo ele. Em virtude da grande extensão do país, foram criadas as Centrais de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos, ou simplesmente, CNCDOs.<sup>160</sup> Tais unidades executivas são, todas elas, afetas ao Estado.<sup>161</sup>

Para garantir ainda mais a segurança dos atos pertinentes ao transplante de órgãos e tecidos, tudo deve ser monitorado pelo Sistema Único de Saúde, o SUS, enquanto representante do Estado brasileiro. Além disso, é ele, enquanto parte da administração pública, quem se responsabiliza pelo custeio de todo o procedimento e concessão de medicação necessária aos receptores e doadores, quando vivos, por óbvio.

---

<sup>158</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 296.

<sup>159</sup> **O sistema nacional de transplantes: saúde e autonomia em discussão**. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/13225/15040>>. Acesso em: 21 nov. 2015.

<sup>160</sup> Art. 2º A realização de transplante ou enxertos de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano só poderá ser realizada por estabelecimento de saúde, público ou privado, e por equipes médico-cirúrgicas de remoção e transplante previamente autorizados pelo órgão de gestão nacional do Sistema Único de Saúde. BRASIL, **Lei 9.434**, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm)>. Acesso em: 17 nov. 2015.

<sup>161</sup> BRASIL. **Decreto nº 2.268**, de 30 de junho de 1997. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1997/d2268.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/d2268.htm)>. Acesso em: 22 nov. 2015.

Atualmente, em razão da legislação vigente, todo o Sistema de Transplantes é fundamentado na questão da gratuidade das doações de órgãos e tecidos. Por isso, restou criada um mecanismo de listagem para organizar a espera dos receptores, organizados, em razão das suas características individuais, e especialmente pela gravidade de cada um dos casos.<sup>162</sup>

Tal lista é organizada por estado da Federação e em dezembro de 2015 contava com quarenta mil, quinhentos e dois pacientes. O procedimento padrão é o de que a CNCDO do estado buscará receptores na região e, em não havendo, os órgãos e tecidos receptados são disponibilizados na fila nacional.<sup>163</sup>

No entanto, por ser o transplante um procedimento de extrema complexidade, nem tudo corre exatamente conforme o previsto em lei. A título de ilustração, apresenta-se a grande dificuldade na realização de doações, que aponta para uma baixa taxa de notificação de potenciais doadores, mesmo que esta seja conduta expressamente determinada pela Lei de Transplantes.

Do mesmo modo, mesmo diante de todo esse aparato do Sistema Nacional de Transplantes, as taxas anuais de transplantes continuam muito baixas para um país com a extensão e a população como as do Brasil.

O fato é que se tem pouco ou nenhum interesse por parte da sociedade em compreender como funciona o processo de doação e transplante de órgãos e tecidos, quer seja pelo receio em refletir a respeito da morte ou pelo pouco acesso às informações. Em contrapartida, há que se falar nas equipes de abordagem familiar, organizadas pelas CNCDOs, que buscam incentivar a realização da doação, demonstrando o privilégio que é poder ajudar a salvar a vida de inúmeras pessoas com um simples ato.<sup>164</sup>

---

<sup>162</sup> Art. 10. O transplante ou enxerto só se fará com o consentimento expresso do receptor, assim inscrito em lista única de espera, após aconselhamento sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento. (BRASIL. **Lei 9.434**, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm)>. Acesso em: 17 nov. 2015.)

<sup>163</sup> **Portal da Saúde**. Sistema Único de Saúde. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/secretarias/sas/transplantes>>. Acesso em: 09 abr. 2016.

<sup>164</sup> STANCIOLI, Brunello. CARVALHO, Nara Pereira. RIBEIRO, Daniel Mendes. LARA, Marina Alves. **O sistema nacional de transplantes: saúde e autonomia em discussão**. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/13225/15040>>. Acesso em 21 nov. 2015.

Outro problema, aparente obstáculo ao crescimento dos índices de doação de órgãos e tecidos no país, é a fragilidade no cruzamento de informações<sup>165</sup> entre os hospitais ou unidades de saúde e as centrais responsáveis pelo contato com o Sistema Nacional de Transplantes. Embora tal comunicação tenha sido definida como obrigatória pela legislação específica, isto parece não funcionar bem como o planejado pelo ordenamento.

Cumprir observar que de nada adianta a existência de um complexo sistema de integração de informações ou uma legislação específica minuciosa, se não há, por parte da sociedade a conscientização acerca da importância de tornar-se doador de órgãos e tecidos. Além disso, os próprios profissionais de saúde devem ser instruídos acerca do tema, para que possam passar o conhecimento aos familiares dos pacientes que ao falecerem tornam-se potenciais doadores. Outro aspecto relevante é o de que, diante da escassez de recursos destinados à saúde na rede pública no Brasil (e do alto valor cobrado pela realização do procedimento na rede privada), torna-se ainda mais difícil a realização de todos os exames específicos e necessários à comprovação da morte encefálica e a consequente efetivação dos transplantes no país.

### **3 DIREITOS DA PERSONALIDADE E MANIFESTAÇÃO DA VONTADE DO DOADOR**

A denominação “direitos da personalidade” se deve ao fato de que eles estão tão intrinsecamente ligados ao seu titular, que não cumpre ao Estado definir o que e quais são tais direitos, mas tão somente reconhecê-los e garantir a sua proteção, uma vez que se tratam de garantias inerentes aos sujeitos, cuja repercussão se dá nos mais diversos âmbitos sociais e pessoais no decorrer das suas vidas.

Consoante entendimento de Anderson Schreiber<sup>166</sup>:

Tratar dos direitos da personalidade de modo regulamentar, com normas casuísticas, fechadas, é extremamente perigoso. Isso por três razões principais. Primeiro porque são direitos de índole constitucional, cuja proteção não pode ser indevidamente limitada pelo legislador ordinário. Segundo, porque as situações fáticas em que se configura a ameaça aos

---

<sup>165</sup> *Ibidem*.

<sup>166</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 226.

direitos da personalidade são amplíssimas e têm se expandido continuamente em face das novas tecnologias. Terceiro, não é incomum que a proteção dos direitos da personalidade colida com a tutela de outros direitos de ordem constitucional.

Nesta senda, os direitos da personalidade pressupõem o reconhecimento do ser humano enquanto indivíduo único, autônomo e dotado de dignidade, características a serem tuteladas juridicamente.

Schreiber afirma que o legislador brasileiro teve a chance de, quando da resolução do Código Civil de 2002, trazer inovações necessárias e pertinentes à proteção dos direitos da personalidade, mas não o fez do modo mais adequado.<sup>167</sup> Para outros doutrinadores, a lei furtou-se de realizar distinções conceituais importantes, mas não há como negar as inovações por ela trazidas, de acordo com a hodierna tendência jurídica.<sup>168</sup>

Em face das constantes alterações sociais, as normas que hoje dispõe o ordenamento jurídico brasileiro já não parecem ser suficientes. Em verdade, o que ocorre constantemente é uma alteração hermenêutica, de maneira que um mesmo texto legal pode ser interpretado de forma diferente, a depender do contexto social no qual está inserido.

Assim, resta ao judiciário, casuisticamente, solucionar os conflitos que dizem respeito aos direitos da personalidade. O desafio lançado aos juristas se dá especialmente em razão da necessária busca por balizas, a fim de uniformizar as decisões.<sup>169</sup>

Na tentativa de garantir a tutela dos direitos da personalidade, o ordenamento jurídico brasileiro utilizou-se precipuamente de princípios, a exemplo da dignidade da pessoa humana, em razão do seu caráter mais amplo e subjetivo.

Isto porque, embora haja direitos concebidos como *numerus clausus*, ou seja, que são organizados em rol taxativo, os direitos da personalidade não podem ser assim considerados, de maneira que requerem meios também mais abrangentes para sua interpretação.

---

<sup>167</sup> *Ibidem*, p. 227.

<sup>168</sup> LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado – Parte Geral**. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2004, p. 65.

<sup>169</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 277

Assim, necessário que se utilizem instrumentos interpretativos que possibilitem sua natureza flexível.<sup>170</sup> Diz-se, portanto, que a autonomia é pressuposto para a concretização dos direitos da personalidade.

Os direitos da personalidade, para alguns, podem ser entendidos como absolutos, ou seja, que eles não são passíveis de qualquer restrição, podendo ser plenamente exercidos pelo seu detentor.

Embora haja defensores deste posicionamento, talvez seja arriscado ao Direito afirmar de modo veemente que os direitos da personalidade são absolutos, uma vez que até mesmo aquele tido como o mais notável de todos, qual seja, o direito à vida, é passível de contenção trazida pela própria CF/88, a exemplo da pena de morte nos casos de guerra declarada.<sup>171</sup>

Como dito, há quem entenda que os direitos da personalidade são sim absolutos, a exemplo de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, ao afirmarem que: “os direitos da personalidade são *absolutos* porque possuem eficácia contra todos (ou seja, são oponíveis *erga omnes*), impondo-se à coletividade o dever de respeitá-los. É um verdadeiro dever geral de abstenção, dirigido a todos”.<sup>172</sup>

De todo modo, o que se sabe é que os direitos da personalidade têm o condão de possibilitar aos seus titulares a defesa contra qualquer ameaça que lhe recaia.

No que diz respeito, notadamente, à questão da doação de órgãos e tecidos humanos para fins terapêuticos, visualiza-se que os direitos da personalidade acabam por sofrer mitigações, especialmente quanto à autonomia da vontade no âmbito das doações *post mortem*.

Para a realização da doação de órgãos em vida, contudo, a legislação vigente determina que é o próprio doador quem deve manifestar a sua vontade em realizar a doação, inclusive por escrito e diante de testemunhas, o que reforça a ideia de defesa aos direitos da personalidade, enquanto indisponíveis e intransmissíveis.

---

<sup>170</sup> *Ibidem*.

<sup>171</sup> Art. 5º, XLVII – não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX. (BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2015.)

<sup>172</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil Teoria Geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 155.

A partir da leitura do art. 4º da Lei. 9.434/97, que condiciona a retirada de órgãos e tecidos para fins de transplantes, após a morte, aos familiares do pretendo doador – e somente eles poderão tomar qualquer decisão a respeito<sup>173</sup>, percebe-se que a mesma atenção à autonomia não foi dispensada nestas hipóteses. Isto porque deixar a cargo de outrem a disposição do próprio corpo é, inegavelmente, afronta à autonomia privada.

No presente trabalho monográfico, a análise da manifestação da vontade e incidência dos direitos da personalidade se dará especificamente a respeito desta doação *post mortem*.

### 3.1 ASPECTOS HISTÓRICOS PERTINENTES

A título de corte metodológico, elege-se inicialmente a Revolução Francesa, de 1789, que inaugurou uma nova era e criou dogmas que mesmo hodiernamente refletem no Direito. Antes da Revolução, o que se vislumbrava era o Estado Absolutista e centralizador, que tomava para si toda e qualquer atividade.

A autonomia já surge intrinsecamente associada à ideia de individualidade dos sujeitos, de maneira que seu surgimento se deu por influência dos ideais de um período em que o Estado deixava de ser intervencionista para tornar-se liberal. Tal mudança possibilitava maior autonomia dos sujeitos, especialmente no que dizia respeito à prática de negócios jurídicos.<sup>174</sup>

Como sabido, a referida revolução pregava a liberdade, a igualdade e a fraternidade, o que fomentou a evolução dos direitos fundamentais, fortalecidos pelas ideias de Bobbio com a Era dos Direitos.

A liberdade foi o primeiro direito a receber maior atenção, quando, notadamente, o que se objetivava era desvincular a atuação humana da atuação estatal, que

---

<sup>173</sup> Art. 9º, §4º O doador deverá autorizar, preferencialmente por escrito e diante de testemunhas, especificamente o tecido, órgão ou parte do corpo objeto da retirada. BRASIL, **Lei 9.434**, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm)>. Acesso em: 17 nov. 2015.

<sup>174</sup> DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2015, p. 8.

afigurava grande óbice não somente à liberdade econômica, mas especialmente às liberdades individuais.<sup>175</sup>

Esta concepção iluminista de emancipação do indivíduo fazia com que este passasse a ser visualizado isoladamente, muitas vezes excessivamente, sem preocupar-se com os reflexos sociais. Surgia uma era de liberdades patrimoniais, individuais e voluntárias.<sup>176</sup>

Dentro deste viés liberal, a missão do poder público era o de limitar a atuação do Estado, garantindo as funções essenciais ao bom e regular andamento das esferas da segurança, direito à propriedade, função fiscal e jurisdicional.

Contudo, o que parecia ser uma era somente de grandes avanços, aos poucos mostrou sua outra face. No decorrer do século XIX, com o aumento da produção, evidenciavam-se também as desigualdades sociais e notória degradação do homem.<sup>177</sup>

Assim, se em um primeiro momento o objetivo do Estado era o de efetivar os direitos sociais, foi necessária a criação de todo um aparato estatal para tanto. Tendo falhado na gestão realizada nestes moldes, o Estado passou a não mais conseguir suprir as vontades do povo. Aumentavam as dívidas estatais e, na mesma medida, a dificuldade em efetivar os direitos sociais. Restava claro que não bastava ao homem ser livre, sem que algo ou alguém tutelasse seus “direitos indisponíveis, direitos inalienáveis, direitos inatos”.<sup>178</sup>

Diante de uma ideologia essencialmente liberal, os direitos da personalidade esbarraram-se em alguns obstáculos difíceis de serem dissolvidos, de modo que, por determinado período, não havia acordo entre os estudiosos acerca da natureza, espécies e demais características dos referidos direitos. Não há como negar que tal imbróglio acabou por prejudicar o progresso dos estudos e efetivação dos direitos da personalidade.<sup>179</sup>

---

<sup>175</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 3.

<sup>176</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. KONDER, Carlos Nelson. **Autonomia e solidariedade na disposição de órgãos para depois da morte**. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1357>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

<sup>177</sup> SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, 2014, p. 3.

<sup>178</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 4.

<sup>179</sup> *Ibidem*, p.5.

No final do século XIX, a doutrina estrangeira voltou a debruçar-se sobre os direitos da personalidade, surgindo a sua primeira catalogação. A análise dos referidos direitos, por muitas vezes, se dá em conjuntos com os direitos fundamentais, cujo desenvolvimento marca importantes fases da história, a exemplo da Declaração de Independência Norte-Americana, de 1776, a já mencionada Revolução Francesa, além da Carta de São Francisco, de 1948.<sup>180</sup>

Tão somente no século XX é que o ordenamento jurídico brasileiro voltou a preocupar-se com o tema, e a doutrina passou a estudá-lo com muito mais afinco, propiciando, enfim, o desenvolvimento que lhe era devido.<sup>181</sup>

Muito embora ainda exista no Brasil determinada diferenciação entre a tutela dos direitos e garantias, a depender da relação fática ter sido estabelecida no âmbito do direito privado ou do direito público, esta dicotomia tem sido cada vez menos verificada.<sup>182</sup>

A proteção dos direitos da personalidade, no Brasil, advém das próprias normas constitucionais<sup>183</sup>. Cuidou, assim, a Constituição Federal de 1988 de atribuir caráter de inviolabilidade à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, sob pena de ser cabível a indenização por danos em face de eventual mácula a um destes direitos da pessoa humana.<sup>184</sup>

A ideia de direitos da personalidade está intimamente relacionada à definição de pessoa, e muito se discutiu, inclusive, acerca da utilização da terminologia “homem”, “pessoa” ou “ser humano”.<sup>185</sup> A discussão, no entanto, atingiu outro patamar, e hoje gira em torno da tentativa de regular a relação destes direitos, capazes de resguardar a natureza humana de cada sujeito, em face das normas positivadas pelo direito.

---

<sup>180</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil – Parte Geral**. 5 Edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 442.

<sup>181</sup> SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, 2014, p. 6.

<sup>182</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>183</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]. (BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2015.)

<sup>184</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil – Parte Geral**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 423.

<sup>185</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia provada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 10.

### 3.2 NOÇÕES PRELIMINARES SOBRE DIREITOS DA PERSONALIDADE

Consoante entendimento de Paulo Bonavides, “existe a garantia sempre em face de um interesse que demanda proteção e de um perigo que se deve conjurar”.<sup>186</sup> Para ele, contudo, estas não se confundem com os direitos. Enquanto trata-se o direito de uma representação efetiva dos bens, as garantias servem para lhes possibilitar a segurança necessária.

