



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

SAMANTHA SANTANA GARRIDO

**DOAÇÃO DE ÓRGÃOS E TECIDOS *POST MORTEM*: UMA ANÁLISE
DA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DO DOADOR À LUZ DO
SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO**

Salvador
2013

SAMANTHA SANTANA GARRIDO

**DOAÇÃO DE ÓRGÃOS E TECIDOS *POST MORTEM*: UMA ANÁLISE
DA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DO DOADOR À LUZ DO
SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO**

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

Orientador: Profa. Ana Thereza Meirelles

Salvador
2013

TERMO DE APROVAÇÃO

SAMANTHA SANTANA GARRIDO

**DOAÇÃO DE ÓRGÃOS E TECIDOS *POST MORTEM*: UMA ANÁLISE
DA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DO DOADOR À LUZ DO
SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO**

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, ____/____/ 2013

Aos meus pais pelo amor de sempre e
pelo especial incentivo.

À minha irmã pelas risadas e apoio
que sempre me proporciona.

E para Adriano, companheiro de todas
as horas, pela paciência e confiança.

AGRADECIMENTOS

A Dra. Ana Thereza, orientadora presente que confiou no trabalho desenvolvido, me apoiando e incentivando a seguir em frente. Agradeço a sua generosidade em dividir o seu conhecimento. Meu muito obrigado especial.

“Nas Grandes Batalhas da vida, o primeiro passo para vitória é o desejo de vencer.”

Mahatma Gandhi

RESUMO

O trabalho desenvolvido propõe-se a analisar o regramento atual do consentimento para doação de órgãos e tecidos *post mortem*, qual seja a autorização dos familiares, confrontando-o com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, e avaliando ainda seu respeito à autonomia privada. Dedicar-se ainda a propor soluções para o respeito às disposições de última vontade, de forma a ver respeitada a vontade manifestada em vida pelo futuro doador. Para tanto, precipuamente procura analisar detidamente a Lei 9.434/1997, trazendo detalhes relevantes acerca da doação de órgãos e tecidos *post mortem* e as suas particularidades que a diferem da doação entre vivos. Analisa-se o atual Sistema Nacional de Transplantes, e aspectos importantes como a constatação da morte encefálica, a fila única de transplante e sua estrita obediência, e a gratuidade do gesto. Dedicar ainda especial atenção ao regramento da autorização para a doação *post mortem*, demonstrando a sua evolução de consentimento presumido para autorização consentida. Oportunamente, dedica-se o trabalho a desvendar o princípio da dignidade da pessoa humana, e conseqüentemente o da autonomia privada, além de trazer sua aplicação específica no campo do biodireito. Ao fim, propõe-se ainda no trabalho desenvolvido, o estudo da recente Resolução 1.995/2012 do CFM, a sua validade no ordenamento jurídico brasileiro. Permeando assim o regramento das diretivas antecipadas de vontade, para detalhadamente analisar a utilização do testamento vital como forma de registrar a vontade do paciente terminal de ser doador de órgãos e tecidos *post mortem*. O presente trabalho apresenta ainda outra solução para a declaração ser feita em qualquer fase da vida, por meio do banco de dado de doadores.

Palavras-chave: Doação de órgãos *post mortem*; Consentimento do doador; Autorização da família; Disposições de última vontade; Testamento vital; Banco de doadores.

ABSTRACT

This paper proposes an analysis of the current *post-mortem* organ and tissue donation consent legislation (family consent) confronting it with the constitutional principle of human dignity, and assessing its respect for private autonomy. The paper also promotes solutions in order to guarantee the last will provisions, and have the wishes of the future donor respected. Therefore, firstly it thoroughly analyses Law 9.434/1997, bringing relevant details about the *post-mortem* donation of organs and tissues and its peculiarities that differ it from donations between living beings. The current National Transplantation System is also analyzed, as well as relevant aspects such as brain death diagnostic, unified transplant waitlist and its strict obedience, and the gratuity of the transplant. It also gives special attention to the legislation concerning the authorization for *post-mortem* donation and its evolution from presumed consent to consented authorization. Afterwards, it devotes time to unraveling the principle of human dignity, and consequently the principle of private autonomy, clarifying its application in the field of Biolaw. Finally, it studies National Medical Board (CFM) Resolution 1.995/2012 and its validity within Brazilian legal system, therefore going through the legislation concerning the last will in order to examine in detail the use of *living will* as a way to register the dying patient's wish to become a *post-mortem* organ and tissue donor. Yet, this paper presents another solution in which the declaration of consent can be given at any stage of life, through a donor's database.

Keywords: *Post-mortem* organ donation; Donor's consent; Family authorization; Last will provisions; *Living Will*; Donor's database.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal da República
CFM	Conselho Federal de medicina
CPC	Código de Processo Civil
CNCDOs	Centrais de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos
SNT	Sistema Nacional de Transplantes

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 A LEI DE TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS	14
2.1 NOTAS PRELIMINARES: DOAÇÃO DE ÓRGÃOS <i>POST MORTEM</i> E DOAÇÃO ENTRE PESSOAS VIVAS	17
2.2 DOAÇÃO <i>POST MORTEM</i> E O SISTEMA NACIONAL DE TRANSPLANTES	18
2.2.1 A constatação da morte encefálica	21
2.2.2 A lista única de receptores para transplantes	25
2.2.2.1 Gravidade, questões geográficas, incompatibilidade e o desrespeito a fila única de receptores	27
2.3 DA GRATUIDADE DA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS E TECIDOS PARA FINS DE TRANSPLANTES E AS SANÇÕES PREVISTAS EM LEI	32
3 DA AUTORIZAÇÃO PARA A DOAÇÃO <i>POST MORTEM</i>	37
3.1 ANTES: A AUTORIZAÇÃO PRESUMIDA E A VIOLAÇÃO DA AUTONOMIA SOBRE O PRÓPRIO CORPO	38
3.2 HOJE: A AUTORIZAÇÃO CONSENTIDA	40
3.2.1 Quem autoriza a remoção dos órgãos?	42
3.2.2 A necessidade de conscientização da família do doador cadáver	43
3.2.3 A remoção de órgãos dos incapazes e dos não identificados	45
3.3. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A AUTONOMIA PRIVADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	47
3.3.1 Direitos da personalidade: direito ao corpo morto	53
3.3.2 A vontade do doador e a autonomia privada	56
3.4 A AUTONOMIA COMO UM PRINCÍPIO BIOÉTICO	58
4 A NECESSÁRIA GARANTIA DE CUMPRIMENTO DA MANIFESTAÇÃO DA VONTADE DO DOADOR EM VIDA	63
4.1 AS DISPOSIÇÕES DE ÚLTIMA VONTADE E O CÓDIGO CIVIL	64
4.2 POSSIBILIDADES PARA A GARANTIA DA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DO DOADOR	66
4.2.1 Das diretivas antecipadas de vontade e a resolução 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina	66

4.2.1.1 O testamento vital e os princípios constitucionais	71
4.2.1.2 O testamento vital como forma de manifestação do futuro doador	75
4.2.2 Um banco de Registro de doadores	78
5 CONCLUSÃO	81
REFERÊNCIAS	84

1 INTRODUÇÃO

O foco da pesquisa desenvolvida é a análise das peculiaridades e do regramento específico da doação de órgãos e tecidos para fins de transplante. Propõe-se o trabalho desenvolvido a realizar um exame crítico do Sistema Nacional de Transplantes, especialmente em relação à atual forma de consentimento para doação *post mortem*.

O trabalho desenvolvido volta-se, portanto, apenas para o estudo da doação de órgãos e tecidos *post mortem*, ou seja, aquela que ocorre após o potencial doador ser declarado morto. Não abordando as peculiaridades de uma doação de órgãos e tecidos entre pessoas vivas.

Dentro do estudo da doação *post mortem*, volta-se de forma especial à análise da manifestação de vontade do doador, apenas permeando as demais particularidades, sem grandes aprofundamentos.

A pesquisa realizada busca, portanto, trazer os critérios para que esse tipo de doação aconteça, atentando para a manifestação de vontade do potencial doador, seu regime jurídico, sua validade, aplicação e respeito a esta pelos parentes e familiares do doador já falecido. Também é de grande importância detalhar nesse trabalho monográfico como funciona no Brasil o Sistema Nacional de Transplantes, seus limites, apontando também, nesse aspecto, suas possíveis falhas.

A pesquisa busca demonstrar a relação do regramento da autorização dos familiares para doação *post mortem* com o princípio da dignidade da pessoa humana. O trabalho propõe-se, também, a trazer soluções aos problemas apontados no que tange a forma de consentimento autorizado.

Faz-se, ainda, uma análise sobre o instituto do testamento vital, bem como a recente Resolução nº 1995 do Conselho Federal de Medicina, estudando o instituto das diretivas antecipadas de vontade como possível forma de manifestação da vontade de ser ou não doador *post mortem*. Neste ponto, é importante ressaltar o caráter recente deste tema dentro do Direito, bem como os diversos pontos em constantes discussões, hoje delineadas pela atividade interpretativa da doutrina especializada.

Sendo assim, o estudo realizado no presente trabalho pauta-se justamente nas

incertezas do tema, nas dúvidas e perguntas freqüentes, não somente pela população de forma geral, mas especificamente por juristas e médicos.

Deste modo, o presente trabalho tem como objetivo avaliar a disciplina normativa conferida ao consentimento autorizado para doação *post mortem* em consonância ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Objetiva-se ainda discutir acerca das possibilidades de solução para o fiel respeito a vontade manifestada, em vida, pelo futuro doador, em ser ou não doador de órgãos. Dessa forma, propõe-se a utilização do testamento vital, bem como do banco nacional de doadores de órgãos, para que o potencial doador cadáver possa manifestar em vida sua vontade de forma impositiva.

Para tanto, é preciso passar por longo caminho desenvolvido no decorrer da pesquisa realizada.

Primeiramente volta-se ao exame da Lei 9.434/1997, que traz um regramento específico para doação de órgãos e tecidos para fins de transplantes, diante disso, é indispensável a conceituação de transplante e suas várias espécies. Passa-se, então, a estabelecer as diferenças entre a doação entre vivos e a doação *post mortem*, foco desta pesquisa.

De logo, será proposta uma análise sobre as principais características do Sistema Nacional de Transplantes, trazendo todo o procedimento para que se alcance um transplante seguro e eficaz, noticiando, então, todas as etapas envolvidas.

Como peculiaridades da doação de órgão e tecidos para fins de transplante *post mortem*, analisa-se em especial: a constatação da morte encefálica, abordando a sua evolução e os critérios atualmente adotados pela legislação especial; a fila única de receptores e a sua estrita obediência, além disso, enfatiza-se os casos em que a desobediência a esta é permitida; e ainda a necessidade de gratuidade do gesto, sendo vedado e imposta penalidades a qualquer tipo de comercialização.

Em seguida passa-se a uma apreciação mais detalhada do regramento do consentimento da doação de órgãos. Demonstra-se o regramento anterior, do consentimento presumido e todas as suas problemáticas, e as conseqüentes reformas legislativas que culminaram no atual regramento.

No regramento atual do consentimento autorizado, demanda-se a autorização dos familiares, em rol previsto na lei, para a doação *post mortem*.

Oportunamente, busca-se então entender e conceituar o princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento do Estado Democrático de Direito, e o princípio da autonomia privada, relacionando-o aos direitos da personalidade, reconhecendo o direito ao corpo morto.

Neste ponto é feita uma análise crítica acerca da autorização dos familiares confrontando-a com a autonomia privada, e demonstrando com isso possíveis falhas do regramento do consentimento autorizado.

Como forma de noticiar possíveis soluções para o cumprimento da manifestação de vontade do doador em vida, primeiramente é preciso entender as disposições de última vontade e analisar sua regulamentação pelo Código Civil Brasileiro.

Por fim, será feito um exame aprofundado das diretivas antecipadas de vontade, conceituando-a e demonstrando todas as características pertinentes ao tema, trazidas pela Resolução 1.995/2012 do CFM.

Dessa forma, apresenta-se o testamento vital e o banco de registros de doadores, para que livremente as pessoas possam manifestar a sua vontade de ser ou não doador após a sua morte.

2 A LEI DE TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS

Autoriza o ordenamento jurídico brasileiro a retirada de órgãos e tecidos do doador para que sejam transplantados para o receptor, como forma de salvar a vida destes. Permite-se, assim, a doação de órgãos e tecidos para fins de transplantes, desde que sejam observadas as particularidades trazidas na legislação específica vigente.

Além de poder defender-se de atentados de terceiros quanto ao direito de dispor de seu corpo, é lícito também a realização de negócios jurídicos, em geral gratuitos, tendo por objeto partes do corpo, por meio da autonomia privada. (BORGES, 2005, p. 174).

Neste passo, de logo, é imprescindível trazer *in verbis* o conceito de doação pelo nosso Código Civil de 2002: “Art. 538. Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra”. Diante disso, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald afirmam (2011, p. 783):

A clareza solar do dispositivo legal mostra que a doação é uma relação jurídica pela qual uma pessoa física jurídica (o doador ou benfeitor) assume a obrigação de transferir um bem jurídico ou uma vantagem para o patrimônio de outra pessoa (o donatário ou beneficiário), decorrente de sua própria vontade e sem qualquer contraprestação.

Desta forma, a doação é uma das formas de contratos regulamentadas pelo CC de 2002. No entanto, o problema em questão é a doação de órgãos e tecidos exclusivamente para fins de transplantes, ou seja, uma forma de doação especial com diversas particularidades próprias.

Essa espécie particular de doação possui um regramento especial, diverso aquele disposto no Código Civil, que nem mesmo menciona esse tipo de doação. Assim, faz-se imperioso a observância da legislação pertinente, que explicita as regras que regem a doação para fins de transplantes.

Em especial atenção na nossa legislação, tem-se a lei nº 9.434 de fevereiro de 1997, que em pese a dispor detalhamento sobre inúmeros aspectos referentes a doação de órgãos e tecidos, ela ainda não se mostra completa, deixando lacunas para ainda serem preenchidas.

Veja-se importante consideração para que se possa entender a referida legislação,

na visão de Maria Helena Diniz (2011, p. 366):

Como a Lei nº 9.434/97, no seu art. 2º, não distingue transplantes de enxerto de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, neste nosso estudo emprestaremos indistintamente os vocábulos, entendendo-se como a transferência, feito por meio de uma cirurgia, de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano na mesma pessoa, entre mais de uma ou, ainda, entre uma pessoa e um animal.

Deste modo, pelas suas especificidades, referindo-se a idéia de transplante de órgãos e tecidos, é indispensável a observância de todo o seu regramento específico, bem como do entendimento doutrinário sobre o tema, em que pese não se tratar de uma situação de ampla observância pela doutrina pesquisada.

Transferir órgãos e tecidos entre pessoas não é uma idéia recente, existem indícios muito antigo deste procedimento. Pode-se inferir pela sua ocorrência desde a Antiguidade. No entanto, foi somente com a adoção de princípios basilares da moderna cirurgia, propriamente com o avanço das ciências, que o transplante passou a ser considerado um método científico, dotado de inúmeras peculiaridades, especialmente em relação a compatibilidade entre os personagens do transplante. (MALUF, 2010, p.203).

Posto que o trabalho desenvolvido volta toda a sua atenção às doações apenas para fins de transplantes, seja de órgãos ou tecidos, a *priori*, apenas a título elucidativo, importa conceituar transplantes. Nas palavras de Terezinha de Jesus de Souza Signorini (2008, p. 154):

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

Assim, o transplante de órgãos e tecidos não se caracteriza simplesmente por ser um transplante, mas sim pelas suas peculiaridades, e especialmente pela sua finalidade, que é terapêutica ou mesma estética, enfim, visa sempre beneficiar outrem com essa espécie de doação.

Neste passo, pode-se concluir que o transplante advém da idéia de transplantar, sendo ato ou efeito de retirar algo de um lugar, para colocar em outro. No transplante de órgãos e tecidos, a idéia é retirar uma parte do corpo de determinada pessoa, para colocar em outra, ou mesmo para enxertar na própria pessoa que teve a parte retirada.

Importante perceber que, em que pese os avanços biotecnológicos e científicos em relação aos transplantes de órgãos e tecidos com finalidade terapêutica, este procedimento ainda não encontrou a perfeição – o que talvez nunca encontre – devendo sempre ser realizado com muita atenção, atentando para a saúde e segurança do receptor, e a autonomia e integridade física do doador.

Além disso, se deve ainda observar uma série de aspectos procedimentais práticos para a regular realização do transplante de órgãos e tecidos.