Ainda para o referido autor, com o advento do pós positivismo, datado do fim do século XX, os princípios passaram, enfim, a ser tratados como direito, embora as primeiras noções acerca dos direitos da personalidade já tenham surgido no contexto histórico da segunda metade do século XIX, ainda enquanto princípios que visavam guardar os interesses do sujeito.<sup>187</sup>

Para os estudiosos que inauguraram esta ideia, os sujeitos detêm os direitos da personalidade de modo intrínseco, desde muito antes de serem reconhecidos pelo próprio Estado como um sujeito de direito.<sup>188</sup> Assim, os direitos da personalidade são essenciais, e não podem ser dissociados do seu titular.<sup>189</sup>

No ordenamento brasileiro, o Código Civil de 2002 traz em seus arts. 11 a 21 um capítulo todo dedicado aos direitos da personalidade, e já no primeiro destes artigos outorga a eles o caráter de intransmissibilidade e irrenunciabilidade.<sup>190</sup> Esta foi a primeira vez que a legislação trouxe, de modo expresso e específico, a tutela aos direitos da personalidade.

Ao invés do que se poderia imaginar inicialmente, não se ocupam os direitos da personalidade única e exclusivamente de proteger os indivíduos ante a possíveis ofensas causadas por terceiros ou pelo próprio Estado. Quanto a isso, o art. 13 do CC/02 assenta que, “salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou

---

<sup>186</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 541.

<sup>187</sup> *Ibidem* p. 273.

<sup>188</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 5.

<sup>189</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil – Parte Geral**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 423.

<sup>190</sup> Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. BRASIL, **Código Civil Brasileiro - Lei. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2016.

contrariar os bons costumes”, o que é excepcionado tão somente pela disposição altruísta relativa à doação de órgãos e tecidos para transplante.<sup>191</sup>

Ou seja, a regra geral é a da indisponibilidade do corpo humano, contudo, o legislador optou por trazer uma exceção. Tal fato só não se apresenta como antinomia jurídica, pois a mencionada legislação específica cuidou de elencar uma série de requisitos para que a disposição aconteça.<sup>192</sup>

Para Renan Lotufo, esta forma de legislar:

é marcante no Código, o que permite maior flexibilidade para a legislação especial, principalmente no tema dos transplantes, que deverá acompanhar o permanente progresso científico da medicina, respeitados os princípios éticos relativos à personalidade, que, por isso mesmo, ficam integrando o Código.

Isto posto, percebe-se que a tutela dos direitos da personalidade concede aos sujeitos a capacidade de conduzir suas própria existência, consoante sua vontade particular, por intermédio da autonomia privada.<sup>193</sup> Permite, ainda, que eles tomem decisões relativas também a momento posterior à própria morte, como a disposição do corpo para fins científicos ou altruísticos, o que pode ser revogado a qualquer tempo.<sup>194</sup>

Percebe-se, então, que a personalidade jurídica é atributo do direito que depende de modo direto do regramento estabelecido pelo ordenamento jurídico para que se concretize. É atribuída a seres humanos ou outras entidades que, com isso, passam a adquirir personalidade jurídica. Uma vez que o ordenamento jurídico não é estático no tempo, e acompanha as constantes evoluções sociais, também o conceito de personalidade jurídica e sujeito de direito seguem o mesmo ritmo.<sup>195</sup>

O entendimento de Fábio Ulhoa Coelho é o de que:

Os direitos da personalidade são absolutos, oponíveis erga omnes, ou seja, o titular pode escudar-se nele perante qualquer outro sujeito de direito, indistintamente. Assim, eles podem ser defendidos mesmo daqueles com

<sup>191</sup> BRASIL, **Código Civil Brasileiro - Lei. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2016.

<sup>192</sup> LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado – Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 70.

<sup>193</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil - Teoria geral e contratos em espécie. v. 4**. 2. ed. – Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 148.

<sup>194</sup> Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte. Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo. BRASIL, **Código Civil Brasileiro - Lei. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2016.

<sup>195</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia provada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 8.

quem o titular não tenha tido nenhuma relação jurídica anterior. Contra qualquer pessoa que lhe tenha ofendido direito da personalidade, pode o titular demandar proteção jurisdicional em razão de sua natureza absoluta.<sup>196</sup>

A noção de direitos da personalidade perpassa, necessariamente, pela definição do que seria pessoa. Para o ordenamento jurídico brasileiro, na atualidade, todo e qualquer ser humano possui personalidade jurídica, podendo também esta ser atribuída a algumas pessoas jurídicas.<sup>197</sup>

Nesta senda, os direitos da personalidade são resguardados por princípios constitucionais, uma vez que estes visam tutelar a própria dignidade humana.<sup>198</sup>

Nota-se, ainda, que o conceito de personalidade jurídica é mais amplo do que o da capacidade.<sup>199</sup>

É a lição de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

os direitos da personalidade são tendentes a assegurar a integral proteção da pessoa humana considerada em seus múltiplos aspectos (corpo, alma e intelecto). Logo, a classificação dos direitos da personalidade tem de corresponder à projeção da tutela jurídica em todas as searas em que atua o homem [...].<sup>200</sup>

Justamente em decorrência da constante mutação, hoje já é possível identificar a personalidade jurídica não somente como atributo jurídico, mas, mais do que isso, como princípio constitucionalmente tutelado.

A todos é assegurado o direito à integridade pessoal, que abrange a integridade física, integridade moral e integridade psíquica, também denominada de integridade intelectual que, em regra, não poderão nunca sofrer qualquer tipo de violação. Sabe-se, contudo, que tudo dentro do estudo do direito comporta exceções.<sup>201</sup>

<sup>196</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil – Parte Geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 424.

<sup>197</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Op cit.* 2005, p. 10.

<sup>198</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro Parte Geral**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 190.

<sup>199</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Op. cit.*, 2005, *loc. cit.*

<sup>200</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil Teoria Geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 177.

<sup>201</sup> MIRANDA, Rosângelo Rodrigues de Miranda. **Ensaio sobre a tutela da autonomia privada na Convenção Americana de Direitos Humanos**. Disponível em: <[https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/367/ensaio%20sobre%20tutela%20autonomia\\_Miranda.pdf?sequence=1](https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/367/ensaio%20sobre%20tutela%20autonomia_Miranda.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 17 mar. 2016.

### 3.2.1. Direito à Integridade Intelectual

A Convenção Americana dos Direitos Humanos de 1992, da qual o Brasil é país signatário, determina em seu artigo 13 que é direito inerente ao homem o livre exercício de pensamento e expressão.<sup>202</sup>

O direito à integridade intelectual é, portanto, capaz de tutelar as questões relacionadas ao direito autoral e, conseqüentemente, garantir aos sujeitos o poder de explorar seu produto intelectual e de reivindicá-lo na hipótese de turbação provocada por terceiros. Compreende, portanto, as garantias relacionadas privacidade, liberdade de expressão e pensamento, além da tutela às obras de autoria do sujeito.

Em face do que se apreende do artigo 20 do Código Civil Brasileiro<sup>203</sup>, é possível que se proíba a divulgação, transmissão, exposição ou publicação – para fins comerciais - de escritos ou imagens de alguém sem a sua prévia permissão, em função da preservação da sua honra. Tal limitação excetua-se apenas nas hipóteses de interesse social relevante ou caso tornem-se instrumentos necessários à administração da justiça.<sup>204</sup>

A fim de evitar a censura ao livre pensamento e expressão humanos, o direito à integridade intelectual abrange não somente as questões diretamente relacionadas à comunicação e imprensa. Numa análise mais extensiva do texto normativo do Pacto de San Jose da Costa Rica é possível apreender que tal direito atua também contra

---

<sup>202</sup> Art. 13. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha. **Convenção Americana de Direitos Humanos**, (Pacto de San Jose da Costa Rica) de 22 de novembro de 1969. Ratificado pela República Federativa do Brasil em 25 de setembro de 1992. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

<sup>203</sup> Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes. BRASIL, **Código Civil Brasileiro - Lei. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2016.

<sup>204</sup> LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

limitações impostas pelo próprio ordenamento jurídico aos pensamentos, crenças convicções e do sujeito.<sup>205</sup>

O direito à integridade intelectual está estreitamente conexo à ideia de liberdade de pensamento, quer seja em seu âmbito mais interno, que diz respeito à opinião não exposta, quer seja em seu âmbito mais externo, que se relaciona com a manifestação e exteriorização da consciência.

A manifestação do pensamento, em regra, alcança situações ou relações jurídicas alheias, motivo pelo qual a Constituição preza por conter o anonimato.<sup>206</sup>

Ainda no âmbito deste direito é que se vislumbram as questões relacionadas às liberdades de ser informado e também de informar.<sup>207</sup>

No entendimento de Ana Cláudia Amaral e Éverton Pona, “nas situações concernentes ao exercício dessa autonomia no campo da saúde, o conceito encontra-se intrinsecamente ligado à noção de consentimento livre, informado e esclarecido”.<sup>208</sup> E completam:

O consentimento informado representa, pois, expressão, no campo biomédico, da autonomia da vontade privada do sujeito, sua capacidade de autodeterminação, e deve ser sempre observado e respeitado, como requisito também para a observância e realização do princípio da dignidade humana.<sup>209</sup>

Acerca da liberdade de expressão intelectual, esta é também sustentada constitucionalmente.<sup>210</sup> As manifestações por ela proporcionadas, refletem o

---

<sup>205</sup> MIRANDA, Rosângelo Rodrigues de Miranda. **Ensaio sobre a tutela da autonomia privada na Convenção Americana de Direitos Humanos**. Disponível em: <[https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/367/ensaio%20sobre%20tutela%20autonomia\\_Miranda.pdf?sequence=1](https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/367/ensaio%20sobre%20tutela%20autonomia_Miranda.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 17 mar. 2016.

<sup>206</sup> Art. 5º, IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato. BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2015.

<sup>207</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

<sup>208</sup> AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. PONA, Éverton Willian. **Autonomia da Vontade Privada e Testamento Vital: a possibilidade de inclusão no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <[http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Everton\\_e\\_Ana%20Cl%C3%A1udia\\_Autonomia\\_da\\_vontade\\_privada\\_e\\_testamento\\_vital.pdf](http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Everton_e_Ana%20Cl%C3%A1udia_Autonomia_da_vontade_privada_e_testamento_vital.pdf)>. Acesso em: 21 mar. 2016.

<sup>209</sup> *Ibidem*.

<sup>210</sup> Art. 5º, IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2015.

conhecimento intuitivo ou não, sentimentos, convicções, compreensões do mundo e de si mesmo do indivíduo.<sup>211</sup>

Independente do plano no qual a produção intelectual do sujeito esteja inserida, é inegável a sua proteção, quer seja em face de uma total privacidade, quer seja com a abertura de possibilidade de utilização, mediante prévia autorização.<sup>212</sup>

Aplicando tal entendimento ao escopo principal do presente trabalho monográfico, qual seja o de discutir a autonomia do indivíduo em relação à disposição dos seus órgãos e tecidos após a morte, não há como não apreender que o direito à integridade intelectual é frontalmente insultado, especialmente pelo artigo 4º da Lei 9.434/97.

Isto porque, como já demonstrado anteriormente, o direito de manifestar-se a respeito da realização da doação de órgãos e tecidos *post mortem* é cedido aos familiares do falecido, nos termos da lei. Não há, portanto, lugar para a liberdade de escolha do pretense doador, obviamente, manifestada ainda em vida.

### 3.2.2 Direito à Integridade Moral

Muito além da matéria, representada pelo corpo, valores imateriais são também parte integrante dos sujeitos. Inseridos neste contexto é que se encontram os valores éticos e morais, a liberdade, a boa fama, a imagem e o nome, todos estes direitos tutelados pela Constituição Federal.<sup>213</sup>

No entendimento de Renan Lotufo, a moral integra a personalidade e trata-se de condição aferível especialmente em concreto, transcendendo qualquer nível de objetividade, especificamente, o de ser bem extrapatrimonial.<sup>214</sup>

O direito à integridade moral é, portanto, um feixe de bens que instrumentaliza a honra do indivíduo, realçando sua condição humana,<sup>215</sup> uma vez que sua autonomia

---

<sup>211</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 255.

<sup>212</sup> LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 88.

<sup>213</sup> Art. 5º, X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2015.

<sup>214</sup> LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 61.

é não apenas física, mas também moral. Neste sentido, toda e qualquer lesão no âmbito da moralidade deve ser reparada.

Para autores como Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, a integridade moral pode ser também denominada de integridade psíquica, e diz respeito aos:

tributos psicológicos relacionados à pessoa, tais como a sua honra, a liberdade, o recato, a imagem, a vida privada e o nome. Tutela, pois, a higidez psíquica da pessoa, sempre à luz da necessária dignidade da pessoa humana. [...] São emanções da alma, essencialmente incorpóreas, distintas das projeções físicas do indivíduo.<sup>216</sup>

Trazidos pelo Código Civil de 2002 entre seus artigos 16 e 20, a integridade moral diz respeito aos direitos à imagem, além das liberdades civil, política e religiosa. A questão da moralidade está intrinsecamente relacionada a outros conceitos, como a boa fama, a reputação e a honra subjetiva.

Importante salientar que, embora o legislador civilista tenha destinado capítulo específico a estes direitos da personalidade, as normas são genéricas e não conseguem, nem de longe, abranger todas as situações em concreto.

Consoante entendimento de José Afonso da Silva, a honra é entendida como um “conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito dos concidadãos, o bom nome, a reputação”.<sup>217</sup>

O fato é que estes são elementos atribuídos ao sujeito em razão da sua atuação em sociedade, diante das questões culturais, religiosas, quase como um reflexo daquilo que ele é para quem o cerca, e está ligado ao autoconhecimento obtido por meio do mundo exterior. Também por isso, há que se dizer que, embora o princípio em si seja imutável, a forma com que ele é recepcionado é muito relativa.

A integridade inspira a concepção de condutas retas, em conformidade com algum paradigma, relacionada à honra e à ética. Já a moralidade diz respeito às características e escolhas individuais de uma pessoa, que é baliza para seus pensamentos, ações e palavras.

---

<sup>215</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p.203.

<sup>216</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil Teoria Geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 211.

<sup>217</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil Teoria Geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 211.

A moral, por sua vez, tem ligação direta com o multiculturalismo e nunca haverá como definir uma única diretriz, visto que a sociedade tem cultura diversificada e tudo isso dificulta o processo de normatização do que diz respeito aos direitos da personalidade. Mesmo porque, “nem tudo que é moral é jurídico, pois a justiça é apenas uma parte do objeto da moral.”.<sup>218</sup>

### 3.2.3 Direito à Integridade Física

O corpo humano foi, durante um longo período na história, encarado pelas sociedades como um presente divino, em razão dos valores religiosos e morais nelas enraizados. Assim, ele era considerado merecedor de uma proteção muito maior do que a dispensada aos próprios direitos individuais. Tal medida, no entanto, servia basicamente para atender não à realização das vontades do sujeito, mas sim da Igreja, da família, ou do Estado.<sup>219</sup>

Com o advento da era moderna, esta premissa foi aos poucos sendo mitigada, de modo a fazer surgir o chamado “direito ao corpo”, num cenário de fortes garantias legais.<sup>220</sup>

Mesmo porque, a grosso modo, a agressão ao corpo humano é também agressão à própria vida, princípio constitucional de enorme importância. É este sentido que se depreende da ideia de que a integridade física é “bem vital e revela um direito fundamental do indivíduo”.<sup>221</sup>

Com o advento do século XX, especificamente em razão das bizarras experiências e tratamentos de tortura realizados pelos regimes políticos da época, estes de natureza autoritária, restou clara a urgência em tutelar de modo muito mais expressivo a integridade física e psíquica dos indivíduos.<sup>222</sup>

O sujeito de direito detém o domínio sobre o seu próprio corpo, em seus aspectos físicos e psíquicos, o que deve afastar em qualquer medida ações de terceiros que

---

<sup>218</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Parte Geral**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 22.

<sup>219</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 32.

<sup>220</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 32.

<sup>221</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 201.

<sup>222</sup> SCHREIBER, Anderson. *Op. cit*, p. 32.

venham a interferir em tal prerrogativa. Ressalta-se que, em se tratando da integridade física, esta destina-se ao corpo, quer seja vivo ou morto.<sup>223</sup>

No que tange ao ordenamento jurídico brasileiro, a própria Constituição Federal de 1988 faz menção ao direito ao corpo já em seu artigo 5º, um dos mais importantes do ordenamento, quando trata do direito à “segurança”. Esta, por sua vez, deve ser entendida não somente como algo voltado às questões patrimoniais, mas também pessoais.<sup>224</sup>

Consoante lição de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, o direito à integridade física diz respeito “à proteção jurídica do corpo humano, isto é, à sua incolumidade corporal, incluída a tutela do corpo vivo e do corpo morto, além dos tecidos, órgãos e partes suscetíveis de separação e individualização.”<sup>225</sup>

Do mesmo modo, a Lei Maior estabelece uma teia de outras normas garantidoras do respeito à dignidade e integridade física e moral do sujeito<sup>226</sup>, ao assegurar que nenhuma pessoa passará por qualquer tipo de sofrimento físico, ou será sujeito a qualquer método de abordagem cruel e humilhante.<sup>227</sup>

Neste sentido, a Carta Magna veda uma série de tratamentos entendidos na sociedade atual como desumanos, na mesma medida em que trata das questões ligadas às possibilidade de disposição do próprio corpo.<sup>228</sup>

O fato, todavia, é que não pode o ordenamento jurídico brasileiro reconhecer a absoluta disponibilidade sobre o próprio corpo, e isso é claramente visualizado nas normas penais.