Bem assegura Adriana Maluf (2010, p. 204-205):

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

Posto isso, apenas a título elucidativo, vale ressaltar que existem vários tipos de transplantes realizados do ponto de vista médico-legal, são eles: o autotransplante, o isotransplante, o alotransplante, o xenotransplante.

O mais comum de todos é o alotransplante ou homotransplantes que é realizado entre seres da mesma espécie, mas que não possuem as mesmas características genéticas, é o caso de transplantes entres seres humanos por exemplo. Esta forma de transplante pode ocorrer entre duas pessoas vivas, ou mesmo de um doador cadáver para uma pessoa com vida. (SIGNORINI, 2008, p.161).

O isotransplante também é realizado entre seres da mesma espécie, mas nesse caso eles possuem características genéticas idênticas, assim, é um transplante realizado entre gêmeos univitelinos, por exemplo. E o autotransplante por sua vez é realizado de uma pessoa para ela mesma, sendo, portanto, doador e receptor a mesma pessoa. Assim, retira-se certa parte do corpo para posterior implantação em outra parte do mesmo corpo humano. Essas são as duas formas de transplantes com maior grau de compatibilidade do material transplantado. (MALUF, 2010, p. 213)

Já o xenotransplante é realizado entre indivíduos de espécies diferentes, assim é a transferência órgãos e tecidos de um ser de determinada espécie para outro de gênero distinto. É, por exemplo, o transplante de um animal para o ser humano. (SIGNORINI, 2008, p.161).

Isto posto, o transplante de órgãos e tecidos, portanto, nada mais é do que um procedimento médico, que visa assegurar melhores condições de vida aos pacientes, é muitas vezes uma forma de prolongar a vida daquele que receberá o órgão transplantado.

“Visa o transplante, antes de tudo, preservar a dignidade do ser humano, atingido drasticamente por certas doenças que dificultam ao homem a possibilidade de desenvolver livremente a sua personalidade.” (MALUF, 2010, p. 205).

2.1 NOTAS PRELIMINARES: DOAÇÃO DE ÓRGÃOS *POST MORTEM* E DOAÇÃO ENTRE PESSOAS VIVAS

A retirada de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplantes pode ocorrer entre pessoas vivas, ou ainda pode ser uma doação *post mortem*, que é justamente o norteador do trabalho realizado.

A doação entre pessoas vivas também é regulada pela lei 9.434 de 1997, e deve ser feita sempre de forma voluntária do potencial doador, mediante autorização expressa, tanto do doador, como também do receptor. Além disso, para a realização de doação de órgãos e tecidos entre pessoas vivas, é indispensável a existência de vínculo familiar específico, justamente para impedir qualquer forma de comercialização na doação. (MALUF, 2010, p.214 e 215).

Desta forma, pode-se perceber que o direito de escolha do doador vivo é restrito. O mesmo apenas pode doar para familiares, sendo vedada a doação para pessoas estranhas ao cerco familiar. Assim, para que se realize a doação entre vivos, é indispensável a comprovação do vínculo entre o potencial doador e o seu familiar receptor.

Já em relação à doação *post motem*, objeto de análise do trabalho desenvolvido, tem-se um regramento específico que bem difere da doação entre pessoas vivas. A

semelhança entre elas está na necessidade da anuência, mas essa se dá apenas por parte do receptor, já que em relação ao consentimento do doador tem-se particularidades distintas, que serão trazidas e discutidas no decorrer do trabalho desenvolvido.

Além disso, em muito difere a doação de órgãos e tecidos para fins de transplantes entre pessoas vivas e *post mortem* no que tange a relação entre o potencial doador e o receptor da doação. Ocorre que na doação *post mortem* é imprescindível que não haja qualquer relação entre os personagens do transplante que será realizado, o receptor será beneficiado respeitando uma fila única de espera, como será melhor detalhado.

Desta forma, a doação *post mortem* independe de qualquer parentesco entre doador e receptor, como ocorre na doação entre pessoas vivas, ao contrário desta, deve-se justamente não existir qualquer relação, sendo respeitada a fila única de receptores.

Pode concluir, portanto, que em que pese se tratar de duas formas de doação com o mesmo intuito, qual seja de transplante entre pessoas, reguladas ainda pela mesma lei, a doação entre vivos e a *post mortem* possuem particularidades que em muito as diferem.

2.2 DOAÇÃO *POST MORTEM* E SISTEMA NACIONAL DE TRANSPLANTES

Adentrando especificamente ao tema em análise, a doação de órgãos e tecidos *post mortem* está regulada de forma detalhada entre os artigos 3º ao 8º da Lei n. 9.434/1997. Essa é a forma de doação em que o potencial doador já está morto, ou seja, é uma doação realizada de um doador cadáver para uma pessoa com vida, ressalte-se, sem qualquer vínculo entre eles, conforme já mencionado.

Em verdade, na doação *post mortem*, o pretense doador cadáver não pode sequer ter ciência de para quem está doando seus órgãos e tecidos, ou melhor, para quem será doado, após a sua morte, seus órgãos e tecidos. Na mesma linha segue o receptor que também desconhece aquele que talvez seja o salvador da sua vida.

Observe que, para que ocorra a doação de órgãos e tecidos do doador cadáver é preciso obedecer a uma série de critérios já definidos, trazidos na lei de doação de

órgãos e tecidos. Além disso, é preciso sempre atentar para o que dispõe o Sistema Nacional de Transplantes.

O Sistema Nacional de Transplantes é competente para organizar e desenvolver todo o processo de captação e distribuição de órgãos e tecidos para fins de transplantes. É a organização competente para coordenar as atividades de transplantes, promover a inscrição dos receptores na lista única, receber notificação acerca da ocorrência de morte encefálica para que seja procedida a retirada e o transporte seguro do material, deve encaminhar relatórios anuais relativo às suas atividades desenvolvidos, e deve, ainda, entre outras coisas, exercer o controle e fiscalização dos transplantes, podendo ainda aplicar penalidades cabíveis. (MALUF, 2010, p. 210)

Além disso, o órgão competente para regular a doação de órgãos e tecidos para fins de transplantes em território nacional é Ministério da Saúde, é a quem incumbe, portanto, o Sistema Nacional de Transplante. Em conjunto com os Municípios e Estados, o Ministério da Saúde é responsável por estabelecer políticas visando efetivar os transplantes de órgãos e tecidos.

Institui o Decreto 2.268 de 30 de junho de 1997 que regula a lei 9434:

Art. 2º Fica organizado o Sistema Nacional de Transplante - SNT, que desenvolverá o processo de captação e distribuição de tecidos, órgãos e partes retirados do corpo humano para finalidades terapêuticas.

Parágrafo único. O SNT tem como âmbito de intervenção as atividades de conhecimento de morte encefálica verificada em qualquer ponto do território nacional e a determinação do destino dos tecidos, órgãos e partes retiradas.

Art. 3º Integram o SNT:

I- o Ministério da Saúde;

II- as Secretarias de Saúde dos Estados e do Distrito Federal ou órgãos equivalentes;

III- as Secretarias de Saúde dos Municípios ou órgãos equivalentes;

IV- os estabelecimentos hospitalares autorizados;

V- a rede de serviços auxiliares necessários à realização de transplantes

Assim, como forma de estruturar o Sistema Nacional de Transplantes, adotou o Ministério da Saúde diversas medidas aptas a efetivá-lo. São elas: Coordenação Nacional do Sistema Nacional de Transplantes, Grupo Técnico de Assessoramento, Centrais Estaduais de Transplante, Central Nacional de Transplante, Comissões Intra-Hospitalares de Transplante, Bancos de Órgãos e Tecidos. Cada um desses órgãos é encarregado de regular a doação de órgãos e tecidos para fins de transplantes, ou seja, efetivar o quanto disposto pelo Sistema Nacional de

Transplantes.

Informa ainda o Ministério da Saúde:

O Brasil é referência mundial no campo dos transplantes. Atualmente, 95% das cirurgias no país são realizadas no SUS. O Sistema Nacional de Transplantes (SNT) é gerenciado pelo Ministério da Saúde, pelos estados e municípios.

A seleção dos potenciais receptores de órgãos é feita através de critérios clínicos, de acordo com cada órgão ou tecido, além da avaliação do tipo sanguíneo e o tempo de espera. O Brasil realiza transplantes de órgãos sólidos (coração, fígado, pulmão, rim e pâncreas), tecido ocular (córnea) e células (medula óssea).