Para José Afonso da Silva, não haveria que se falar em quaisquer problemas relativos à alienação de órgãos e tecidos *post mortem*, por exemplo, uma vez que

---

<sup>223</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil Teoria Geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 180.

<sup>224</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia provada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 167.

<sup>225</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, 2011, p. 180.

<sup>226</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 201.

<sup>227</sup> Art. 5º, III. ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante. BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em 20 nov. 2015.

<sup>228</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia provada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 167.

isto não ensejaria nenhum tipo de afronta à vida, enquanto princípio constitucional.<sup>229</sup>

Contudo, o que se sabe é que, embora com a morte também se esvaia a personalidade jurídica, isto não significa que o sujeito não possua mais nenhum direito. A real prova disso é a existência do direito ao corpo morto, como será visto adiante.

Apenas a título ilustrativo, adianta-se que há o que a doutrina denomina direito ao corpo vivo, que se relaciona com a sua dimensão integral da vida, e o direito ao corpo morto, que passa a existir no momento em que o sujeito deixa de ser pessoa natural e seu corpo passa a ser *res*, ainda submetida à ordem jurídica, classificada como bem *extra commercium*.<sup>230</sup>

No que diz respeito ao Código Civil de 2002, este disciplinou, em três principais artigos, as questões relacionadas ao direito ao corpo, trazendo as diretrizes a serem seguidas nas hipóteses de disposição do corpo, ou de parte dele, sempre de forma gratuita.<sup>231</sup>

Para Anderson Schreiber, contudo, o referido código deixa a desejar no que tange à efetiva tutela física e psíquica do homem, tendo-se limitado a tratar acerca da sua disposição. Assim, ocupou-se o Código Civil Brasileiro em garantir ao indivíduo a busca pela efetivação da sua autonomia privada sem, contudo, preocupar-se com os riscos advindos da atuação de terceiros ou do próprio Estado.<sup>232</sup>

A vida humana, por sua fragilidade e solidez concomitantes, requer especial proteção em face de qualquer situação que ponha em risco sua integridade que, se

---

<sup>229</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015,, p. 201.

<sup>230</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2013, p. 334.

<sup>231</sup> Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial; Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte. Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo; Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica. (BRASIL, **Código Civil Brasileiro - Lei. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em 20 jan. 2016.)

<sup>232</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 33.

violada, enseja a caracterização de dano estético, comumente cumulado com a violação à honra, ensejando a necessária reparação dos danos.<sup>233</sup>

### 3.2.3.1 Direito ao corpo vivo

Parte dos doutrinadores insiste em tratar do direito ao corpo como se sinônimo de direito à integridade física fosse, especialmente em razão do seu caráter de indisponibilidade. Contudo, mais correto é o entendimento de que estes devem ser considerados separadamente, de modo que pode o primeiro ser entendido como espécie do segundo.

Do mesmo modo que ao ser humano, enquanto sujeito de direito, é atribuído um nome e uma série de outras informações, quer sejam a nível público ou privado, também a ele se vincula um corpo.<sup>234</sup>

Ao tratar do direito ao corpo, é importante ressaltar que resta tutelado o corpo humano como um todo, incluindo todos os órgãos, membros e, ainda, a imagem do sujeito. Na lição de Orlando Gomes, este direito ao corpo abrange, ainda, os direitos individuais acerca de tomadas de decisões pertinentes a tratamentos médicos.<sup>235</sup>

O direito ao corpo, especificamente, pode ser ainda, subdivido em outros direitos, quais sejam o “direito à doação de órgãos, direito ao embelezamento, direito à mudança de sexo, direito à integridade física, direito à autolesão e direito ao corpo e reprodução humana”.<sup>236</sup>

Isto porque a proteção à integridade física e à própria vida humana perpassa necessariamente pelo direito ao corpo, quer seja ele vivo ou morto.<sup>237</sup>

A íntima associação entre o sujeito e seu corpo, contudo, não impediu o legislador de realizar rígido controle sobre a manifestação de vontade do primeiro sobre o

---

<sup>233</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil Teoria Geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 181.

<sup>234</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil – Parte Geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 458.

<sup>235</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia provada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 442.

<sup>236</sup> *Ibidem*.

<sup>237</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil Teoria Geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 180.

segundo. Neste sentido, as normas inerentes ao tema acabam por limitar a autonomia da vontade do sujeito em relação ao seu próprio corpo, por estabelecer pouquíssimos atos de disposição do mesmo.<sup>238</sup>

Resta vedada, assim, o caráter comercial da disposição do corpo ou de parte dele. Na percepção de Fábio Ulhôa Coelho, a fim de garantir o direito sobre o corpo “nega-se eficácia jurídica a certos atos de disposição voluntária de suas partes. Só se admite, assim, a disposição gratuita de órgãos, tecidos ou partes do corpo para fins científicos ou altruísticos.”<sup>239</sup>

Como já mencionado, entretanto, os direitos da personalidade comportam exceções à sua indisponibilidade e, no que diz respeito especificamente à doação de órgãos e tecidos, a norma brasileira permite que seja feita a mitigação, desde que cumpridos os quesitos legais, quais sejam a disposição gratuita, com finalidade altruística ou científica.

No que diz respeito à questão dos transplantes realizado entre doador e receptor vivos, esta é a mais clara mitigação ao princípio da indisponibilidade do corpo vivo, e se dará tão somente em hipóteses taxativas, quais sejam, mediante autorização judicial, justificativa médica e tendo o doador capacidade civil e vínculo familiar com o receptor, consoante os termos legais.<sup>240</sup>

Outros aspectos também dizem respeito à disposição do corpo vivo, a exemplo da esterilização voluntária, como o reconhecido direito de realizar vasectomia, para os homens, e laqueadura tubária, para as mulheres, ou qualquer outro método análogo. Também para estas situações, é necessária a comprovada capacidade civil do sujeito, além de dois requisitos que são a idade mínima de vinte e cinco anos ou ter pelo menos dois filhos. Tais exigências não parecem, contudo, ter fundamento puramente jurídico.<sup>241</sup>

Assim, nota-se que os limites impostos à disposição do corpo ultrapassam os limites da lei em si, sendo, em verdade, resultado também da influência da moral e dos costumes sociais sobre as normas jurídicas.

---

<sup>238</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil – Parte Geral**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 459.

<sup>239</sup> *Ibidem*, p. 460.

<sup>240</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil – Parte Geral**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p., p. 464.

<sup>241</sup> *Ibidem*.

Há, ainda hoje, quem discuta a respeito da aplicação teoria da autonomia irrestrita da Vontade nos casos de disposição do próprio corpo, o que envolve diretamente a questão da doação de órgãos e tecidos para transplantes. Para quem se filia a tal entendimento, não há que se falar em quaisquer limitações acerca da disposição do corpo humano, nem mesmo à monetarização deste. Assim, seria possível a comercialização dos órgãos e dos tecidos de um sujeito, se assim ele desejasse, em respeito à sua autonomia da vontade.<sup>242</sup>

É sabido, contudo, que a legislação pátria optou por seguir caminho contrário ao da referida teoria, uma vez que a Constituição Federal, em seu artigo 199, §4º, proíbe que quaisquer órgãos, tecidos ou substâncias humanas sejam comercializados.<sup>243</sup>

### 3.2.3.2 Direito ao corpo morto

Cessada a vida humana, resta findo também o status de pessoa natural. Todavia, o parágrafo único do artigo 12 do Código de Processo Civil de 2002 aduz que “em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.”<sup>244</sup> Daí se apreende que, mesmo após a morte, ainda há direitos individuais a serem resguardados.

O legislador parece ter tido também o cuidado de salvaguardar a dignidade do cadáver diante da leitura do artigo 8º da Lei de Doação de Órgãos e Tecidos para Transplante, de nº 9343/97, que estabelece a necessidade de que, após a retirada

---

<sup>242</sup> MIRANDA, Rosângelo Rodrigues de Miranda. **Ensaio sobre a tutela da autonomia privada na Convenção Americana de Direitos Humanos.** Disponível em: <[https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/367/ensaio%20sobre%20tutela%20autonomia\\_Miranda.pdf?sequence=1](https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/367/ensaio%20sobre%20tutela%20autonomia_Miranda.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 17 mar. 2016.

<sup>243</sup> Art. 199, § 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização. (BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2015).

<sup>244</sup> BRASIL. **Código Civil Brasileiro - Lei. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2016.

dos órgãos, tecidos, ou outras partes para doação, o corpo do *de cuius* deve ser “recomposto” e consignado à família.<sup>245</sup>

O que se infere do artigo 14 do Código Civil, ainda, é que o sujeito continua detentor do seu próprio corpo, restando-lhe a prerrogativa de dar a ele o destino que lhe convir, desde que respeitadas as limitações legais,<sup>246</sup> mesmo porque, ainda que finda a vida, resta a dignidade da pessoa falecida.

Como sabido, o corpo é considerado bem *extra commercium*, no entanto, a ele não são atribuídos direitos patrimoniais, mas sim pessoais. Isto porque a morte, dentre outras coisas, não cessa a consciência social deixada por aquele sujeito, o patrimônio financeiro e também o intelectual, ou seu legado em relação às suas obras, por exemplo. Todos estes aspectos permanecerão no mundo das relações jurídicas após a partida do seu criador e, assim, os direitos da personalidade parecem subsistir à morte.

No que diz respeito especificamente ao corpo do falecido, a legislação brasileira decidiu por legitimar sua família para que esta possa prezar pela garantia destes direitos que perduram. Cumpre ratificar que não se trata de um direito de propriedade, pois este ensejaria o emprego das características inerentes (uso, gozo e fruição) sobre o corpo do *de cuius*, por parte dos familiares, o que é expressamente vedado pela legislação.

Bem como ocorre com o direito ao corpo vivo, os atos de disposição do corpo morto também são extremamente diminutos, limitando-se à doação de órgãos e tecidos para transplantes ou para fins científicos.<sup>247</sup>

O respeito ao reconhecimento do direito ao corpo morto, enquanto uma manifestação da personalidade do indivíduo, por exemplo, requer a necessária

---

<sup>245</sup> Art. 8º. Após a retirada de tecidos, órgãos e partes, o cadáver será imediatamente necropsiado, se verificada a hipótese do parágrafo único do art. 7º, e, em qualquer caso, condignamente recomposto para ser entregue, em seguida, aos parentes do morto ou seus responsáveis legais para sepultamento. BRASIL. **Lei 9.434**, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm)>. Acesso em: 17 nov. 2015.

<sup>246</sup> GOZZO, Débora. MOINHOS, Deyse dos Santos. **A disposição do corpo como direito fundamental e a preservação da autonomia da vontade**, p.18. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=72fed322f249b958>>. Acesso em: 18 mar. 2016.

<sup>247</sup> Art. 1º A disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou post mortem, para fins de transplante e tratamento, é permitida na forma desta Lei. BRASIL, **Lei 9.434**, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm)>. Acesso em: 17 nov. 2015.

autorização judicial para a realização de pesquisas, exames e outras condutas investigativas.<sup>248</sup>

Os atos de disposição de última vontade também se relacionam a este direito ao corpo morto, uma vez que se trata de uma derradeira manifestação de vontade, extensível até o momento após a morte. Através destes, é possível que o sujeito, em vida, disponha acerca do aceite ou não em realizar a doação do seu corpo, ou parte dele, para fins altruísticos ou científicos.

Esta vontade, quando manifestada, deve ser cumprida a todo custo. Nota-se, diante da legislação vigente, especificamente em relação ao artigo 4º da Lei nº 9.434/97, que em não realizando tais atos, resta mesmo à família o poder de decisão.

Não obstante, necessário destacar que poucas são as pessoas que realizam o registro desta disposição de última vontade, quer seja em razão do desconhecimento sobre o tema ou da burocracia imposta.

### 3.3 A AUTONOMIA NO DIREITO BRASILEIRO

Intrinsecamente ligada à ideia de liberdade e por tratar-se de uma faculdade propriamente humana, a autonomia possibilita a cada sujeito individualmente o estabelecimento de leis próprias, as quais serão seguidas de acordo com um regramento eminentemente moral, tornando-se, portanto, imprescindível para a realização pessoal de cada sujeito.

O conceito de autonomia sofreu constantes modificações do decorrer da evolução humana, uma vez que sempre esteve, e assim continua, intrinsecamente associado ao sujeito individualmente.<sup>249</sup> São, portanto, os direitos da personalidade os reais responsáveis por guiar e moldar a autonomia no direito brasileiro. Questiona-se, ainda, quais direitos a autonomia pode alcançar, quer seja para tutelar ou mitigar.

---

<sup>248</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil Teoria Geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 182.

<sup>249</sup> DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2015, p. 8.

Genericamente, entende-se por autonomia a liberdade de cada indivíduo em tomar suas próprias decisões, a partir do que entende conveniente. Seu exercício, contudo, não se limita às vontades puramente pessoais, pois uma vez inseridos numa comunidade social, deverá o indivíduo atender às expectativas do Estado, que estabelece uma série de restrições em razão do interesse coletivo.

No que diz respeito ao direito civil notadamente, a autonomia é um dos pontos mais instigantes e discutidos. Isto se deve especialmente em razão dos inúmeros confrontos que podem advir da relação entre os sujeitos inseridos na sociedade, que não deixarão de ser analisados sob a ótica da autonomia. Mesmo porque a liberdade conferida a cada um destes sujeitos é meio para a atuação dos seus próprios direitos da personalidade, promovendo o alcance à dignidade.<sup>250</sup>

Diz-se que é justamente a personalidade o que delinea o princípio da autonomia, tendo ela também o condão de alterar regras no ordenamento e critérios de validade.<sup>251</sup>

A autonomia é, do mesmo modo, meio capaz de distinguir o direito público do direito privado, uma vez que, enquanto no primeiro o valor fundamental diz respeito à segurança jurídica, para o segundo, prestigia-se a liberdade. Tal distinção reflete também no que diz respeito ao cumprimento das leis, pois se para o Estado é necessária a obediência à estrita legalidade, para os privados, tudo é permitido, desde que não haja determinação legal em contrário.<sup>252</sup>

São, portanto, decorrentes da autonomia os poderes de constituir, modificar ou mesmo extinguir as relações jurídicas, cingindo as partes ao cumprimento obrigatório do que restar acordado.

No entanto, mesmo quando não há propriamente uma relação entre sujeitos, ou seja, também no que diz respeito às escolhas pessoais e, especialmente, quanto à integridade física, ao corpo e à própria vida, a autonomia enseja também alguma

---

<sup>250</sup> GODINHO, Adriano Marteleto. Autonomia privada no âmbito das relações médico-paciente e a “capacidade de consentir”: uma necessária ruptura com o regramento civil da (in)capacidade jurídica. In: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo Autonomia**. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 46.

<sup>251</sup> LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado – Parte Geral**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 65.

<sup>252</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil – Parte Geral**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 47.

inquietação. Assim, o desafio a ser enfrentado é o alcance de um equilíbrio entre os anseios individuais e as limitações impostas pela sociedade.<sup>253</sup>

O sentido desta intervenção estatal é, por um lado, o de resguardar seu melhor interesse, mas, por outro, é o de proteger individualmente cada um dos sujeitos das possíveis violações à sua dignidade humana, em razão do exercício da autonomia, sua ou de terceiros.

Há quem entenda que “o exercício da autonomia começa no próprio corpo humano”, e por isso, só há vantagens em ampliar as hipóteses de disposição do mesmo, uma vez que a autonomia é direito fundamental que autoriza o sujeito a usar este, que é bem de sua propriedade, como lhe convém.<sup>254</sup>

Contudo, há de se convir que a liberdade, como objeto basilar da autonomia, não se instrumentaliza apenas e tão somente pela permissão jurídica. Na ausência das leis impostas pelo Estado e pela sociedade politicamente organizada, de forma residual, caberá a cada sujeito atuar do modo que entenda adequado. Tal possibilidade é denominada liberdade positiva.<sup>255</sup>

Cumprido salientar que o legislador brasileiro optou por não trazer normas expressas a respeito da autonomia, sendo ela considerada um princípio norteador e, assim sendo, permeia todo o ordenamento jurídico.

### 3.3.1 Autonomia da vontade

Em dado momento na evolução da sociedade, o Estado passou a atuar de maneira extremamente limitada, abrindo espaço para o maior desempenho da atividade comercial entre sujeitos de direito, particulares. Estes contratantes se valiam de uma liberdade quase plena, uma vez que poderiam acordar especificidades relativas aos

---

<sup>253</sup> REQUIÃO, Maurício. Autonomia privada como elemento de concreção da dignidade da pessoa humana: considerações preliminares. In: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo Autonomia**. Salvador: Jus Podivm, 2014.

<sup>254</sup> STANCIOLI, Brunello. CARVALHO, Nara Pereira. RIBEIRO, Daniel Mendes. LARA, Marina Alves. **O sistema nacional de transplantes: saúde e autonomia em discussão**. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/13225/15040>>, p. 15. Acesso em: 21 nov. 2015.

<sup>255</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 440.

seus negócios sem a intervenção estatal. A visão era a de que os sujeitos não precisavam do Estado para tutelar seus direitos.<sup>256</sup>

O ideal libertário puro trazia consigo a mencionada autonomia como norteador de todas as ações dos sujeitos, e a luta pela liberdade visava ampliar a participação política dos cidadãos, a possibilidade de livre manifestação de pensamento e condução da sua própria vida.<sup>257</sup>

Muito embora o liberalismo seja principalmente estudado sob a ótica da economia, importante frisar seus reflexos também no processo de desenvolvimento de uma ideologia social, política e cultural. Ele não deve, ainda, ser visto como ideologia homogênea, que se limita a apenas um lapso temporal na história da humanidade, uma vez que os ideais liberais repercutem até hoje.

No decorrer do século XIX, contudo, a intervenção estatal no âmbito privado ganhou força e aquelas relações, antes livremente exercidas, passaram a ser regidas e tuteladas pelo Estado. Tal situação parece ter se tornado inevitável, diante da busca pela chamada justiça material. Surgia o princípio da Autonomia Privada<sup>258</sup>

Inseridos neste contexto, por liberdade contratual entende-se a liberdade das partes em acordarem o que bem quiserem, da forma que lhes convierem, de modo que restará perfectibilizado o negócio jurídico se não houver quaisquer vícios de consentimento.<sup>259</sup>

No que diz respeito à intangibilidade do pactuado, tal princípio é talvez muito mais conhecido por *pacta sunt servanda*, que determina que o negócio jurídico produzirá seus efeitos de modo preciso e obrigatório, única e exclusivamente em razão do acordo firmado entre as partes.<sup>260</sup>

A relatividade contratual, por sua vez, traduz a ideia de que o negócio jurídico gera ônus e bônus tão somente para aqueles que, de modo livre, a ele se vincularam. Ou seja, não produzirá qualquer efeito para pessoas alheias ao pacto firmado.<sup>261</sup>

---

<sup>256</sup> DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2015, p. 8.

<sup>257</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo** – 2 ed. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 83.

<sup>258</sup> DADALTO, Luciana. *Op. cit*, 2015, *loc.cit*.

<sup>259</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil - Teoria geral e contratos em espécie – v. 4.** 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 142.

<sup>260</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil - Teoria geral e contratos em espécie – v. 4.** 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 142..

<sup>261</sup> *Ibidem*.

Vê-se que, diante da atuação estatal, num novo modelo de organização política e econômica, a autonomia da vontade, vislumbrada como a mais pura liberdade humana, passou a sofrer limitações por parte do Estado, no desempenho do seu papel de legislador e juiz, importantes para a sua própria manutenção.

O processo de transição entre autonomia da vontade e autonomia privada não foi súbita, mas acompanhou a valorização dos direitos humanos, de modo que a primeira acabou sendo relativizada em função das relações jurídicas que surgiam no novo cenário político e social.

A autonomia da vontade nunca foi suplantada, mas não há como questionar que esta passou por inúmeras mudanças no decorrer dos séculos, dando lugar, muitas vezes, para a autonomia privada.<sup>262</sup> Esta transição, no entanto, gerou profundas marcas nas ordens jurídicas não somente no Brasil, como em outros países do mundo, de modo a trazer à tona questões relacionadas à função social e boa-fé.<sup>263</sup>

### 3.3.2 Autonomia privada

A priori, é possível visualizar a autonomia privada como um poder intrinsecamente ligado a outro princípio, qual seja o da liberdade contratual.<sup>264</sup> Poderá, portanto, ser utilizado pelos sujeitos para seus próprios atos, especialmente as relações jurídicas, desde que dentro das limitações interpostas pelo regramento jurídico em que está inserida.<sup>265</sup>

A autonomia privada surge como um resultado da busca pela alteração daqueles valores patrimoniais vigentes até então, sem perder de vista a vontade contratual dos sujeitos e os próprios direitos fundamentais, hoje resguardados pela Constituição Federal de 1988.

---

<sup>262</sup> DADALTO, Luciana. *Op. cit.*, 2015, p. 11.

<sup>263</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>264</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil - Teoria geral e contratos em espécie v. 4.** 2. ed. – Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 141.

<sup>265</sup> ANDRADE, Taciana Palmeira. **Doação de órgãos post mortem: a viabilidade de adoção pelo sistema brasileiro da escolha pelo doador do destinatário de seus órgãos.** 2009. Monografia. (Pós-graduação em Direito – Mestrado em Direito Privado e Econômico) – Universidade Federal da Bahia – Faculdade de Direito, Salvador. Disponível em: <[www.repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/12492/1/TACIANA%20PALMEIRA%20ANDRADE.pdf](http://www.repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/12492/1/TACIANA%20PALMEIRA%20ANDRADE.pdf)>. Acesso em: 19 nov. 2015.

Para Maurício Requião, ainda, trata-se a autonomia privada de elemento indispensável para a concreção e a promoção da dignidade da pessoa humana, sempre em observância à autonomia daquele sujeito em concreto. Não haveria, contudo, senso comum acerca do próprio conteúdo da autonomia privada.<sup>266</sup>

No entendimento de Luciana Dadalto, trata-se a autonomia privada como a responsável por legitimar “a ação do indivíduo, conformada à ordem pública e permeada pela dignidade da pessoa humana”. É, portanto, responsável por assegurar aos indivíduos a possibilidade de, livremente, ir em busca dos seus próprios interesses, respeitada a relação direta com a autonomia pública.<sup>267</sup>

É possível dizer que a autonomia privada é princípio mutável que acompanha direta e proporcionalmente o desenvolvimento da sociedade e do sistema jurídico em que está inserida. No entendimento de Ana Prata, a ideia de autonomia privada está intimamente relacionada à ideia de propriedade e negócio jurídico.<sup>268</sup>

Mais do que a possibilidade de ser proprietário de bens, o homem tem o direito de propriedade também sobre si mesmo, sendo este reconhecido pelo próprio ordenamento jurídico, a título de lhe conceder a necessária titularidade para realização de negócios jurídicos.<sup>269</sup>

Não há que se falar, no entanto, que a autonomia privada é sinônimo de liberdade, mas sim um meio adotado pelo ordenamento para a consubstanciação dos interesses individuais de cada sujeito.<sup>270</sup> Ao contrário do que parece, há, em verdade, grande distanciamento entre a autonomia privada e a liberdade, representada pela autonomia da vontade.<sup>271</sup>

O que ocorre, contudo, é que esta vontade apresenta-se como estrutura básica e essencial à autonomia privada que, dentro dos limites impostos pelo regramento jurídico, tem o condão de efetivar interesses dos sujeitos.<sup>272</sup>

---

<sup>266</sup> REQUIÃO, Maurício. Autonomia privada como elemento de concreção da dignidade da pessoa humana: considerações preliminares. In: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo Autonomia**. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 21.

<sup>267</sup> DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2015, p. 17.

<sup>268</sup> PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p. 10.

<sup>269</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>270</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>271</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil - Teoria geral e contratos em espécie v. 4.** - 2. ed. – Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 142.

<sup>272</sup> *Ibidem*, p. 144.

Assim, portanto, os contratos instrumentalizam a vontade das partes, mas não é isso somente. Também os propósitos definidos pela legislação devem ser observados, na eterna busca pelo equilíbrio entre a autonomia da vontade e o ordenamento jurídico em que as partes estão inseridas.<sup>273</sup>

A autonomia privada não se limita aos contratos. Consoante doutrina de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, “a autonomia privada transcende o perímetro dos negócios jurídicos patrimoniais”, tornando-se um verdadeiro mecanismo de consubstanciação do princípio da dignidade da pessoa humana. É o que se denomina de “autonomia existencial”, vislumbrados especialmente em negócios jurídicos unilaterais.<sup>274</sup>

Também há que se falar nesta distinção entre situações jurídicas patrimoniais e existenciais, de maneira que a primeira representa atos estritamente ligados ao direito das obrigações, direitos reais, abrangendo relações contratuais e creditícias.<sup>275</sup>

As situações existenciais, por sua vez, dizem respeito às esferas do direito civil relacionadas à família e sucessões, além dos direitos da personalidade. Estas começaram a se destacar especificamente com o advento da Constituição Federal de 1988.<sup>276</sup>

Não se pode olvidar, entretanto, que a autonomia privada não é absoluta. Em verdade, ela possui ocasional disponibilidade em razão, principalmente, da efetivação da dignidade da pessoa humana. Certamente, a parcela renunciável é mínima, e nestes casos, a razão de ser da autonomia privada diverge da que usualmente sustenta a teoria dos contratos.<sup>277</sup>

E não há melhor exemplo para tais situações, trazido pelos autores supramencionados, do que a própria remoção de órgãos e tecidos para fins de transplantes, ato este que, por opção do legislador, não poderá nunca dispor de

---

<sup>273</sup> *Ibidem.*

<sup>274</sup> *Ibidem*, p. 148.

<sup>275</sup> DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2015, p. 22.

<sup>276</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>277</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil - Teoria geral e contratos em espécie v. 4**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 149.

valoração patrimonial, mas que, contudo, é claramente “ato de autonomia existencial de disponibilidade sobre o próprio corpo”.<sup>278</sup>

Ao que parece, portanto, no que diz respeito às questões ditas existenciais, a tutela destinada à autonomia ganha maior vigor, não devendo o ordenamento jurídico destinar a mesma proteção, na mesma medida, a todos os casos concretos. De fato, haverá, casuisticamente, análise da proporcionalidade entre a autonomia e diversos direitos atrelados.<sup>279</sup>

Dito isso, é possível inferir que será dada maior proteção constitucional ao caso concreto na medida em que este aproxima-se da autonomia existencial.<sup>280</sup>

A autonomia privada é princípio meio de legitimação dos atos individuais de cada sujeito, atribuindo a eles o direito de ir em busca dos seus anseios, sem escusar-se das relações interpessoais. Não se confunde com uma liberdade plena do homem fazer o que bem entender, mas sim de guiar seus passos para, dentro de um ordenamento, alcançar seus interesses individuais nos casos concretos.<sup>281</sup>

### 3.3.3 Autonomia e dignidade

Sabe-se que o escopo principal dos direitos da personalidade é o de afirmar a integridade do seu titular, em seus mais diversos âmbitos, quer seja a integridade física, intelectual, moral ou psíquica. Isto impõe a tais direitos “uma verdadeira cláusula geral de personalidade (a dignidade da pessoa humana)”.<sup>282</sup>

Consagrada na Lei Magna brasileira, em seu artigo 1º, III,<sup>283</sup> a dignidade é um dos fundamentos principais do ordenamento, sendo simultaneamente seu meio e seu

---

<sup>278</sup> *Ibidem*.

<sup>279</sup> *Ibidem*, p. 150.

<sup>280</sup> *Ibidem*, p. 151.

<sup>281</sup> DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2015, p. 17.

<sup>282</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil Teoria Geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 179.

<sup>283</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III — a dignidade da pessoa humana. BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2015.

fim.<sup>284</sup> De tal princípio decorre a percepção de que o ser humano poderá realizar as escolhas acerca do próprio destino, sem intromissão de qualquer outra pessoa.<sup>285</sup> Isto significa que a dignidade da pessoa humana é factível, sendo ela realmente vivida por cada indivíduo, em sua medida.<sup>286</sup>

Discute-se, ainda, se tal princípio pode ser considerado de caráter absoluto, capaz de fazer com que os demais sejam a ele subalternos.<sup>287</sup> O fato é que, hodiernamente, é difícil visualizar qualquer direito, ainda que fundamental, que possa também ser considerado como absoluto, especialmente em razão do exercício da autonomia.

O conceito de dignidade não é fácil de ser obtido, requerendo, em verdade, uma interpretação polissêmica. O ideal é compreender que essa dignidade, enquanto um fundamento, pode servir para encampar posições diferentes em uma mesma relação jurídica.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, é importante que haja um debate sobre o tema, para que se compreenda do modo cada vez mais adequado a dignidade da pessoa humana, na medida em que a ordem jurídica possa, de fato, garantir a proteção da mesma. Ainda no seu entendimento, a dignidade é dita multidimensional, o que requer, necessariamente, uma análise casuística que proporcione o melhor enfrentamento das questões relacionadas.<sup>288</sup>

Por ser princípio, ao mesmo tempo em que garante a proteção contra intervenções externas que mitiguem os direitos individuais, a dignidade também garante o seu livre exercício.<sup>289</sup>

---

<sup>284</sup> LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado – Parte Geral**. - 2. ed – São Paulo: Saraiva, 2004, p. 26.

<sup>285</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional** – 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 441.

<sup>286</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: uma compreensão jurídico-constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnologia. In: SARMENTO, Daniel. PIOVESAN, Flávia (Coords.). **Nos limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 211.

<sup>287</sup> TAVARES, André Ramos. *Op. cit.*, 2013, p. 443.

<sup>288</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: uma compreensão jurídico-constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnologia. In: SARMENTO, Daniel. PIOVESAN, Flávia (Coords.). **Nos limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 212.

<sup>289</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional** – 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 442.

Sendo assim, como dito, para preencher o sentido do referido termo, é necessário que a análise seja feita em concreto, considerando as especificidades de cada sujeito, em determinado momento histórico. Mesmo porque a dignidade não é detentora de conceito estático, mas sim mutável, sendo ela o resultado das constantes mudanças históricas.<sup>290</sup>

Note-se, todavia, que apenas o seu preenchimento é que se dará em concreto, pois a sua existência, por si só, independe de qualquer realidade fática. É o que explica a lição de Ingo Wolfgang Sarlet, ao dizer que a dignidade:

independe das circunstâncias concretas, já que inerente a toda e qualquer pessoa humana, visto que, em princípio, todos – mesmo o maior dos criminosos – ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes, inclusive consigo mesmos.<sup>291</sup>

Assim, consoante entendimento do referido autor, a dignidade da pessoa humana, a *priori*, deve ser analisada abstratamente, sendo ela atribuída a todo e qualquer indivíduo indistintamente. No entanto, isto não afasta o entendimento de que, para melhor compreensão do princípio, é interessante visualizá-lo em concreto.

E acerca deste conteúdo a ser preenchido, entende André Ramos Tavares que este será passível de controle, especificamente nas hipóteses em que haja o conflito entre a dignidade da pessoa humana e outros princípios.<sup>292</sup>

Para Roxana Borges:

o conteúdo da dignidade da pessoa humana não é absoluto, não é uma revelação que se impõe de forma igual a todas as pessoas e, também, não tem significado compartilhado por todos os indivíduos, por mais semelhantes que estes sejam, mesmo que componham a mesma sociedade e vivam no mesmo momento histórico. (...) Ignorar esses aspectos implica o risco de julgar as pessoas a partir de preconceitos, de crenças religiosas não compartilhadas, de visões de mundo que não são comuns a todos [...].<sup>293</sup>

A dignidade tem natureza plural, mas seu conteúdo pode ser apreendido a partir do binômio formado pela dimensão relacional e a dimensão biológica do princípio. Esta dimensão relacional, também denominada biográfica, diz respeito ao poder inerente

---

<sup>290</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia provada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.19.

<sup>291</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, 2007, p. 217.

<sup>292</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional** – 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 445.

<sup>293</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia provada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.20.

aos sujeitos de relacionar-se uns com os outros, fazendo escolhas individuais por intermédio da comunicação.<sup>294</sup> É este o entendimento da jurisprudência brasileira.