Para atender a quantidade de pacientes e cirurgias de transplantes, existem no país 25 centrais de notificação, captação e distribuição de órgãos, sendo 11 delas sub-regionais; 11 câmaras técnicas nacionais; 748 serviços distribuídos em 467 centros; 1.047 equipes de transplantes; além de 62 Organizações de Procura por Órgãos (OPO), no Brasil. O trabalho exige profissionais de várias áreas da saúde e afins, como psicologia, assistência social e policial.

Dessa forma, pode-se perceber que o Sistema Nacional de Transplante irá determinar todo o regramento referente aos transplantes de órgãos e tecidos com finalidade terapêutica. É importante que o regramento, bem como as leis pertinentes ao tema, sejam trazidas da forma mais clara e expressa possível, para se evitar margem de dúvidas e possíveis erros.

Trata-se de um sistema nacional que deverá ser rigorosamente seguido em todo o âmbito nacional e por toda a população nacional, não havendo que se falar em qualquer distinção entre as pessoas, ou mesmo qualquer preferência.

Deste modo, para que ocorra com segurança a doação de órgãos tecidos para fins de transplantes *post mortem*, obedecendo o Sistema Nacional de Transplantes, antes de tudo é preciso assegurar a ocorrência da morte do potencial doador. Constatada esta será preciso manter o doador em condições propícias para que possa ser feita a retirada de órgãos e tecidos de forma segura e eficaz, sem a perda dos órgãos que serão doados.

Feito isso, para que efetivamente haja o transplante de órgãos e tecidos de um doador morto para uma pessoa com vida, será necessário fazer inúmeros exames de compatibilidade para que se verifique se não há qualquer impedimento genético. Lembrando que o futuro receptor deve ser sempre o primeiro da lista única de transplantes, obedecendo, assim, a sua ordem.

Além de todo o regramento procedimental, é imprescindível ainda a observância de dois importantes pontos: a gratuidade do gesto e a necessidade de autorização para

a doação *post mortem*, requisitos de extrema relevância que serão melhor aprofundados.

2.2.1 A constatação da morte encefálica

Por óbvio, a mera possibilidade de doação de órgãos e tecidos do doador cadáver somente pode ocorrer a partir da constatação da sua morte. Assim, é imprescindível que o pretendo doador esteja morto para tratar-se de doação *post mortem*. Nesse aspecto é preciso ter muito cuidado, para não ensejar erros que podem custar a vida de uma pessoa.

A ocorrência de “transplantes” de órgãos e tecidos de pacientes ainda com vida não é raro na história médica de transplantes, e foram esses casos, inclusive, que contribuíram para que houvesse mudanças no conceito de morte para fins de transplante no decorrer do tempo.

Assim, uma das grandes discussões que permeiam a doação de órgãos e tecidos *post mortem* é sobre a definição do conceito de morte. Ocorre que a morte não é um acontecimento abrupto, e sim um processo, assim, questiona-se em que momento efetivamente se pode atestar, sem qualquer margem de dúvida ou erro, a morte do potencial doador. (BANDEIRA, 2009, p. 93-94)

De forma taxativa determina Edison Tetsuzo Namba (2009, p. 161): “O marco para retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano é a morte encefálica”.

Assim, de fato, o atual conceito aceito é o da morte encefálica, no entanto, não foi sempre assim. Houve uma grande evolução da ciência médica para se chegar ao conceito de morte atualmente aceito para fins de transplantes. O conceito de morte era outro, o que já ocasionou inclusive diversos relatos na história de retirada de órgãos com o pretendo doador ainda com vida, como já mencionado.

Diante disso os estudos médicos se desenvolveram, e então o Comitê *ad hoc* da *Harvard Medical School* divulgou a primeira definição de morte como sendo a morte encefálica. Esses novos critérios estabelecidos foram divulgados meses após a realização do primeiro transplante cardíaco realizado por Christian Bernard, na África

do Sul, que efetivamente colocou em dúvida o conceito de morte por parada cardíaca, apontando para a definição de morte encefálica. (SÁ; NAVES, 2009, p.283).

Observou-se que, se era preciso o coração literalmente parar de bater para se ter o indicativo de morte, como se poderia transplantar esse coração que já não mais funcionava? Enfim, não poderia. Assim, para fins de transplantes seria inaceitável a morte ser constatada por meio da parada cardíaca.

Desse modo, atualmente tem-se um conceito de morte encefálica para a constatação da morte em casos de doação de órgãos *post mortem*, respeitando os critérios definidos pelo Conselho Federal de Medicina.

É importante distinguir ainda a morte encefálica e a morte cerebral, em que pese muitos a confundirem. Com a morte do cérebro, permanecem as funções vegetativas da pessoa, em especial, a sua função cardiorespiratória, permanecendo o indivíduo vivo em condições vegetativas. Por outro lado, a morte encefálica, implica na cessação de todas as atividades do cérebro, assim, o ser humano deixa de existir. (BANDEIRA, 2009, p. 97)

Fica estabelecido então dois critérios para a configuração da morte pela parada total e irreversível das funções encefálicas: critérios clínicos e ainda complementares. Tudo conforme dispõe o Conselho Federal de Medicina. (MALUF, 2010, p. 218)

Neste íterim, importante analisar algumas premissas da supramencionada Resolução 1.480 de 1997 do CFM:

Art. 1º. A morte encefálica será caracterizada através da realização de exames clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis, próprios para determinadas faixas etárias.

Art. 2º. Os dados clínicos e complementares observados quando da caracterização da morte encefálica deverão ser registrados no "termo de declaração de morte encefálica" anexo a esta Resolução.

Art. 3º. A morte encefálica deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida.

Art. 4º. Os parâmetros clínicos a serem observados para constatação de morte encefálica são: coma perceptivo com ausência de atividade motora supra-espinal e apnéia.

[...]

Art. 6º. Os exames complementares a serem observados para constatação de morte encefálica deverão demonstrar de forma inequívoca:

- a) ausência de atividade elétrica cerebral ou,
- b) ausência de atividade metabólica cerebral ou,
- c) ausência de perfusão sanguínea cerebral.

Sendo assim, para a efetiva declaração da morte encefálica do indivíduo, todos os

critérios estabelecidos devem ser observados, de modo que não pode existir qualquer margem de erro ou mesmo de dúvida quanto à constatação da morte.

Nesse sentido, determina a Lei 9.434/97, dispõe em seu art. 3º:

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.

Desta forma, exige-se ainda a constatação concreta da morte encefálica, seguindo os critérios já trazidos, por pelo menos dois médicos que não irão participar da remoção de órgãos e tecidos do doador cadáver.

Em que pese todo o procedimento para a constatação da morte encefálica, o medo da retirada de órgãos para fins de transplantes antes da efetiva morte do ente é um dos grandes empecilhos para se alcançar um maior número de doação *post mortem*.

Muitas pessoas têm medo de serem submetidas à retirada de órgãos e tecidos antes de efetivamente ter ocorrido a morte, e isso acaba fazendo com elas não consentam com a doação *post mortem*, e o mesmo ocorre com seus parentes, que preferem não autorizar o transplante, de forma a não correr esse risco.

Outra situação que também amedronta é a confusão entre a efetiva morte do paciente e a situação de coma. Ocorre que a morte encefálica não se confunde com o estado vegetativo, ou seja, o coma. Este é um estado ainda reversível, de forma que o paciente, em hipótese alguma poderá ser doador, ou seja, não será submetido a retirada de órgãos e tecidos.

O coma é um estado de depressão das atividades cerebrais, embora o cérebro do paciente ainda permaneça vivo, perde-se a consciência, a coordenação motora e a sensibilidade, mas estão preservadas as condições vitais do paciente. Assim, no estado de coma, do grego “sono profundo”, a pessoa ainda está viva e poderá, portanto, acordar do estado vegetativo. Bem difere da ocorrência da morte encefálica, nesta tem-se a morte das células do sistema nervoso, o que é irreversível, e, portanto, o paciente perde suas funções vitais, a única que ainda permanece por algum tempo, é o batimento cardíaco, já que o coração tem um sistema próprio de controle, mas em poucas horas, ocorrerá também a parada cardíaca. (BANDEIRA, 2009, p. 99)

Enfim, constatada a morte encefálica – que difere do coma, como demonstrado -, será preciso, então, a instituição hospitalar, comunicar a mesma à Central de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos (CNCDO) vinculado à aquela instituição hospitalar, conforme dispõe a Resolução 1.480/1997 do Conselho Federal de Medicina.