Também para Ingo Wolfgang Sarlet, a noção de dignidade advém não somente do caráter biológico do ser humano, mas especialmente do “reconhecimento da essencial unicidade de cada pessoa e do fato de esta ser credora de um dever de igual respeito e proteção no âmbito da comunidade humana”.<sup>295</sup>

Consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), a dignidade da pessoa humana é princípio de tamanha importância para o ordenamento jurídico que admite o chamado “transbordamento”. Ou seja, a dignidade transcende de tal forma a atingir tudo aquilo que disser respeito ao indivíduo, admitindo uma proteção gradativa.<sup>296</sup>

Não há como negar, portanto, o importante papel da dignidade da pessoa humana para a concreção de inúmeros direitos de grande importância para os sujeitos de direito e para a sociedade como um todo, a exemplo dos próprios direitos da personalidade.<sup>297</sup>

Necessário dizer, contudo, que por ser tão utilizada com intuito de avigorar uma série de valores outros, é preciso cuidar para que a dignidade da pessoa humana não se torne um “clichê jurídico” que, ao invés de auxiliar na solução de problemas e conflitos, desempenhe papel contrário.<sup>298</sup>

No que diz respeito à sua dimensão jurídico-normativa, não se pode afirmar que a dignidade é conceito vazio, passível de qualquer hemenêutica. Mesmo porque, em se tratando de dignidade da pessoa humana, mesmo que haja distintas

---

<sup>294</sup> DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2015, p. 12.

<sup>295</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: uma compreensão jurídico-constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnologia. In: SARMENTO, Daniel. PIOVESAN, Flávia (Coords.). **Nos limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 232.

<sup>296</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510-0 de 25 de maio de 2008**. Requerente: Procurador Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Carlos Britto. Distrito Federal, 2008, p. 30. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adi3510relator.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

<sup>297</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia provada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.179

<sup>298</sup> REQUIÃO, Maurício. Autonomia privada como elemento de concreção da dignidade da pessoa humana: considerações preliminares. In: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo Autonomia**. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 14.

interpretações possíveis, todas elas devem se dar com o intuito de buscar a “única resposta correta”.<sup>299</sup>

O vasto campo de utilização da dignidade dentro do direito, portanto, se dá, especialmente, em razão da sua vagueza semântica, sendo necessária a análise em concreto de cada caso.<sup>300</sup>

Para Anderson Schreiber, por ter alto grau de abstração, o termo parece, por vezes, ter pouco ou quase nenhum significado. Mais do que isso, a utilização indiscriminada poderá vulgarizar um princípio de tanta importância da atual ordem jurídica. Assim, não se pode abster de especial atenção a todas as suas particularidades quando do seu emprego.<sup>301</sup>

Diante disso, é importante encontrar um meio de concreção da dignidade da pessoa humana, para que esta possa, enfim, ser utilizada da melhor forma.<sup>302</sup> Isto não significa, todavia, que a dignidade deve ser reduzida à uma fórmula básica, genérica e abstrata, mas sim que é necessária a “busca de uma definição necessariamente aberta, mas minimamente objetiva (no sentido de concretizável)”<sup>303</sup>, em razão da segurança jurídica.

E é justamente diante da busca pelo preenchimento da força normativa da dignidade que se vislumbra a autonomia privada como meio de fazê-lo. Para tanto, é necessário retirar o termo do âmbito abstrato e trazê-lo para a perspectiva concreta, casuística. Assim, poderá a dignidade ser materializada para cada sujeito individualmente.<sup>304</sup>

Não há como tratar da autonomia separando-a da do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, especialmente no que diz respeito à sua face

---

<sup>299</sup> STRECK, Lenio Luiz *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: uma compreensão jurídico-constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnologia. In: SARMENTO, Daniel. PIOVESAN, Flávia (Coords.). **Nos limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 239.

<sup>300</sup> REQUIÃO, Maurício. *Op. cit.*, 2014, p. 14.

<sup>301</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 8.

<sup>302</sup> REQUIÃO, Maurício. *Op. cit.*, 2014, p. 18

<sup>303</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: uma compreensão jurídico-constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnologia. In: SARMENTO, Daniel. PIOVESAN, Flávia (Coords.). **Nos limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 232 *et seq.*

<sup>304</sup> REQUIÃO, Maurício. Autonomia privada como elemento de concreção da dignidade da pessoa humana: considerações preliminares. In: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo Autonomia**. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 14.

existencial, individual e autônoma.<sup>305</sup> A autonomia é, em verdade, consequência direta do respeito à dignidade.

#### **4 A EFETIVAÇÃO DA VONTADE MANIFESTADA: A BUSCA POR MECANISMOS PARA A GARANTIA DO CUMPRIMENTO**

Como já visto, é perfeitamente possível que, mesmo após a morte, o sujeito tenha a sua manifestação de vontade respeitada e, mais do que isso, em razão da força vinculativa da autonomia privada, seu cumprimento seja obrigatório.

---

<sup>305</sup> DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2015, p. 13.

No entanto, a legislação que hoje dispõe o ordenamento jurídico brasileiro não acompanha tal abrangência, e é necessário que se busquem mecanismos outros para satisfazer tal necessidade, e que possam ser inseridos legalmente.

Como será detalhado adiante, em 31 de agosto de 2012, restou aprovada a Resolução nº 1.995, que dispõe sobre diretivas antecipadas, inaugurando o tema no Brasil, mas sem lhe auferir legalidade. Sua aplicação, contudo, por ora não é a melhor, uma vez que o Conselho Federal de Medicina, responsável pela sua regulamentação não tem a competência necessária para lhes atribuir força vinculante.<sup>306</sup>

No mais, há, ainda que de modo esparso, políticas públicas e atos sociais relacionadas à doação de órgãos e tecidos *post mortem*, que foram criadas com o escopo de conscientizar as pessoas e lhes dar espaço para manifestar a sua vontade. Contudo, a decisão final continua sendo a da família do *de cuius*.

#### 4.1 A AUTONOMIA DA VONTADE E A DOAÇÃO DE ÓRGÃOS E TECIDOS

O princípio da autonomia deve ser reconhecido e aplicado também no que diz respeito ao direito médico.<sup>307</sup> É fácil visualizar a autonomia da vontade, neste âmbito, como um meio de instrumentalizar o interesse individual, por exemplo, em doar, ou não, órgãos e tecidos para fins altruístas ou científicos.

Todavia, há que se falar também na aplicação da autonomia privada neste contexto. Isto porque o princípio surge num âmbito particularmente ligado às questões patrimoniais, entretanto, limitá-lo a isto é minorar a própria ideia de liberdade e dignidade. Assim, a autonomia pode e deve ser percebida também como meio de perfazer as liberdades individuais e os próprios direitos da personalidade.<sup>308</sup> Este é o entendimento de Adriano Marteleto Godinho, que completa:

Se a cada indivíduo cabe reconhecer a prerrogativa de ser e de tornar-se o que bem entender, a autonomia privada tem um nobre papel a cumprir: o de

---

<sup>306</sup> DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2015, p. 163 *et seq.*

<sup>307</sup> *Ibidem*, p. 57.

<sup>308</sup> GODINHO, Adriano Marteleto. Autonomia privada no âmbito das relações médico-paciente e a “capacidade de consentir”: uma necessária ruptura com o regramento civil da (in)capacidade jurídica. In: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo Autonomia**. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 42.

facultar a cada pessoa modelar o sentido de sua existência, ancorada nos seus valores, suas crenças, sua cultura e seus anseios.<sup>309</sup>

Diante disso, é possível estabelecer que a doação de órgãos e tecidos deve também ser entendida como um direito decorrente do exercício da autonomia privada. Mesmo porque a concretização da autonomia inicia-se no próprio corpo humano.<sup>310</sup>

O direito de doar órgãos e tecidos contempla a possibilidade de disposição do próprio corpo, tendo o legislador optado por permiti-la tão somente no âmbito gratuito, a fim de preservar os fins humanitários e terapêuticos da doação. São compreensíveis tais limitações.

A doação de órgãos e tecidos é, para além de um direito, negócio jurídico isento de onerosidade, perfeitamente lícito e capaz de gerar repercussão no mundo jurídico.<sup>311</sup> Nada obstante, isto não significa que não há limitação ao exercício da autonomia da vontade para a efetiva concretização destes negócios jurídicos.

De modo exemplificativo, tem-se o fato de que nem todos os órgãos e tecidos são vislumbrados pelo direito da mesma maneira. Tal afirmação é facilmente visualizada nas hipóteses de doação de sangue, cabelo e células sexuais femininas e masculinas, em que a realização se dá de modo muito menos embaraçado.<sup>312</sup>

Em se tratando especificamente dos aspectos da bioética, diz-se que a autonomia atribui também aos sujeitos a capacidade de autodeterminar-se, consoante os seus próprios valores e convicções. Investido de autonomia, ele poderá, portanto, realizar suas escolhas e perseguir-las da maneira que achar mais correta, desde que em nada interfira na esfera da autonomia de terceiros e dentro dos moldes legais.

A norma pertinente à doação de órgãos e tecidos permite que ela seja realizada também em vida, traduzindo a força da autonomia do sujeito sobre o próprio corpo. No entanto, também lhe impõe as limitações já mencionadas neste trabalho monográfico, quais sejam a necessidade de que os órgãos doados sejam dúplices

---

<sup>309</sup> *Ibidem.*

<sup>310</sup> STANCIOLI, Brunello. CARVALHO, Nara Pereira. RIBEIRO, Daniel Mendes. LARA, Marina Alves. **O sistema nacional de transplantes: saúde e autonomia em discussão**. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/13225/15040>>. Acesso em: 21 nov. 2015.

<sup>311</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia provada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 174.

<sup>312</sup> *Ibidem.*

ou regeneráveis, além da retirada de tecidos como sangue, medula e pele – enfim, nada que possa colocar em risco a integridade do doador.<sup>313</sup>

É possível dizer, ainda, que o princípio da autonomia garante aos sujeitos a prerrogativa de decidir acerca da possível utilização do seu corpo também em momento *post mortem*<sup>314</sup>, quer seja para fins de estudos científicos ou para que partes dele sejam doadas para fins terapêuticos. Questão que aqui se levanta é: poderia o pretense doador decidir a quem se destinariam seus órgãos e tecidos doados?

Há quem entenda que a lista única de receptores, organizada pelo Sistema Nacional de Transplante representa afronta ao princípio da autonomia privada dos sujeitos ao lhe retirar tal poder de escolha.<sup>315</sup>

A impossibilidade de que o doador faça a escolha pelo receptor dos órgãos e tecidos que serão por ele doados após a sua morte é, inegavelmente, clara limitação à autonomia da vontade. É o Decreto nº 2.268/97 que impede a chamada doação personalizada para as doações feitas após a morte, e o faz de modo indireto ao estabelecer que tão somente as pessoas inscritas na lista do Sistema Nacional de Transplante podem ser receptoras, respeitando a ordem estabelecida.<sup>316</sup>

Isto porque restringir a escolha do pretense doador, no que tange à destinação e serventia dos seus órgãos após a morte pressupõe também conter o exercício da autodeterminação.<sup>317</sup>

Percebe-se que, especialmente no momento *post mortem*, são muitas as limitações feitas à autonomia da vontade do sujeito quanto à realização e destinação dos seus órgãos e tecidos, sempre a fim de proteger a dignidade da pessoa humana.<sup>318</sup>

---

<sup>313</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Parte Geral**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 187.

<sup>314</sup> ANDRADE, Taciana Palmeira. **Doação de órgãos post mortem: a viabilidade de adoção pelo sistema brasileiro da escolha pelo doador do destinatário de seus órgãos**. 2009. Dissertação. (Pós-graduação em Direito – Mestrado em Direito Privado e Econômico) – Universidade Federal da Bahia – Faculdade de Direito, Salvador, p. 14. Disponível em: <[www.repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/12492/1/TACIANA%20PALMEIRA%20ANDRADE.pdf](http://www.repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/12492/1/TACIANA%20PALMEIRA%20ANDRADE.pdf)>. Acesso em: 19 nov. 2015.

<sup>315</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>316</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>317</sup> STANCIOLI, Brunello. CARVALHO, Nara Pereira. RIBEIRO, Daniel Mendes. LARA, Marina Alves. **O sistema nacional de transplantes: saúde e autonomia em discussão**. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/13225/15040>>. Acesso em: 21 nov. 2015.

<sup>318</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia provada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.179.

A legislação específica, relativa à doação de órgãos e tecidos para transplante, trata em certa medida do chamado princípio do consentimento informado e expresso, base da relação médico-paciente.<sup>319</sup> Este consiste no fato de que o indivíduo deve receber todas as informações pertinentes à doação para que, a partir daí, possa manifestar a sua vontade em fazê-lo ou não. Disto, infere-se que a anuência, quando esclarecida, tem seu cumprimento revestido de obrigatoriedade.

A interpretação trazida pela a nova redação do art. 4º da Lei 9.434, para parte da doutrina, contudo, foi de extremo retrocesso no que diz respeito ao mencionado princípio. Isso porque ao colocar nas mãos da família do sujeito, e somente dela, a capacidade para autorizar a retirada de órgãos e tecidos *post mortem* parece mitigar o direito a autonomia corporal do indivíduo em detrimento da vontade de terceiros.<sup>320</sup>

Compreende-se que tornar os familiares do *de cuius* os únicos responsáveis pela decisão acerca da doação dos órgãos e tecidos do mesmo foi a escolha feita pelo legislador para solucionar o problema da doação presumida.<sup>321</sup>

Entretanto, em se tratando o direito à dignidade da pessoa humana de um princípio constitucionalmente protegido, cujo propósito é resguardar a autodeterminação individual sempre que isto não trazer maiores riscos para o próprio sujeito ou para a sociedade, tal fundamento acaba sendo mitigado pela submissão da vontade do doador à posterior autorização da sua família.<sup>322</sup>

Por óbvio, a grande maioria das famílias fará esta escolha buscando cumprir os últimos desejos do ente falecido, ou o que imaginam ser o mais benéfico para sua honra e reputação. Contudo, tal ato poderá, em alguma medida, suplantar por completo a real vontade do *de cuius*, que teria ele manifestado em vida.

Como mencionado alhures, outro ponto de questionável mitigação da vontade do doador no momento *post mortem* é o que diz respeito à necessária vinculação da

---

<sup>319</sup> ANDRADE, Taciana Palmeira. **Doação de órgãos post mortem: a viabilidade de adoção pelo sistema brasileiro da escolha pelo doador do destinatário de seus órgãos**. 2009. Dissertação. (Pós-graduação em Direito – Mestrado em Direito Privado e Econômico) – Universidade Federal da Bahia – Faculdade de Direito, Salvador, p. 16. Disponível em: <[www.repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/12492/1/TACIANA%20PALMEIRA%20ANDRADE.pdf](http://www.repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/12492/1/TACIANA%20PALMEIRA%20ANDRADE.pdf)>. Acesso em: 19 nov. 2015.

<sup>320</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 48.

<sup>321</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Parte Geral**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>322</sup> SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 48.

doação à lista única de transplantes. A referida lista acaba por não deixar alternativa distinta ao pretendo doador, se não a de submeter o seu corpo ao domínio estatal.<sup>323</sup>

Para os que defendem esta percepção, o que ocorre é uma invasão do Estado em uma condição íntima e pessoal de cada sujeito, que deveria ser condicionada única e exclusivamente pela sua autonomia privada.

O Decreto nº 2.268/97, que cria a lista única de receptores de órgãos traz regras que determinam que o doador *de cujus* realizará doação necessariamente a indivíduo com quem não tenha qualquer ligação familiar ou por afinidade, cabendo ao Sistema Nacional de Transplantes controlar.<sup>324</sup>

Roxana Borges entende que a burocracia imposta pela lista é por demais exagerada, e configura abuso estatal por acabar ensejando situações infelizes como a narrada por ela em sua obra, em que uma mãe deixou de autorizar a doação de órgãos de sua filha ao saber que não poderia direcioná-los à sua sobrinha.<sup>325</sup> Certamente, este não é um caso isolado.

Há que se admitir, contudo, que, como já apontado no presente trabalho monográfico, a autonomia sempre será mitigada em algum ponto e medida, quer seja em razão do melhor interesse do Estado ou da sociedade. Assim, importante e necessário também examinar a referida lista única de transplantes como um meio que visa trazer maior organização e celeridade ao procedimento no país.

#### 4.2 O NECESSÁRIO CUMPRIMENTO DA VONTADE DO DOADOR

Partindo do pressuposto de que os direitos da personalidade são próprios dos sujeitos, tal dimensão da dignidade só será devidamente respeitada se e quando, em vida, seja possível a manifestação de vontade acerca da doação de órgãos e

---

<sup>323</sup> ANDRADE, Taciana Palmeira. **Doação de órgãos post mortem: a viabilidade de adoção pelo sistema brasileiro da escolha pelo doador do destinatário de seus órgãos.** 2009. Dissertação. (Pós-graduação em Direito – Mestrado em Direito Privado e Econômico) – Universidade Federal da Bahia – Faculdade de Direito, Salvador. Disponível em: <[www.repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/12492/1/TACIANA%20PALMEIRA%20ANDRADE.pdf](http://www.repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/12492/1/TACIANA%20PALMEIRA%20ANDRADE.pdf)>. Acesso em: 19 nov. 2015.

<sup>324</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada.** São Paulo: Saraiva, 2005, p. 179.

<sup>325</sup> SÁ, Élida *apud* BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Op. cit.*, 2005, p. 180.

transplantes para fins terapêuticos, e esta seja respeitada em momento *post mortem*.

A tomada de decisão por parte da família não deve, portanto, ser a única via de acesso à permissão de retirada dos órgãos e tecidos do *de cuius* para doação, como preceitua o art. 4º da Lei 9.434/97. A primeira opção é, e deve ser sempre, o cumprimento da vontade do próprio sujeito.

Ainda que o Estado brasileiro, por intermédio do Sistema Único de Saúde, busque ao máximo alcançar o perfeito funcionamento do Sistema Nacional de Transplantes, e cumpra com a sua função de informar a família acerca dos requisitos da doação para transplante e a sua importância social, este ainda é falho, especialmente no que diz respeito ao acesso da sociedade às informações a respeito do tema.

Por isso, ainda que bem orientada a família, a concretização da manifestação da vontade do sujeito nem sempre é respeitada. A fim de alterar tal cenário, é importante que se viabilize a criação de um instrumento capaz de oportunizar aos sujeitos a manifestação expressa da sua vontade quanto à doação de órgãos e tecidos *post mortem*.

Tal instrumento deve ser documento jurídico específico por meio do qual o pretendo doador demonstre sua clara intenção em realizar a doação, podendo inclusive dispor acerca de outros aspectos específicos. Em tais casos, à família restaria tão somente a atribuição de promover o implemento do que for prescrito.<sup>326</sup>

Tal manifestação prévia de vontade feita pelo indivíduo requer necessariamente que este seja dotado de capacidade por intermédio do que é comumente denominado de diretivas antecipadas de vontade.<sup>327</sup> Desta forma, como dito, a participação da família deve ser secundária. Tão somente na falta de declaração do *de cuius* é que, suplementarmente, ela poderá tomar as rédeas da situação e decidir acerca da doação.<sup>328</sup>

---

<sup>326</sup> STANCIOLI, Brunello. CARVALHO, Nara Pereira. RIBEIRO, Daniel Mendes. LARA, Marina Alves. **O sistema nacional de transplantes: saúde e autonomia em discussão**. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/13225/15040>>. Acesso em: 21 nov. 2015.

<sup>327</sup> DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2015, p.55.

<sup>328</sup> STANCIOLI, Brunello. CARVALHO, Nara Pereira. RIBEIRO, Daniel Mendes. LARA, Marina Alves. **O sistema nacional de transplantes: saúde e autonomia em discussão**. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/13225/15040>>. Acesso em: 21 nov. 2015.

No que diz respeito à lista única de transplantes, criticada por dirimir a manifestação de vontade do pretendo doador *post mortem*, há que se falar na possibilidade de conciliá-las.

O método utilizado pela lista é o de que resta proibida a doação personalizada, ou seja, não poderá o doador escolher o receptor dos seus órgãos e tecidos doados *post mortem*.

O que se propõe, no entanto, é colocar algumas ressalvas em tal método, especificamente com a possibilidade de utilização de testamento ou documento análogo. Neste documento, o doador poderia manifestar não apenas a sua vontade em tornar-se doador após a morte, mas indicar quem se beneficiaria com a doação. Assim, tão somente na ausência desta declaração é que o critério da lista passa a ser utilizado.<sup>329</sup>

O que se sabe é que o Brasil não possui um aparato específico para a efetivação da vontade do doador *post mortem*, pois, pelo contrário, a legislação pertinente mitiga claramente seu direito.

Todavia, no âmbito constitucional, resta permitido que, gozando das suas faculdades mentais, o indivíduo possa antecipar a manifestação da sua vontade no que se refere ao aceite ou à recusa de tratamentos médicos, consoante o seu entendimento acerca da utilidade dos mesmos.<sup>330</sup>

#### 4.3 AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NO DIREITO BRASILEIRO

---

<sup>329</sup> ANDRADE, Taciana Palmeira. **Doação de órgãos post mortem: a viabilidade de adoção pelo sistema brasileiro da escolha pelo doador do destinatário de seus órgãos.** 2009. Dissertação. (Pós-graduação em Direito – Mestrado em Direito Privado e Econômico) – Universidade Federal da Bahia – Faculdade de Direito, Salvador. Disponível em: <[www.repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/12492/1/TACIANA%20PALMEIRA%20ANDRADE.pdf](http://www.repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/12492/1/TACIANA%20PALMEIRA%20ANDRADE.pdf)>. Acesso em: 19 nov. 2015.

<sup>330</sup> SILVA, Maria Isabel Fernandes. GOMES, Frederico Barbosa. **Possibilidade de inclusão do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro.** Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2013/04/D18-26.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2016, p. 14.

As Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV) devem ser entendidas como gênero de documento de manifestação de vontade do paciente, do qual advém outras espécies, a exemplo do mandato duradouro e do testamento vital. Tal dicotomia foi tratada primeiramente na *Patient Self-Determination Act* (PSDA), lei federal norte-americana de 1991.<sup>331</sup>

Estas DAVs devem ser compreendidas como “instruções escritas que o paciente prepara para guiar o cuidado médico e que se aplica em certas situações, como doenças terminais ou graves e incuráveis.”<sup>332</sup>

Como dito, as diretivas antecipadas de vontade foram inseridas no Brasil em 2012, por meio da Resolução nº 1.995 do Conselho Federal de Medicina, que, em nota, reafirmou um dos preceitos basilares das diretivas que é o de que sua utilização deverá estar sempre atrelada ao ordenamento jurídico em que se encontram inseridas.<sup>333</sup>

A referida resolução trouxe para o país a discussão acerca das diretivas antecipadas do paciente, e aí reside a sua importância. No entanto, ela vincula tão somente os membros da classe médica, e não há, ainda, nenhuma lei específica que regularize a questão.<sup>334</sup>

No que diz respeito ao testamento vital, cumpre salientar que, em verdade, sua nomenclatura advém da tradução livre de *living will*, documento aplicável há décadas nos Estados Unidos. Contudo, necessário esclarecer que, a depender do país em que tal diretiva seja aplicada, ou seja, para cada ordenamento jurídico em que o instrumento esteja inserido, haverá diferenciações na sua formatação, utilização e objetivo. Isto se deve principalmente ao fato de que as diretivas antecipadas devem, necessariamente, limitar-se à legislação do Estado em que forem implementadas.

Luciana Dadalto aponta para a confusão existente na utilização dos termos testamento vital e DAV, muitas vezes ditos sinônimos, embora não sejam. No seu entendimento, o mais correto, ao menos para sua aplicação no Brasil, seria

<sup>331</sup> DADALTO, Luciana. DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2015, p. 88.

<sup>332</sup> DADALTO, Luciana. **Testamento Vital – o que seu paciente gostaria de fazer ao enfrentar a morte?** Disponível em: <<https://academiamedica.com.br/testamento-vital/>>. Acesso em: 07 mai. 2016.

<sup>333</sup> DADALTO, Luciana. **Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995/12**. *Revista Bioética*, v. 21, n.1, 2013, p. 106-113. Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/791/861](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/791/861)>. Acesso em: 28 fev. 2016, p. 4.

<sup>334</sup> DADALTO, Luciana. *Loc.cit.*, 2016.

denominá-lo apenas de “Diretiva Antecipada de Vontade e Declaração Prévia de Vontade do Paciente em fim de vida”, sendo o testamento vital, em verdade, uma espécie de DAV.<sup>335</sup>

Seu escopo principal é o de fazer cumprir a manifestação de vontade do paciente em estados de doenças graves, quando este gozar de sua plena razão, ou dos seus responsáveis em momento posterior, quando lhe carecer este estado de lucidez.<sup>336</sup>

O mandato duradouro, por sua vez, é tradução livre de *durable power attorney*, também nascido nos Estados Unidos, e é ato de indicação de um mandatário, a ser realizado pelo paciente. Tal instrumento oportuniza ao paciente a nomeação de um terceiro, que ficará responsável pela tomada de decisões em seu nome, num momento posterior, quando não mais puder fazê-lo sozinho.<sup>337</sup>

Em Portugal, contudo, denomina-se *procuradores de cuidados de saúde*, enquanto na Espanha adota-se a nomenclatura *poder para el cuidado de salud/mandado de assistência sanitaria*. Somente no ordenamento jurídico português é que o mandato duradouro e o testamento vital são independentes.<sup>338</sup> Tal afirmação corrobora com o entendimento de que, a depender do país ou do referencial teórico, as diretivas antecipadas serão concebidas e utilizadas de modo distinto.

No momento em que for necessária a tomada de qualquer decisão a respeito de cuidados, tratamentos e terapias médicas, esta pessoa de confiança do outorgante será consultada pelos médicos, que deve tomar suas decisões sempre com base na vontade do outorgante. É também denominado *health care proxies* ou procuração de saúde.<sup>339</sup>

Tal instrumento, portanto, é um documento através do qual alguém, em regra na condição de paciente, poderá outorgar procuração a terceiros, de modo que seus médicos ou outros profissionais de saúde deverão necessariamente consultar estes procuradores quando da tomada de decisões acerca de tratamentos terapêuticos.

---

<sup>335</sup> DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2015, p. 177.

<sup>336</sup> SILVA, Maria Isabel Fernandes. GOMES, Frederico Barbosa. **Possibilidade de inclusão do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2013/04/D18-26.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2016, p. 7.

<sup>337</sup> DADALTO, Luciana. **Testamento Vital – o que seu paciente gostaria de fazer ao enfrentar a morte?** Disponível em: <<https://academiamedica.com.br/testamento-vital/>>. Acesso em: 07 mai. 2016.

<sup>338</sup> DADALTO, Luciana. *Op. cit.* 2015, p.92.

<sup>339</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 62

Ressalta-se que esta consulta só será necessária se e quando o mandatário não estiver mais em plenas condições de capacidade.<sup>340</sup>

No presente trabalho monográfico, todavia, a pesquisa se deu com especial atenção ao testamento vital (tradução literal da expressão norte-americana *living will* que, como dito, é assim denominado equivocadamente), que consiste num documento escrito através do qual um sujeito tem a possibilidade de determinar a qual modalidade de tratamento (ou não-tratamento) deseja se submeter quando encontrar-se em situação de incapacidade, estado terminal ou incurável, não podendo mais manifestar a própria vontade.<sup>341</sup>

Não há a necessidade de outorga de poderes a uma procuração para a confecção de um testamento vital, no entanto, é o que se recomenda.

O testamento vital é tema ainda pouco discutido no Brasil, mesmo diante da sua inegável importância enquanto meio de concretização da autonomia privada dos sujeitos.<sup>342</sup> Ressalte-se que a inexistência de uma legislação específica sobre o tema não invalida o instituto do testamento vital.

Trata-se de uma declaração em que o paciente informa ao médico a conduta a qual gostaria que fosse seguida num momento em que uma doença futura lhe retire o discernimento para tomar decisões.<sup>343</sup> Não se afasta, porém, a sua aplicação, em atenção aos princípios da autonomia da vontade e da dignidade.<sup>344</sup>

No entendimento de Ana Cláudia Amaral e Éverton Pona<sup>345</sup>:

Tem-se assim, que o testamento é uma forma de disposição de vontade do indivíduo, em relação a seus bens e outras questões mais que podem não dizer respeito ao patrimônio, estabelecendo diretrizes a serem seguidas para depois de sua morte. Vê-se, dessa forma, tratar-se de negócio jurídico, unilateral, personalíssimo, revogável, gratuito e solene.

---

<sup>340</sup> DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2015, p. p.91.

<sup>341</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia provada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 239.

<sup>342</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 201.

<sup>343</sup> *Ibidem*, p. 62.

<sup>344</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Op. cit.*, 2005, *loc. cit.*

<sup>345</sup> AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. PONA, Éverton Willian. **Autonomia da Vontade Privada e Testamento Vital: a possibilidade de inclusão no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <[http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Everton\\_e\\_Ana%20Cl%C3%A1udia\\_Autonomia\\_da\\_vontade\\_privada\\_e\\_testamento\\_vital.pdf](http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Everton_e_Ana%20Cl%C3%A1udia_Autonomia_da_vontade_privada_e_testamento_vital.pdf)>. Acesso em: 21 mar. 2016.

Para a professora Cristina Sanchez Lopes,<sup>346</sup> ainda:

Os testamentos vitais são documentos por meio dos quais uma pessoa suficientemente capaz pode estabelecer, antecipadamente, que medidas e tratamentos quer que se lhe apliquem quando não possa mais expressar sua vontade pessoalmente, podendo ainda, designar um representante para que tome esse tipo de decisão em seu lugar.

Importante recordar que a nomenclatura atribuída ao instituto é tradução livre daquela utilizada em países de origem anglo-saxônicas, qual seja, *living will*. Ao que parece, contudo, isto gera na doutrina certas controvérsias, uma vez que o termo é comumente associado à ideia de testamento existente no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, os dois instrumentos em pouco se assemelham.<sup>347</sup>

Assim, em verdade, o conceito de testamento vital é muito mais amplo do que o testamento conhecido e amplamente utilizado no Brasil. Enquanto o primeiro trata precipuamente de questões ligadas à medicina e à bioética, o segundo limita-se à disposição do patrimônio jurídico e financeiro do sujeito.<sup>348</sup>

Tanto o Mandato Duradouro quanto o Testamento Vital são instrumentos destinados a garantir o cumprimento de vontade do sujeito, para momento posterior, quando ele não mais puder se expressar de modo livre e consciente. Ressalta-se que não se aplicam tão somente às hipóteses relacionadas ao fim da vida.<sup>349</sup>

Como dito, não há no ordenamento jurídico brasileiro qualquer regulamentação sobre as diretivas antecipadas de vontade, muito embora seja incontestável a necessidade de disciplinar a conduta médica a este respeito.<sup>350</sup> Restou, portanto, ao Conselho Federal de Medicina posicionar-se antes mesmo do Poder Legislativo, e estabelecer os requisitos formais necessários à elaboração do referido documento.<sup>351</sup>

<sup>346</sup> LOPES, Cristina Sanchez *apud* PONA, Everton Willian. **Testamento Vital e Autonomia Privada: fundamentos das diretivas antecipadas de vontade**. Curitiba: Juruá, 2015. Disponível em: <[https://www.academia.edu/20858030/Testamento\\_Vital\\_e\\_Autonomia\\_Privada\\_Fundamentos\\_das\\_Diretivas\\_Antecipadas\\_de\\_Vontade](https://www.academia.edu/20858030/Testamento_Vital_e_Autonomia_Privada_Fundamentos_das_Diretivas_Antecipadas_de_Vontade)>. Acesso em: 20 mar. 2016.

<sup>347</sup> DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2015, p.97.

<sup>348</sup> SILVA, Maria Isabel Fernandes. GOMES, Frederico Barbosa. **Possibilidade de inclusão do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2013/04/D18-26.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

<sup>349</sup> DADALTO, Luciana. *Op. cit.*, 2015, p. 88.

<sup>350</sup> Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 1.995**, de 09 de agosto de 2012. Disponível em: <[www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995\\_2012.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf)>. Acesso em: 27 fev. 2016.

<sup>351</sup> DADALTO, Luciana. **Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995/12**. Revista Bioética, v. 21, n.1, 2013, p. 108. Disponível em:

Como dito, é a resolução CFM nº 1.995 de 2012 que dispõe sobre as chamadas diretivas antecipadas de vontade, sendo estas a manifestação de vontade do paciente feita de modo prévio a um momento em que este não possua mais o discernimento para expressar, de forma livre e autônoma, os seus desejos em relação a tratamentos ou não-tratamentos médicos.<sup>352</sup>

Importante ressaltar, todavia, que esta CFM, como qualquer outra, tem força de lei tão somente no meio médico.<sup>353</sup> Contudo, ela concede validade à utilização das diretivas antecipadas no país, abrindo espaço para a implementação das mesmas.