Art. 9º. Constatada e documentada a morte encefálica, deverá o Diretor-Clínico da instituição hospitalar, ou quem for delegado, comunicar tal fato aos responsáveis legais do paciente, se houver, e à Central de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos a que estiver vinculada a unidade hospitalar onde o mesmo se encontrava internado.

No mesmo sentido dispõe a lei que regula a doação de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplantes, Lei nº 9.434/1997:

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.

Além disso, importante ainda salientar que é indispensável seguir determinado procedimento para que haja a conservação dos órgãos e tecidos retirados do doador cadáver, de modo que, possa ser efetivado o transplante.

Nesse sentido, preleciona Adriana Maluf (2010, p. 219):

Na operação de retirada de transplantes de tecidos e órgãos deverão ser preservadas a circulação e a oxigenação do corpo para garantir a nutrição dos tecidos e evitar a deterioração de certo órgãos ou tecidos de difícil conservação, como: pulmão – durabilidade de 3 horas; rim, fígado, pâncreas, coração – poucas horas ou minutos; córneas, pele e duramáter – poucos dias. A melhor hora para a retirada dos órgãos a serem transplantados é a primeira hora após a constatação da morte encefálica. O metabolismo corpóreo não cessa imediatamente após o momento da morte. A vida residual indica a determinação do limite da vida em si. E aí a razão da grande importância da determinação exata do momento da morte.

Enfim, a doação de órgãos e tecidos pode salvar vidas, mas também pode colocá-las em risco, desta forma, é preciso ter muito cuidado, obedecendo todos os critérios médicos já definidos legalmente.

Além disso, é preciso também, como forma de estimular a doação de órgãos e tecidos *post mortem*, conscientizar a população da segurança médica na constatação da morte encefálica, de modo que, diante dos constantes avanços médicos, não restam margem de dúvidas nesta.

Muitas vezes por ignorância ou até mesmo pelo descontrole da situação, as pessoas não querem acreditar na constatação médica da morte encefálica, e assim optam por negar a realização do transplante, muitas vezes até mesmo movido pela

esperança do “retorno” do ente já falecido, o que não é mais possível diante da morte encefálica.

2.2.2 A lista única de receptores para transplantes

Diante da impossibilidade de se privilegiar alguém na doação de órgãos e tecidos *post mortem*, o Sistema Nacional de Transplante adota o procedimento da lista única de receptores para transplantes.

O doador não pode escolher quem receberá seus órgãos, pois o receptor do órgão será indicado pela Central de Transplantes, obedecendo a lista de espera. (REIS; AGUIAR, 2009, p. 97).

Assim, conforme determinação legal e estabelecida pelo Sistema Nacional de Transplantes, para que o paciente seja beneficiado com a doação de um órgão ou tecido de doador cadáver é imprescindível que ele esteja cadastrado na lista de receptores de transplantes.

A lista única de transplantes será formada por todos aqueles pacientes que precisam de doação de órgãos e tecidos, em todo território nacional, independente do sexo, raça, religião ou poder aquisitivo. No entanto, esses receptores serão separados de acordo com o órgão a qual espera e também observando outras particularidades importantes para o transplante.

Nesta senda, como forma de executar o procedimento do Sistema Nacional de Transplante, o decreto 2268/1997 estabelece as Centrais de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos – CNCDOs, entre outras coisas, estas serão responsáveis por indicar os futuros receptores de doação *post mortem*, compondo a lista de receptores. Dispõe o decreto:

Art. 6º As Centrais de Notificação, Captação e Distribuição - CNCDOs serão as unidades executivas das atividades do SNT, afetadas ao Poder Público, como previstas neste Decreto.

Art. 7º Incumbe às CNCDOs:

- I- coordenar as atividades de transplantes no âmbito estadual;
- II- promover a inscrição de potenciais receptores, como todas as indicações necessárias à sua rápida localização e à verificação de compatibilidade do respectivo organismo para o transplante ou enxerto de tecidos, órgãos e partes disponíveis, de que necessite;
- III- classificar os receptores e agrupá-los segundo as indicações do inciso

anterior, em ordem estabelecida pela data de inscrição, fornecendo-se-lhes o necessário comprovante;

IV- comunicar ao órgão central do SNT as inscrições que efetuar para a organização da lista nacional de receptores;

V- receber notificações de morte encefálica ou outra que enseje a retirada de tecidos, órgãos e partes para transplante, ocorrida em sua área de atuação;

VI- determinar o encaminhamento e providenciar o transporte de tecidos, órgãos e partes retirados ao estabelecimento de saúde autorizado, em que se encontrar o receptor ideal, observado o disposto no inciso III deste artigo e em instruções ou regulamentos técnicos, expedidos na forma do artigo 28 deste Decreto;

VII- notificar o órgão central do SNT de tecidos, órgãos e partes não aproveitáveis entre os receptores inscritos em seus registros para utilização dentre os relacionados na lista nacional;

VIII- encaminhar relatórios anuais ao órgão central do SNT sobre o desenvolvimento das atividades de transplante em sua área de atuação;

IX- exercer controle e fiscalização sobre as atividades de que trata este Decreto;

X- aplicar penalidades administrativas por infração às disposições da Lei nº 9.434, de 1997;

XI- suspender, cautelarmente, pelo prazo máximo de sessenta dias, estabelecimentos e equipes especializadas, antes ou no curso do processo de apuração de infração que tenham cometido, se, pelos indícios conhecidos, houver fundadas razões de continuidade de risco de vida ou de agravos intoleráveis à saúde das pessoas;

XII- comunicar a aplicação de penalidades ao órgão central do SNT, que a registrará para consulta quanto às restrições estabelecidas no §2º do art. 21 da Lei nº9.434, de 1997, e cancelamento, se for o caso, da autorização concedida;

XIII- acionar o Ministério Público do Estado e outras instituições públicas competentes, para reprimir ilícitos cuja apuração não esteja compreendida no âmbito de sua atuação.

Assim, as CNCDOs são responsáveis por formalizar em âmbito estadual uma lista dos receptores de transplantes, estes serão agrupados conforme determinações legais, respeitando a ordem cronológica de ingresso. Ter-se-á, então, uma lista única de receptores em âmbito estadual.

Mas, além disso, a cada inscrição, a Central de Notificação deverá informar também a central do Sistema Nacional de Transplantes, que irá formalizar uma lista única de receptores para fins de transplantes em todo o território nacional.

Informa, então, o Ministério da Saúde que, uma vez constatada a morte encefálica do potencial doador cadáver, passado os tramites procedimentais, tal como a autorização da doação, fica a Central de Notificação e Capitação de Órgãos e Tecidos (CNCDO) do Estado no qual está o potencial doador, responsável por realizar a distribuição estadual do órgão doado, obedecendo a lista de receptores.

Assim, o órgão doado será primeiro “ofertado” na lista de receptores naquele estado onde está o doador cadáver, apenas se este não poder ser aproveitado lá, caso, por

exemplo, não haja receptor compatível ou para aquele determinado órgão, é que será preciso notificar a Central do SNT para o seu encaminhamento ao próximo receptor possível na lista única formada em âmbito nacional.

Nesse caso então, passa-se a realizar a distribuição do órgão em território nacional, mas sempre atendendo aos critérios pré-estabelecidos para seleção de receptores.

Cada estado brasileiro tem a obrigação de cadastrar aqueles que precisam de transplantes de órgãos e tecidos na lista única. Essa lista terá como critério básico o tempo de espera e a data de inscrição do receptor na mesma, isso para cada tipo de órgão, tecido ou parte do corpo a ser transplantada. (MALUF, 2010, p. 208).

Conclui-se, portanto, que lista de receptores será formada em âmbito estadual, e por ordem cronológica de ingresso, devendo ser estritamente obedecida. Assim, independente de qualquer diferença social, econômica ou racial, quem ingressou primeiro na fila terá preferência em relação àquele que ingressou posteriormente.

Nesse aspecto, cumpre aqui ressaltar que o ingresso do pretense receptor à lista única não confere qualquer direito a indenização em seu favor ou por parte da sua família, caso o transplante não se realize em decorrência de situações adversas, como determina o art. 10, §2º da Lei 9.434/1997.

No cenário atual do Brasil as dificuldades para se tornar o primeiro na lista de receptores são muitas. Isso ocorre diante da grande demanda que se tem de receptores, quando comparada com a falta de doadores. Além da crescente demanda, existem também outros problemas referentes ao respeito à lista estadual de receptores.