Notadamente, a CFM nº 1.995 não possui qualquer relação com a prática da eutanásia, mesmo porque um dos fundamentos básicos das diretivas antecipadas é justamente o respeito e atenção ao ordenamento jurídico do país em que serão implementadas.<sup>354</sup>

Assim, mesmo que não haja uma norma jurídica específica, as diretivas podem sim ser consideradas legítimas, especialmente mediante interpretação e ponderação dos princípios constitucionais e dos direitos da personalidade.<sup>355</sup>

A resolução que prevê a utilização das diretivas antecipadas, todavia, não esgota o tema. Sua validade reside no fato de ser capaz de suscitar um debate necessário para a sociedade, especificamente acerca da necessidade de criação de legislação específica à doação de órgãos e tecidos para transplante *post mortem*.

Certamente nenhuma lei conseguirá prever todas as situações que podem ocorrer em concreto, contudo, trarão maior segurança jurídica aos profissionais da saúde relacionados aos procedimentos aos quais o paciente pretende se submeter ou não, ao tempo em que lhe garante o efetivo cumprimento da sua vontade.

---

<[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/791/861](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/791/861)>. Acesso em 28 fev. 2016.

<sup>352</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 63.

<sup>353</sup> DADALTO, Luciana. **Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995/12**. Revista Bioética, v. 21, n.1, 2013, p. 108. Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/791/861](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/791/861)>. Acesso em 28 fev. 2016.

<sup>354</sup> *Ibidem*.

<sup>355</sup> DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2015, 178.

### 4.3.1. Experiências estrangeiras

Como se sabe, as diretivas antecipadas são de restrito conhecimento na sociedade brasileira, o que justifica uma breve análise das experiências obtidas em outros países que já contam com larga utilização do instituto.

Já na década de 1960, os Estados Unidos deram seus primeiros passos em direção às diretivas antecipadas. Nas décadas seguintes, foram observados casos como o de Karen Ann Quinlano e de Nancy Beth Cruzan, cujas respectivas famílias lutaram judicialmente pelo direito de desligar os aparelhos que as mantinham vivas. Este último caso fez surgir, em 1991, a primeira lei a respeito do tema, a já mencionada PSDA.<sup>356</sup>

As diretivas antecipadas surgem nos Estados Unidos como meios de efetivação da dignidade da pessoa humana, uma vez que visam garantir o cumprimento da vontade manifestada pelo indivíduo quando ainda em pleno gozo das suas faculdades mentais, em momento posterior.

Na Austrália do Sul, em 1995, restou aprovada lei que dispunha acerca de direitos dos pacientes e, especificamente, sobre o as diretivas antecipadas de vontade. Tal norma apresenta detalhadamente os diversos aspectos pertinentes aos atos de vontade dos indivíduos em situação de enfermidade.<sup>357</sup>

No que diz respeito à experiência europeia, no ano de 1986, a Espanha já tratava das denominada *instrucciones previas*, que resultou na redação de um testamento vital. Contudo, a primeira lei só veio a surgir quase vinte anos depois, no ano 2000, e acabou por sofrer uma série de alterações, contribuindo para o constante avanço no estudo e na aplicação das diretivas antecipadas.<sup>358</sup>

Portugal, por sua vez, teve somente em 2012 a promulgação da lei nº 25, que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade e dá origem ao denominado Registro Nacional de Testamento Vital. Insta salientar, contudo, que a referida lei não é de

---

<sup>356</sup> DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2015, p. 106 *et seq.*

<sup>357</sup> *Ibidem*, p. 115 *et seq.*

<sup>358</sup> *Ibidem*, p. 122 *et seq.*

todo adequada, por pecar na má utilização dos termos “testamento vital”, “diretiva antecipadas” e “mandato duradouro”.<sup>359</sup>

Quanto à América Latina, a primeira lei federal sobre o tema foi editada em 2001, qual seja, a Lei nº 160 de Porto Rico. Este país, contudo, pode ser considerado exceção em relação aos demais do continente que, infelizmente, dão muito menos atenção às questões relacionadas às diretivas antecipadas de vontade.<sup>360</sup>

Muitas das leis promulgadas na América Latina utilizam como baliza as normas norte-americanas e espanhola, que, sem dúvidas, são as mais avançadas. É importante ressaltar, contudo, a importância de que cada ordenamento imprima no regramento das diretivas antecipadas de vontade as suas peculiaridades, sob pena de os institutos não terem qualquer eficácia na sociedade em que serão inseridas.

#### **4.3.2 A possibilidade de extensão do instituto para fins de cumprimento da vontade do doador**

Como dito, trata-se o testamento vital de uma das modalidades das diretivas antecipadas que, enquanto documento, instrumentaliza a tomada de decisão antecipada de um sujeito no que diz respeito à sua saúde, podendo abranger deliberações concernentes a cuidados, tratamentos e procedimentos médicos.

Este ato de manifestação de vontade é tomado previamente, em virtude da iminente possibilidade de o sujeito perder suas faculdades mentais de discernimento e capacidade, em face de uma doença que lhe retire as perfeitas condições físicas e mentais.<sup>361</sup>

Diante de todo o avanço alcançado pela medicina, o que tem proporcionado cada vez mais a extensão da vida, não é raro que muitos pacientes tenham sua existência prolongada, muitas vezes sem mais contar com o seu pleno estado de consciência.

---

<sup>359</sup> DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2015, p. 131.

<sup>360</sup> *Ibidem*, p. 142.

<sup>361</sup> SILVA, Maria Isabel Fernandes. GOMES, Frederico Barbosa. **Possibilidade de inclusão do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2013/04/D18-26.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

Esta perda de capacidade de autodeterminação do sujeito perpassa não somente questões ligadas à morte em si, mas também para o que vem após esta, como a disposição do corpo. Ou seja, necessário analisar os efeitos da autonomia e da dignidade para além da vida, sempre sob a égide dos princípios constitucionais e normas específicas.<sup>362</sup>

Ao testamento vital cumpre o papel de assegurar aos sujeitos capazes a possibilidade de realizar escolhas pertinentes aos momentos finais de sua vida, especialmente no que diz respeito às terapias de prolongamento artificial da vida.<sup>363</sup> A presente monografia teve como escopo, *a priori*, analisar a possibilidade de extensão do referido instituto para fins de cumprimento da vontade do doador, mais especificamente acerca da doação de órgãos.

Não restam dúvidas acerca da imprescindibilidade de o ordenamento jurídico brasileiro dispor de modo individual e específico sobre este tema, sempre buscando adequar a legislação atual aos princípios da dignidade, autonomia privada e direito ao corpo, o que hoje, de fato, não ocorre.

O entendimento adotado neste trabalho é também o de que a aplicação do referido, instituto nas hipóteses de doação de órgãos e tecidos para transplante *post mortem*, traria uma série de benefícios para a sociedade, como o possível aumento do índice de doações, além do efeito mais importante, que é o de cumprir efetivamente a vontade do indivíduo.

Ora, uma vez que não existe legislação específica que disponha sobre o testamento vital no Brasil, repita-se, o que se deve inferir é que este será cabível na medida em que não viole princípio ou norma jurídica vigente.<sup>364</sup>

No entanto, nem toda a doutrina comunga desta opinião e este é tema que suscita algum debate, uma vez que, em regra o testamento vital teria eficácia tão somente para durante a vida.<sup>365</sup>

---

<sup>362</sup> SILVA, Maria Isabel Fernandes. GOMES, Frederico Barbosa. **Possibilidade de inclusão do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro.** Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2013/04/D18-26.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

<sup>363</sup> DADALTO, Luciana. **Testamento Vital.** São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2015, p. 182.

<sup>364</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade.** São Paulo: Atlas, 2014, p. 202.

<sup>365</sup> SALOMÃO, Wendell. JACOB, Cristiane Bassi. **Testamento Vital – instrumento jurídico para resguardo da vontade pertinente a situações existenciais e de saúde.** Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:l8mgSxLjVLAJ:www.notariado.org.br/index>>

E é justamente a respeito deste ponto que Luciana Dadalto faz a seguinte ponderação:

Quanto à disposição sobre doação de órgãos, estas desnaturam o instituto, vez que o testamento vital é, por essência, negócio jurídico, com efeito, inter vivos, cujo principal objeto é garantir a autonomia do sujeito quanto aos tratamentos a que este será submetido em caso de terminalidade da vida. Ademais, a doação de órgãos no Brasil já está regulada pela Lei nº 9.434/1997, alterada pela Lei nº 10.211/2001, bastando que, para a efetivação da doação, sigam seus ditames.<sup>366</sup>

Muito embora a própria autora, ao tratar do embate entre a inexistência de regras específicas e a validade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro, defenda que se tem na dignidade da pessoa humana, na autonomia, no direito ao corpo e na proibição ao tratamento desumano motivações suficientes à defesa da implementação do instituto no Brasil.<sup>367</sup> Seu entendimento é o de que hoje é inviável a utilização do instrumento (testamento vital) especificamente para fins de cumprimento de vontade do sujeito acerca da doação de órgãos e tecidos para fins de transplantes

Se nos Estados Unidos existe esta possibilidade de efetivação da doação de órgãos e tecidos por meio do testamento vital, isto se dá porque seu formato original (aquele que é em tal país utilizado) é muito mais amplo e, nestes moldes, não se encaixa às diretrizes do ordenamento jurídico brasileiro.

No entanto, se faz necessário conceber as diretivas antecipadas como a exteriorização da vontade dos sujeitos em relação ao seu próprio corpo, com base em suas convicções morais, éticas, religiosas, apresentando-se como instrumento garantidor dos princípios constitucionais. Este já é também o entendimento do Poder Judiciário.<sup>368</sup>

Além disso, cumpre destacar o Enunciado 277 da Jornada de Direito Civil<sup>369</sup>, aduz que:

O art. 14 do Código Civil, ao afirmar a validade da disposição gratuita do próprio corpo, com objetivo científico e altruístico para depois da morte,

---

.php%3FpG%3DX19leGliZV9ub3RpY2lhcw%3D%3D%26in%3DNjYyNA%3D%3D+&cd=4&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br.> Acesso em: 16 mar. 2016.

<sup>366</sup> DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2015, p. 182.

<sup>367</sup> *Ibidem*, p. 179.

<sup>368</sup> *Ibidem*, p.181.

<sup>369</sup> **Enunciado 277 da IV Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IVJornada.pdf>>. Acesso em 21 mar. 2016.

determinou que a manifestação expressa do doador de órgãos em vida prevalece sobre as vontades dos familiares, portanto, a aplicação do art. 4º da Lei n. 9.434/97 ficou restrita à hipótese de silêncio do potencial doador.

Nesta senda, trata-se este enunciado de uma orientação aos tribunais, muito embora não possua força vinculativa, nem tenha a privilégio de solucionar o conflito que aqui se apresenta.

Contudo, por mais que a busca pela efetivação da autonomia e da manifestação de vontade dos sujeitos seja importante e deva ser buscada de modo incessante, ainda que seja necessário esgotar todas as tentativas e recursos para isto, não se pode nunca olvidar que as diretivas antecipadas de vontade, para que adquiram validade e eficácia no ordenamento ao qual estão inseridas, devam a ele se submeter.

Logo, por mais desanimador que isto possa parecer, sob a égide da atual Lei de Transplantes, não há que se falar na possibilidade de utilização do testamento vital, ou de qualquer outra diretiva, para fins de cumprimento da manifestação de vontade do pretense doador de órgãos e tecidos para fins terapêuticos.

Isto porque a já mencionada Lei 9.434 de 1997 é norma específica e, num embate entre seu texto e a regulamentação da Resolução nº 1.995 do CFM, não há dúvidas, é a primeira que remanesce. Importante questionar, no entanto, se a referida legislação deve mesmo se sobrepor a princípios constitucionais indisponíveis como a autonomia privada, da qual decorre o direito de manifestação de vontade. Ao que parece, a conduta do legislador foi deveras equivocada.

Mesmo porque, a mencionada resolução, que possibilita a utilização do testamento vital já foi declarada como válida<sup>370</sup>, mediante sentença transitada em julgado nos autos da Ação Civil Pública de nº 1039-86.2013.4.01.3500.<sup>371</sup>

Não havendo ainda, porém, uma legislação específica as diretivas, é perfeitamente legal a aplicação da Resolução nº 1.995 do CFM, enquanto esta regulamente a conduta dos médicos diante de situações reais. Sabe-se, no entanto, que o ideal é que a questão relacionada às DAVs venha a ser também tratada pelo legislador

<sup>370</sup> DADALTO, Luciana. **Testamento Vital – o que seu paciente gostaria de fazer ao enfrentar a morte?** Disponível em: <<https://academiamedica.com.br/testamento-vital/>>. Acesso em: 07 mai. 2016.

<sup>371</sup> BRASIL, Justiça Federal – Seção Judiciária do Estado de Goiás – Primeira Vara. **Ação Civil Pública nº 1039-86.2013.4.01.3500**. Requerente: Ministério Público Federal. Requerido: Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <[http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=10398620134013500&secao=G O&pg=1&trf1\\_captcha\\_id=5591833c5f5ecfa5dc8d44abd1b76379&trf1\\_captcha=mgtd&enviar=Pesquisar](http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=10398620134013500&secao=G O&pg=1&trf1_captcha_id=5591833c5f5ecfa5dc8d44abd1b76379&trf1_captcha=mgtd&enviar=Pesquisar)>. Acesso em: 07 mai. 2016.

pátrio, a fim de conceder ao instituto maior eficácia, além de promover a segurança jurídica.

É importante atentar ao fato de que a utilização das DAVs, nos moldes da resolução, indica que as mesmas serão utilizadas nas hipóteses em que o sujeito esteja em estado de doença grave. Do mesmo modo, ressalta-se que referida resolução deixa claro que as diretivas antecipadas se sobrepõem a toda e qualquer manifestação de terceiros, inclusive sobre a vontade da família, contudo, não trata de modo expresso da doação de órgãos e tecidos *post mortem*.<sup>372</sup>

Necessário ressaltar que, por ser um instrumento hábil à concretização da manifestação de vontade, há de se pensar na possibilidade de serventia das DAVs também nos casos em que a pessoa não se encontre doente, mas queira, de alguma forma, deixar registrada a sua vontade em tornar-se doador de órgãos e tecidos após a morte.

Neste sentido, e diante da legislação atual atinente à doação de órgãos que outorga à família a materialização da mesma, as diretivas antecipadas de um modo geral podem servir como documento comprobatório do *animus* do sujeito em realizá-la.

Para tanto, se faria necessário o registro deste documento em cartório competente, ou mesmo a criação de um banco público de domínio do Estado, que atuaria enquanto responsável pelo registro e guarda das diretivas. Sendo os cartórios organismos delegados pelo poder público a particulares, o registro feito por eles terá o condão de dar ao documento registrado a publicidade e validade necessárias, além de atribuir a eficácia *erga omnes*, mas a ideia do banco público é a de facilitar o registro da manifestação da vontade dos sujeitos.

No que se refere à esta ideia de criação de um banco público, é importante que ele seja de domínio e organização estatal, também a fim de garantir maior segurança e efetividade aos documentos que instrumentalizem a manifestação de vontade de tornar-se doador de órgãos *post mortem*. Tais bancos devem ser de acesso fácil à população em geral e simplificada a inserção do documento nos cadastros públicos, na mesma medida em que as suas informações estejam sempre disponíveis a quem delas necessitar.

---

<sup>372</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.995**, de 09 de agosto de 2012. Disponível em: <[www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995\\_2012.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf)>. Acesso em 27 fev. 2016.

Necessário atentar ao fato de que tão somente o próprio sujeito é que tem a prerrogativa de realizar este registro da sua manifestação de vontade em ser doador de órgãos e tecidos *post mortem*, desde que ele esteja apto à utilização de tais instrumentos, ou seja, tenha capacidade civil e esteja no perfeito gozo das suas faculdades mentais.

A pessoa deverá, na confecção de tais documentos, deixar clara e com suas próprias palavras, a vontade em doar seus órgãos e tecidos após a morte, devendo, inclusive, especificar quais deles deverão ser doados, sempre respeitando as exigências médicas.

Esta manifestação de vontade do sujeito, em tese, deve sempre se sobrepor à vontade de quaisquer terceiros, ainda que seus familiares. Tal ideia se aplica também à questão da doação de órgãos e tecidos, o que é perfeitamente reforçado pelo art. 14 do CC/02,<sup>373</sup> que permite a todos a disposição do próprio corpo, ainda que para momento após a morte.

Contudo, o que se sabe é que diante da legislação atual, infelizmente, o ato de disposição de órgãos e tecidos *post mortem* é prerrogativa tão somente da família do sujeito, independente de qualquer manifestação do mesmo em vida, pois não há previsão de instrumento específico capaz de implementar a vontade do doador no ordenamento jurídico brasileiro.

---

<sup>373</sup> Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte. Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo; (BRASIL, **Código Civil Brasileiro - Lei. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2016).

## 5 CONCLUSÃO

Neste trabalho, estudou-se, sob a ótica do Biodireito, as especificidades acerca da doação de órgãos e tecidos humanos para fins de transplantes e os reflexos deixados pela legislação pertinente ao tema na sociedade, até chegar ao momento atual, em que se afigura a mitigação à manifestação da vontade do doador *post mortem*.

Diante de tudo o quanto analisado, foram verificados os avanços na medicina e na esfera da biotecnologia, que fizeram nascer direitos que até então não obtinham tutela, a exemplo do direito à doação de órgãos e tecidos, decorrente do direito ao corpo.

O objetivo principal da pesquisa foi o de analisar o cenário legislativo atual pertinente ao tema, a evolução da Lei de Doação de Órgãos e Tecidos para fins de Transplantes para compreender a atual redação e como isso reverbera na sociedade e no ordenamento jurídico em face do advento das chamadas diretivas antecipadas de vontade.

Constatou-se que, desde há muito tempo, o legislador vem preocupando-se com as questões relacionadas à disposição do corpo humano, e passou a permiti-la, desde que para fins altruístas ou científicos.

A referida lei, de nº 9.434/97, alterada pela Lei nº 10.211/01, traz consigo a necessária autorização dos familiares do pretense doador de órgãos e tecidos *post mortem* para que a disposição seja realizada. Contudo, é claro o confronto entre a referida lei e o artigo 14 do Código Civil de 2002 em conjunto com toda a construção ideológica a respeito da autonomia privada dos sujeitos.

Diante disso, buscaram-se mecanismos capazes de garantir o cumprimento da vontade do doador *post mortem* manifestada em vida.

Em face deste cenário atual, é de grande importância a conscientização da sociedade em geral e, especificamente, das famílias, quando lhes for oportunizada a realização da doação, não somente da importância do ato, como também para cumprir para a vontade dos seus entes manifestada ainda em vida.

Embora a informação seja de salutar relevância, é ainda mais pertinente oportunizar aos cidadãos um meio efetivo de expressar a sua vontade em tornar-se doador, de maneira a solidificá-la e imprimir seus efeitos para além da sua vida, de maneira que nem mesmo a sua família possa se opor.

Percebe-se que a utilização das diretivas antecipadas de vontade em outros países obteve muito sucesso, e isso se deve especialmente ao fato de que tais Estados são muito menos intervencionistas no que diz respeito às liberdades individuais, além de terem passado por processos culturais distintos daqueles experimentados no Brasil.

Assim sendo, para que haja a real possibilidade de extensão do instituto das diretivas antecipadas, especialmente o testamento vital, para fins de garantia do cumprimento da vontade do doador de órgãos e tecidos *post mortem*, é urgente a necessidade de alteração na lei específica.

Diz-se que o Brasil tem o mau hábito de judicializar toda e qualquer situação, o que muitas vezes é verdade. Contudo, neste âmbito especificamente, parece que tão somente o legislador é que poderá retificar o erro trazido pelo art. 4º da Lei 9.434/97, para retirar a vigência da absurda norma e finalmente legalizar a utilização das diretivas antecipadas de vontade no que diz respeito à disposição do indivíduo sobre o seu próprio corpo em momento *post mortem*.

Isto porque, como supramencionado, as diretivas antecipadas estão inseridas no Brasil por intermédio de uma resolução do Conselho Federal de Medicina, o que não lhe atribui qualquer eficácia jurídica.

Faz-se, portanto, imprescindível a normatização das diretivas de modo a fazer com que estas se adequem à realidade da sociedade brasileira, e não sejam somente a simples adoção do modelo estrangeiro, o que possivelmente ensejaria muito mais prejuízos do que benefícios.

Outro ponto importante é a possibilidade de registro de documento hábil a instrumentalizar a manifestação de vontade do sujeito em tornar-se doador de órgãos e tecidos *post mortem* mediante criação de um banco único de informações, capaz de reunir e registrar estas vontades manifestadas. Trata-se, portanto, de um registro público da vontade do indivíduo, cujo objetivo é tornar mais célere a questão da doação de órgãos e tecidos para transplantes.

Para além do que já é o papel do Sistema Nacional de Transplantes, este cadastro teria o condão de guardar as informações de cada um dos sujeitos cadastrados, ou mesmo das diretivas antecipadas de vontade documentadas e registradas.

Conclui-se, ainda, que, hodiernamente, no país, a manifestação da vontade do doador de órgãos e tecidos *post mortem*, lamentavelmente, é condicionada à autorização de terceiros, o que retira do ato o seu carácter beneficente e, mais do que isso, acaba por ceifar a autonomia da vontade do doador quando manifestada ainda em vida.

Isto porque não há previsão legal de mecanismo eficiente à garantia da eficácia desta manifestação de vontade, o que certamente poderia ser sanado com a efetiva inserção das diretivas antecipadas de vontade no ordenamento, trazida pela Resolução nº 1.995 do CFM, sempre em atenção às especificidades do ordenamento jurídico e da sociedade brasileiros.

Urge, portanto, a necessidade de alteração nas normas vigentes até então, especificamente do art. 4º da Lei 9.434 de 1997, que acaba por transmitir o direito de escolha à família do *de cuius*, o que se apresenta como afronta ao carácter de indisponibilidade do princípio da autonomia privada. Assim, o ideal é que a manifestação de vontade registrada do sujeito seja atendida e, apenas supletivamente, seus familiares possam tomar a decisão acerca da doação.

É importante que também a questão das DAVs receba atenção do legislador. Para além disso, mostra-se de extrema necessidade a publicização das diretivas antecipadas de vontade e sua efetiva implementação no âmbito da doação de órgãos e tecidos *post mortem* o que, além de apresentar-se como possibilidade de aumento no número de doadores, é também meio perfeitamente hábil ao cumprimento do princípio constitucional da autonomia da vontade dos sujeitos.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Alessandro Rafael Bertollo de. **O início e o fim da personalidade jurídica**. Disponível em: <[www.jus.com.br/artigos/3898/o-inicio-e-o-fim-da-personalidade-juridica](http://www.jus.com.br/artigos/3898/o-inicio-e-o-fim-da-personalidade-juridica)>. Acesso em: 19 set. 2015.

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. PONA, Éverton Willian. **Autonomia da Vontade Privada e Testamento Vital: a possibilidade de inclusão no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <[http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Everton\\_e\\_Ana%20Cl%C3%A1udia\\_Autonomia\\_da\\_vontade\\_privada\\_e\\_testamento\\_vital.pdf](http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Everton_e_Ana%20Cl%C3%A1udia_Autonomia_da_vontade_privada_e_testamento_vital.pdf)>. Acesso em: 21 mar. 2016.

ANDRADE, Taciana Palmeira. **Doação de órgãos post mortem: a viabilidade de adoção pelo sistema brasileiro da escolha pelo doador do destinatário de seus órgãos**. 2009. Dissertação. (Pós-graduação em Direito – Mestrado em Direito Privado e Econômico) – Universidade Federal da Bahia – Faculdade de Direito, Salvador. Disponível em: <[www.repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/12492/1/TACIANA%20PALMEIRA%20ANDRADE.pdf](http://www.repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/12492/1/TACIANA%20PALMEIRA%20ANDRADE.pdf)>. Acesso em: 19 nov. 2015.

AZEVEDO, Benjamin. **A polêmica da doação presumida**. Disponível em: <[www.members.tripod.com/~benjamin\\_azevedo/doacao.htm](http://www.members.tripod.com/~benjamin_azevedo/doacao.htm)>. Acesso em: 21 set. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510/DF**. Relator: BRITTO, Ayres. Publicado no DJe nº 96 de 28/05/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>>. Acesso em: 09 abr. 2016.

BRASIL. **Lei 4.280**, de 6 de novembro de 1963. Dispõe sobre a extirpação de órgão ou tecido de pessoa falecida. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4280.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4280.htm). Acesso em: 19 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei 5.479**, de 10 de agosto de 1968. Dispõe sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes de cadáver para finalidade terapêutica e científica, e dá outras providências. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L5479.htm#art16](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5479.htm#art16). Acesso em: 20 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei 8.489**, de 18 de novembro de 1992. Dispõe sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, com fins terapêuticos e científicos e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1989\\_1994/L8489.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1989_1994/L8489.htm) Acesso em: 15 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei 9.434**, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm). Acesso em: 17 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei 11.105** de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm). Acesso em: 08 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. **Código Civil Brasileiro - Lei. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 20 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. **Código Penal Brasileiro - Decreto Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 20 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 20 nov. 2015.

BRASIL. **Decreto nº 2.268**, de 30 de junho de 1997. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1997/d2268.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/d2268.htm)>. Acesso em: 22 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510-0 de 25 de maio de 2008**. Requerente: Procurador Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Carlos Britto. Distrito Federal, 2008, p. 30. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adi3510relator.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. **Resolução nº 1.480**, de 21 de agosto de 1997. Disponível em: <[www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480\\_1997.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480_1997.htm)>. Acesso em: 18 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Justiça Federal – Seção Judiciária do Estado de Goiás – Primeira Vara. **Ação Civil Pública nº 1039-86.2013.4.01.3500**. Requerente: Ministério Público Federal. Requerido: Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <[http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=10398620134013500&secao=GO&pg=1&trf1\\_captcha\\_id=5591833c5f5ecfa5dc8d44abd1b76379&trf1\\_captcha=mgtd&enviar=Pesquisar](http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=10398620134013500&secao=GO&pg=1&trf1_captcha_id=5591833c5f5ecfa5dc8d44abd1b76379&trf1_captcha=mgtd&enviar=Pesquisar)>. Acesso em: 07 mai. 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil – Parte Geral**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.995**, de 09 de agosto de 2012. Disponível em: <[www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995\\_2012.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf)>. Acesso em: 27 fev. 2016.

CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos. (Pacto de San Jose da Costa Rica) de 22 de novembro de 1969. Ratificado pela República Federativa do Brasil em 25 de setembro de 1992. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade** – 2. Ed. – São Paulo: Quorum, 2008. Disponível em: <[www.passeidireto.com/arquivo/2171724/adriano-de-cupis---direitos-da-personalidade](http://www.passeidireto.com/arquivo/2171724/adriano-de-cupis---direitos-da-personalidade)>. Acesso em: 19 set. 2015.

DADALTO, Luciana. **Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995/12**. *Revista Bioética*, v. 21, n.1, 2013, p. 106-113. Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/791/861](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/791/861)>. Acesso em: 28 fev. 2016.

DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2015

\_\_\_\_\_. **Testamento Vital – o que seu paciente gostaria de fazer ao enfrentar a morte?** Disponível em: <<https://academiamedica.com.br/testamento-vital/>>. Acesso em: 07 mai. 2016.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ENUNCIADO 277 da IV Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IVJornada.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2016.

ENUNCIADO 532 da VI Jornada de Direito Civil. Disponível em: <[http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-vi-jornada/at\\_download/file](http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-vi-jornada/at_download/file)>. Acesso em: 11 abr. 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil - Teoria geral e contratos em espécie V. 4**. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil Teoria Geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Vol. I - Parte Geral**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GARCIA, Maria. **Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

GODINHO, Adriano Marteleto. Autonomia privada no âmbito das relações médico-paciente e a “capacidade de consentir”: uma necessária ruptura com o regramento civil da (in)capacidade jurídica. In: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo Autonomia**. Salvador: Jus Podivm, 2014.

GOLDIM, José Roberto. **Consentimento presumido para doações de órgãos – A situação brasileira**. 2001. Disponível em: <[www.ufrgs.br/bioetica/trancpbr.htm](http://www.ufrgs.br/bioetica/trancpbr.htm)>. Acesso em: 21 nov. 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Parte Geral**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOZZO, Débora. MOINHOS, Deyse dos Santos. **A disposição do corpo como direito fundamental e a preservação da autonomia da vontade**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=72fed322f249b958>>. Acesso em: 18 mar. 2016.

LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado – Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

LOUREIRO, Zuleica Regina de Araújo. **Doador de órgãos post mortem: uma vontade sobrestada pelo art. 4º da Lei 9.434/97**. 2009. Monografia. (Pós-graduação em Ordem Jurídica e Ministério Público) - Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília. Disponível em: <[www.fesmpdft.org.br/arquivos/mono\\_zuleica.pdf](http://www.fesmpdft.org.br/arquivos/mono_zuleica.pdf)>. Acesso em: 21 nov. 2015.

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

MIRANDA, Rosângelo Rodrigues de Miranda. **Ensaio sobre a tutela da autonomia privada na Convenção Americana de Direitos Humanos**. Disponível em: <[https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/367/ensaio%20so bre%20tutela%20autonomia\\_Miranda.pdf?sequence=1](https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/367/ensaio%20so bre%20tutela%20autonomia_Miranda.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 17 mar. 2016.

OLIVEIRA, Natally dos Santos. **Morte da Pessoa Natural e suas implicações jurídicas**. Disponível em: <[www.direitopositivo.com.br/modules.php?name=Juridico&file=display&jid=378](http://www.direitopositivo.com.br/modules.php?name=Juridico&file=display&jid=378)>. Acesso em: 21 set. 2015.

PONA, Everton. **Testamento Vital e Autonomia Privada: fundamentos das diretivas antecipadas de vontade**. Curitiba: Juruá, 2015. Disponível em: <[https://www.academia.edu/20858030/Testamento\\_Vital\\_e\\_Autonomia\\_Privada\\_Fundamentos\\_das\\_Diretivas\\_Antecipadas\\_de\\_Vontade](https://www.academia.edu/20858030/Testamento_Vital_e_Autonomia_Privada_Fundamentos_das_Diretivas_Antecipadas_de_Vontade)>. Acesso em: 20 mar. 2016.

Portal da Saúde. Sistema Único de Saúde. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/secretarias/sas/transplantes>>. Acesso em: 09 abr. 2016.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

REQUIÃO, Maurício. Autonomia privada como elemento de concreção da dignidade da pessoa humana: considerações preliminares. In: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo Autonomia**. Salvador: Jus Podivm, 2014.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SALOMÃO, Wendell. JACOB, Cristiane Bassi. **Testamento Vital – instrumento jurídico para resguardo da vontade pertinente a situações existenciais e de saúde**. Disponível em:

<<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:l8mgSxLjVLAJ:www.notariado.org.br/index.php%3FpG%3DX19leGliZV9ub3RpY2lhcw%3D%3D%26in%3DNjYyNA%3D%3D+&cd=4&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: uma compreensão jurídico-constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnologia. In: SARMENTO, Daniel. PIOVESAN, Flávia (Coods.). **Nos limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

GODINHO, Adriano Marteleto. Autonomia privada no âmbito das relações médico-paciente e a “capacidade de consentir”: uma necessária ruptura com o regramento civil da (in)capacidade jurídica. In: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo Autonomia**. Salvador: Jus Podivm, 2014.

SENGIK, Kenza Borges. RODRIGUES, Okçana Yuri Bueno. **Os direitos da personalidade e a sua tutela positiva: uma visão da proteção da autonomia privada no direito brasileiro**. Disponível em: <

<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=228b25587479f2fc>>. Acesso: em 19 mar. 2016.

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

SILVA, Benedita da. **Pronunciamento realizado no Senado Federal em 07 de janeiro de 1998**. Disponível em:

<<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/pronunciamentos/-/p/texto/219331>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

SILVA, Maria Isabel Fernandes. GOMES, Frederico Barbosa. **Possibilidade de inclusão do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em:

<<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2013/04/D18-26.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

SILVEIRA, Paulo Vítor Portella. SILVA, Amanda Ambrósio da. OLIVEIRA, Ana Carolina Souza. ALVES, Anderson José. QUARESEMIN, Camila Renault. MORAES, Cristiane de. OLIVEIRA, Flávia Santos de. MAGALHÃES, Michelle Juliana. ALVES, Rodrigo Martins. **Aspectos éticos da legislação de transplante e doações de órgãos no Brasil.** Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/indez.php/revista\\_bioetica/article/download/80/84](http://revistabioetica.cfm.org.br/indez.php/revista_bioetica/article/download/80/84)>. Acesso em: 19 mar. 2016

STANCIOLI, Brunello. CARVALHO, Nara Pereira. RIBEIRO, Daniel Mendes. LARA, Marina Alves. **O sistema nacional de transplantes: saúde e autonomia em discussão.** Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/13225/15040>>. Acesso em: 21 nov. 2015.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. KONDER, Carlos Nelson. **Autonomia e solidariedade na disposição de órgãos para depois da morte.** Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1357>>. Acesso em: 16 mar. 2016.