Em que pese o Sistema Nacional de Transplantes deixar expresso que a fila única deve ser respeitada diante da sua ordem cronológica de ingresso, além das exceções legalmente permitidas, muitas são as tentativas de literalmente “furar” a lista.

2.2.2.1 Gravidade, questões geográficas, incompatibilidade e o desrespeito à fila única de receptores

É de extrema importância a obediência estrita da lista única de transplantes, assim,

apenas poderá se desobedecer essa lista em situações excepcionais que impossibilitam aquele transplante entre o doador cadáver e o próximo da fila única de receptores.

Como dispõem Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (2009, p. 281):

Há que se ressaltar, porque aspecto importantíssimo da Lei de Doação de Órgãos, que cada Estado brasileiro necessita cadastrar lista de pessoas que precisam de órgão. Essa lista é única, só podendo ser desrespeitada, caso os testes de triagem apontem incompatibilidade entre o órgão do doador e o organismo do receptor.

Desse modo, a primeira situação que impede o transplante entre as figuras deste é a incompatibilidade entre o futuro receptor, ou seja, o primeiro da fila única de receptores, e o doador cadáver. Trata-se aqui não de uma incompatibilidade social ou mesmo de preferências seja do doador ou ainda do receptor, o que é veementemente proibido, mas sim uma incompatibilidade genética, de modo que se torna perigoso e até mesmo impossível a realização daquele transplante.

Determina a lei 9.434/1997, em seu artigo 2º:

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

Assim, conforme já citado, antes da realização do transplante, serão feitos inúmeros exames de compatibilidade entre o doador cadáver e o pretense receptor – o primeiro da fila única. A equipe médica responsável, então, conforme determina a legislação, irá observar detalhadamente essa compatibilidade, para que um ato que visa salvar vidas, não traga riscos ao receptor.

Caso o teste de triagem indique incompatibilidade genética, poderá a lista única ser desrespeitada, sendo o primeiro receptor da fila “pulado”, passando-se a examinar a compatibilidade com o segundo receptor da fila, o que se seguirá sucessivamente até se encontrar um receptor compatível (MALUF, 2010, p.208).

Não sendo possível realizar a doação para um receptor da lista estadual, será preciso então notificar a Central Nacional de Transplantes, para que procure o receptor na lista única em âmbito nacional, conforme já explicado.

Além da situação de incompatibilidade, que por óbvio não permite que seja feito o transplante, ainda existe outra peculiaridade a ser observada que pode culminar na

desobediência estrita da lista única de receptores.

Ocorre que a manutenção de órgãos retirados do doador cadáver não é uma tarefa fácil, é preciso atentar para inúmeros requisitos de segurança, para que se possa manter aquele órgão em perfeitas condições para ser transplantado a outra pessoa.

Dispõe a Associação Nacional de Transplantes que a manutenção dos órgãos a serem transplantados não pode levar dias, existe um tempo máximo previsto para cada órgão, no entanto, em regra são períodos exíguos.

Essa “pressa” remete a necessidade da lista de receptores em âmbito estadual, como já demonstrado. Nesse sentido, conclui Brunello Stancioli, Nara Carvalho, Daniel Ribeiro e Mariana Alves (2011, p. 137):

Nesse contexto, como o lapso temporal para retirada e substituição do enxerto (a partir do diagnóstico da morte encefálica do doador) é extremamente pequeno, e tendo-se em conta a grande extensão territorial brasileira, optou-se que as atribuições executivas do SNT fossem desempenhadas em nível estadual e/ou regional pelas Centrais de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos (CNCDOs).

Assim, em diversas situações, questões geográficas se tornam óbices para o respeito à fila única de receptores. Por vezes, o primeiro da lista de receptores daquele Estado encontra-se em local distante, de difícil acesso, enfim, em dada situação que pela demora até a chegada no destino final do órgão doado, poderá acabar culminando na perda deste.

Situação de perda de órgãos e tecidos para fins de transplantes em decorrência do lapso temporal até que seja realizado o transplante não podem ser aceitas, é inadmissível deixar um órgão, tão disputado, “se perder no tempo”. Deste modo, nesses casos de distância ou dificuldade geográfica, admite-se que seja passado o primeiro da fila, seguindo o transplante com o segundo receptor da lista ainda em âmbito estadual, de modo que se possa realizar o transplante de forma eficaz.

Informa a Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos:

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

A cirurgia de coração e de pulmão são as mais urgentes e devem ser feitas no prazo de até 4 horas. Depois vem a do fígado, do rim e do pâncreas, com até 12 horas. A operação dos dois rins pode ser feita em até 36 horas. Já a córnea pode ser transplantada em até 7 dias. A facilidade ajuda a aumentar os números de cirurgia de córneas, além do fato de se tratar de uma operação que pode ser feita em ambulatórios, sem necessidade de internação do paciente.

Por outro lado, o transplante de coração é um dos mais complexos e exige uma verdadeira corrida contra o tempo, já que a isquemia do órgão – período em que pode ficar fora do corpo humano – é de apenas 4 horas.

O transplantes de órgãos e tecidos, como se pode perceber, deve obedecer estritamente as regras estabelecidas pelo Sistema Nacional de Transplantes, para evitar assim qualquer situação inesperada que possa trazer riscos as partes ou ainda a perda do órgão doado, enfim, para propiciar a realização de uma doação, bem como o transplantes de órgãos e tecidos de forma eficaz.

Importante atentar que as questões geográficas deverão ser também observadas no caso de não haver receptores compatíveis para aquele órgão no Estado no qual está localizado o doador cadáver. Nesse caso será, então, notificada a Central Nacional de Transplantes para buscar o receptor em âmbito nacional, conforme já mencionado.

Sendo o órgão encaminhado para outro Estado, será preciso ter ainda mais cuidado com o lapso temporal até que haja o transplante, devendo-se optar por receptores de estados mais próximos, para evitar a perda do órgão doado, pelo lapso temporal do transporte do mesmo.

Tirando as hipóteses mencionadas, quais sejam, de incompatibilidade ou mesmo situação geográficas que impeçam a realização do transplante, entende-se que, como regra, não haverá mais qualquer motivo para que se possa desrespeitar a fila única de receptores. No entanto, como toda regra tem exceção, está também terá.

A exceção legalmente permitida é estabelecida pela Portaria n. 1.160 do Ministério da Saúde que “modifica os critérios de distribuição de fígado de doadores cadáveres para transplante, implantando o critério de gravidade de estado clínico do paciente”.

Segundo essa portaria, a fila de espera em relação ao transplante de fígado se dará não por ordem de chegada, mas sim pela gravidade da doença dos receptores. Essa gravidade será avaliada por uma série de exames laboratoriais que serão classificados segundo a escala de gravidade chamada de MELD, conforme determinado na supramencionada Portaria.

Na visão de Terezinha de Jesus de Souza Signorini (2008, p.158):

A mudança, na avaliação de especialistas, visa evitar critérios subjetivos de inscrição dos pacientes na fila. A escala MELD foi desenvolvida nos EUA e vem sendo empregada no mundo inteiro. Leva em conta que os doentes com índice de MELD mais alto têm risco de morte em curto espaço de tempo e por isso devem receber o transplante antes dos menos graves. A

alteração de critérios se mostra necessária em razão do aumento da demanda pelo órgão nos últimos anos – o que tem levado a que muitos pacientes sejam incluídos na fila mesmo antes de necessitarem de um fígado novo, para “garantir lugar”.

Imprescindível entender que esse critério referente à gravidade do estado clínico do paciente receptor, restringe-se especificamente aos transplantes de fígado, e apenas dentro dos termos trazidos acima. Assim, em relação aos demais órgãos a serem transplantados, não se pode “furar” a lista de receptores, por julgar estar em estado mais grave do que o primeiro ou segundo da mesma.

Mesmo tendo regramento específico que determina uma ordem de preferência em decorrência da gravidade do estado do receptor apenas para o caso de transplante de fígado, não são poucos os pedidos judiciais e as várias tentativas de pacientes “desesperados” para ter preferência no transplante de órgãos e tecidos, sempre tentando desobedecer as regras estabelecidas pelo SNT.

Acontece que, as ações judiciais com pedido liminar para que seja autorizado o transplante de órgãos se proliferam no judiciário, requerendo uma preferência por suposta gravidade, que por vezes sequer existem.

De forma geral, em pesquisa realizada nas jurisprudências dos Tribunais de Justiça brasileiro, a grande maioria das decisões convergem no sentido negar a preferência pleiteada na lista de receptores de todos os órgãos, determinando a obediência estrita à lista de receptores. Pauta-se assim, no respeito à fila única de receptores e no que dispõe o Sistema Nacional de Transplantes, no que se refere a sua obediência.

Apenas a título elucidativo, traz-se acertada decisão indeferindo esse pleito para “furar a fila”, em decorrência de suposta gravidade.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. RECOLOCAÇÃO DA PACIENTE PARA O PRIMEIRO LUGAR NA FILA DE ESPERA PARA TRANSPLANTE DE CÔRNEA. IMPOSSIBILIDADE. LISTAS ORGANIZADAS CONFORME A GRAVIDADE DO PACIENTE. APELO DESPROVIDO POR DECISÃO MONOCRÁTICA. (RIO GRANDE SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70039634951,.Segunda Câmara Cível. Relator: Sandra Brissolara Medeiros. Julgado em 02 mai. 2011).

É o relatório.

Decido.

2. Presentes os pressupostos processuais, conheço do recurso interposto e, com fundamento o art. 557 do CPC, procedo ao julgamento monocrático do recurso, observada a orientação jurisprudencial a respeito da matéria suscitada.

Inicialmente, adianto que estou a desprover o presente recurso.

De modo a evitar tautologia, reproduzo, na parte em que interesse para o deslinde do feito, excerto do parecer da ilustre Procuradora de Justiça, Dra. Ana Marisa Ainhorn Ossok, à fl.85:

Na espécie, cabia à autora comprovar que a sua situação é mais grave que a dos demais paciente que aguardam por transplante de córnea, ônus de que não se desincumbiu. Veja-se que instada a dizer acerca das provas que pretende produzir (fl. 55), a demanda restou silente.

Oportuno ainda ressaltar que houve avaliação da situação da autora; no documento de fl. 44, a Coordenadora da Central de Transplantes do RS informa que o diagnóstico e a situação vivenciada pela apelante é similar a inúmeros casos de receptores que estão em listas, não atendendo a determinação de urgência para transplante de córneas.

Assim, esse é o modelo das decisões proferidas nas ações que assoberbam o judiciário requerendo a preferência na fila única de receptores, no entanto, não se pode afirmar que todas elas são nesse sentido. Em que pese não terem sido encontradas decisões em sentido contrário nas pesquisas realizadas para o desenvolvimento do presente trabalho, é possível que ainda existam situações isoladas, em que é concedido ao paciente preferência na fila única de transplantes.

De mais a mais, o Sistema Nacional de Transplantes é claro: a lista estadual e nacional de receptores segue uma ordem cronológica de ingresso, podendo excepcionalmente ser desobedecida nos casos de incompatibilidade genética ou mesmo de impossibilidade geográfica, e tendo uma organização diversa, pelo grau de gravidade, apenas em relação à doação de fígado.

2.3 DA GRATUIDADE DA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS E TECIDOS PARA FINS DE TRANSPLANTES E AS SANÇÕES PREVISTAS EM LEI

Se tratando da doação de órgãos e tecidos para fins de transplantes é imprescindível salientar a necessidade de gratuidade deste gesto, isso para que não haja mercado de órgãos e tecidos humanos, sendo vedado qualquer tipo de comercialização/tráfico.

Em verdade, a doação, por si só, seja ela de qualquer coisa, já tem uma natureza gratuita:

Entrementes, a estrutura da doação traz consigo, ao revés, uma enorme grandeza de caráter, uma explícita generosidade. Enquanto a venda está baseada na reciprocidade das vantagens econômicas a doação funda-se em uma manifestação de ajuda ao próximo. Daí, inclusive, a sua origem etimológica: donatio, significa dar de presente. Cuida-se, então, de ato decorrente da solidariedade humana, de um sentimento de ajuda ao

próximo, sem contrapartida. (FARIAS; ROSEVALD 2011, p.782).

Ao tratar da disposição de membros e tecidos do próprio corpo, bem define, de forma taxativa, Terezinha de Jesus de Souza Signori (2008, p. 151): “São, pois bens fora do comércio”.

Dessa forma, tendo em vista o instituto da gratuidade, a compra e venda de órgãos e tecidos para serem transplantados é absolutamente vedada, sendo considerado, inclusive, crime. Assim, seja para doação entre pessoas vivas ou mesmo pessoas mortas, é imprescindível que ela ocorra sem fins lucrativos, de forma gratuita.

A organização Mundial da Saúde estabelece em seu Princípio 5: “O corpo humano e as suas partes não podem ser objeto de transações comerciais. Conseqüentemente, é proibido dar ou receber uma contra-partida pecuniária (ou qualquer outra compensação ou recompensa) pelos órgãos”. (SIGNORINI, 2008, p.166).

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, dispõe em seu art. 199, parágrafo 4º:

§ 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.

Seguindo o mesmo posicionamento constitucional, a lei que regula a doação de órgãos e tecidos para fins de transplantes, considera crime comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, aplicando pena inclusive de reclusão, conforme dispõe em seu capítulo IV, seção “dos crimes”:

Art. 15. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano:
Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa.
Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou aufera qualquer vantagem com a transação.

Assim pode-se concluir que “o direito da personalidade do corpo vivo ou morto apenas poderá ser disponível, a título gratuito nesses casos e com as limitações impostas por normas de ordem pública.” (DINIZ, 2011, p.346).

Além disso, com exceção às formas de incentivo a doação de órgãos e tecidos, que são fomentadas em campanhas publicitárias por órgãos competentes, é proibida ainda qualquer forma de publicidade, veiculação em meios de comunicação social, de anúncios ou matérias referente à doação de órgãos e tecidos, que em sua maioria tem por objetivo fins lucrativos.

A lei 9.434/97 regula essas práticas, absolutamente vedadas:

Art. 11. É proibida a veiculação, através de qualquer meio de comunicação social de anúncio que configure:

- a) publicidade de estabelecimentos autorizados a realizar transplantes e enxertos, relativa a estas atividades;
- b) apelo público no sentido da doação de tecido, órgão ou parte do corpo humano para pessoa determinada identificada ou não, ressalvado o disposto no parágrafo único;
- c) apelo público para a arrecadação de fundos para o financiamento de transplante ou enxerto em benefício de particulares.

Posto isso, pode-se concluir que a doação de órgãos e tecidos para fins de transplantes, até mesmo como forma de segurança, é regida pelo princípio da gratuidade.

De forma crítica, conclui Edison Tetsuzo Namba (2009, p. 159):

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

Nesse sentido, importante ressaltar que há quem se posicione a favor da comercialização de órgãos e tecidos para fins de transplantes, defendendo essa possibilidade como forma de incentivar essa doação, ou seja, aumentar o número de doadores, que poderiam ser recompensados monetariamente por isso.

Enfim, essa é uma discussão a qual não se volta o presente trabalho, de forma clara e expressa a lei que regula a doação de órgãos e tecidos para fins de transplantes determina a proibição da sua comercialização, devendo ser necessariamente um ato gratuito.

Essa obrigação da gratuidade na doação de órgãos e tecidos para fins de transplantes visa, entre outros aspectos, proteger os mais pobres e ignorantes, que por vezes poderiam ser coagidos pelas circunstâncias socioeconômicas vivenciadas a ceder a venda de órgãos e tecidos. Assim, seriam estes “explorados” por aqueles que têm mais condição, comercializando seus órgãos como forma de melhorar sua situação financeira.

Por óbvio essa preocupação aplica-se ao comércio entre pessoas vivas, uma vez que muitos poderiam vender seus órgãos, às vezes sem nem mesmo atentar para os riscos da doação, como forma de progredir financeiramente, mas para tanto, precisa-se estar vivo.

Se tratando de doação *post mortem*, muitos dos argumentos contrários a permissão da venda de órgãos desaparecem. Não existe risco de procedimento para o doador,

que já estará morto. Assim, pauta-se as proibições em outras bases. (STANCIOLI, CARVALHO, RIBEIRO, LARA 2011, p. 148).

No entanto, não se pode afirmar que preocupação com os mais necessitados desaparece por completo na doação *post mortem*, uma vez que no desespero destes, pode-se pensar, inclusive, na venda de seus órgãos após a sua morte como forma de solucionar o problema financeiro da sua família. E assim, muitos poderiam inclusive antecipar o fim da sua vida, como forma de “salvar” a vida da sua família, por meio de benefícios econômicos do receptor.

Além disso, existe outra problemática em torno da gratuidade da doação. Ocorre que se exige o desconhecimento do receptor, obedecendo a lista única, de quem seria a obrigação de remunerar a família do doador cadáver?

Seria então o Estado compelido a arcar com essa remuneração, o obviamente aumentaria muito o custo dessa doação, mas será que possibilidade culminaria também na maior oferta de doadores cadáveres, ou seja, mais famílias iriam consentir com essa doação de órgãos e tecidos.

Posiciona-se Brunello Stancioli, Nara Pereira Carvalho, Daniel Mendes Ribeiro e Mariana Alves Lara (2011, p. 149):

Certamente, poderia haver um aumento proibitivo nos custos desses órgãos. Ao contrário do caso da venda de órgãos de pessoas vivas, os potenciais vendedores de órgãos cadáveres poderiam ser também pessoas que normalmente doariam, mas que, diante de uma nova possibilidade de vendê-los, prefeririam receber o pagamento a não receber. Isso contribuiria com um aumento significativo nos custos sem a contrapartida de um aumento na oferta. Esse argumento, porém, deve ser examinado com mais cuidados.

De fato aqueles familiares que apenas doavam por fins altruísticos, passariam a preferir serem remunerados por esse gesto, o que de logo aumentaria os custos. No entanto, de outro lado, não se tem como precisar que a possibilidade de venda de órgãos e tecidos no doador não cadáver culminaria com o maior número de oferta, o que poderia ser interessante ainda que aumentando os custos da doação.

Enfim, a possibilidade de comercialização da doação de órgãos e tecidos *post mortem* ainda não passa de mera discussão, sendo, contudo, enfaticamente vedado pela legislação, por motivos claros já apontados acima, respeitando assim, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, necessariamente a doação de órgãos e tecidos para fins de transplantes,

seja entre vivos ou *post mortem*, é um gesto gratuito, sem qualquer proveito econômico pelo doador, sendo inclusive aplicadas penalidades previstas na lei para a desobediência desse regramento, conforme já demonstrado.

3 DA AUTORIZAÇÃO PARA A DOAÇÃO *POST MORTEM*

Importante aspecto em relação à doação de órgãos e tecidos *post mortem* diz respeito ao consentimento por parte do futuro doador cadáver, mais especificamente à autorização necessária para que esse procedimento aconteça.

Inicialmente, importante trazer significativa consideração de Elio Sgreccia (2002, p.580):

Quando a extração é de um cadáver, vimos como a tendência jurídica é levada a considerar o cadáver como *res communitatis* e a favorecer a sua utilização para o bem comum todas as vezes que se apresente a necessidade de tipo social e todas as vezes que não haja uma vontade contrária do indivíduo doador expressa enquanto vivo.

Este critério não é partilhado por todos os autores sob o perfil ético, tendo em vista que o cadáver, ainda que seja *res* e não mais *persona*, conserva sua *sacralidade* pela referência fenomenológica e psicológica que recebe de seus sobreviventes. Por isso, se é verdade que a utilidade do bem comum pode justificar algumas operações de caráter higiênico-sanitário, não se deve excluir completamente a sua ligação de pertença efetiva por parte dos sobreviventes. Portanto, o respeito à própria vontade do indivíduo e, onde for possível, a informação e também o respeito à vontade dos sobreviventes têm e mantêm o peso de ordem ética. A utilidade pública, que pode exigir sacrifícios até dos vivos, pode exigir manipulações e retirada de órgãos dos cadáveres – agora sem nenhum dano a vida – mas não cessa com isso o respeito que se deve a esse *res*, que tem uma relação psicológica com a pessoa.

Posto isso, discute-se a validade da manifestação de vontade em vida do futuro doador cadáver, quanto ao consentimento ou não da doação de órgãos e tecidos para fins de transplantes após a sua morte.

Apenas a título elucidativo, importante esclarecer que no caso de doação entre pessoas vivas, é óbvio que é indispensável o consentimento do doador para que a doação para fins de transplante aconteça, da mesma forma que se exige o consentimento do receptor.

De outro lado, se tratando de doação *post mortem*, nem sempre haverá o consentimento ou não do doador cadáver para esse procedimento. Acontece que muitas vezes o futuro doador não manifesta sua vontade durante a vida, e outras vezes essa vontade manifestada não é respeitada pelos responsáveis legais para consentir com a doação.

Essa discussão de forma mais profunda necessita de uma importante explicação em relação à evolução da lei de doação de órgãos e tecidos, no que concerne a

autorização necessária para que seja realizada a doação de órgãos e tecidos *post mortem*.

3.1 ANTES: A AUTORIZAÇÃO PRESUMIDA E A VIOLAÇÃO DA AUTONOMIA SOBRE O PRÓPRIO CORPO

A primeira legislação brasileira sobre doação de órgãos e tecidos, a lei 9.434 de 1997, em sua redação original, definia que, após a morte, a pessoa necessariamente era um doador presumido, *in verbis* “Art. 4º Salvo manifestação de vontade em contrário, nos termos desta Lei, presume-se autorizada a doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, para finalidade de transplantes ou terapêutica post mortem”.

O modelo adotado era o do consentimento presumido, diante da ausência de manifestação oposta do potencial doador durante a sua vida, o indivíduo seria, após a morte, doador de órgãos e tecidos independente de qualquer autorização dos seus familiares ou parentes.

Segundo Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (2009, p. 286):

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

A idéia de presunção do doador era tão forte que a Lei 9.434/1997, em seu artigo 4º, trouxe vários parágrafos enumerando de forma taxativa as formas de o futuro doador expressar, em vida, sua vontade contrária a ser doador. Assim, para se declarar “não doador”, era preciso obedecer com atenção às disposições legais para tanto, caso contrário, seria considerado doador presumido após a sua morte.

Dessa forma, não bastava manifestar sua vontade contrária apenas aos seus parentes, familiares ou mesmo seu médico, era necessário atender aos requisitos da lei, deixando essa vontade manifestada de forma expressa, para que pudesse então

ser respeitada, caso contrário, após a sua morte, seria considerado doador.

Conclui Ana Claudia Pirajá Bandeira (2009, p. 142):

A consequência direta do consentimento presumido é que todos os cidadãos identificados terão seus tecidos, órgãos e partes do corpo extraídas *post mortem* para servirem de meio de tratamento ou serem transplantados, sempre que deixarem de fazer constar – por desinformação, negligência, ou até mesmo por medo de segregação -, em seus documentos, a manifestação de vontade contrária à doação.

[...]

A solução da oposição encontra-se justificada no reconhecimento de que a doação de órgãos é um dever de solidariedade social. Quem não concorda com a extração de órgão, por ser incompatível com os seus sentimentos e convicções, deve tomar uma posição ativa, opondo-se à recolha. Se essa oposição não for manifestada, presume-se o consentimento do doador.

Assim, a regra era: após a sua morte, o cidadão será doador de órgãos, salvo, se excepcionalmente, tivesse se manifestado contrariamente de forma expressa, nos termos da lei.

Mas será que esse modelo adotado respeitava a vontade do pretense doador, ou mesmo dos seus familiares? Apenas por não manifestar-se de forma contrária, significa que o cidadão concorda com a retirada dos seus órgãos e tecidos após a sua morte para que estes sejam doados?

É óbvio que muitas foram as discussões demonstrando a total afronta do modelo do consentimento presumido ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, bem como o desrespeito a autonomia privada de cada homem. Além dessas problemáticas, muito se discutia sobre apropriação do Estado pelo corpo do indivíduo morto, o que evidentemente não seria aceito pela sociedade como um todo, e especialmente pelos familiares do doador cadáver.

O fato é que essa idéia do consentimento presumido culminou em muitas polêmicas em relação ao respeito dos direitos fundamentais do doador, e trouxe ainda indignação de muitos familiares por não poderem decidir o “destino” dos órgãos e tecidos daquele ente querido, ainda que morto.

Defende Sergio Nogueira Reis e Monica Aguiar (2009, p. 96):

Essa solução, chamada solução de dissentimento, porque presume sejam todas as pessoas doadoras e admite apenas que haja dissensão quando não se desejar, efetivamente, ser doador, revelou-se desastrosa, porquanto houve uma redução visível no número de transplantes por todo o País, enquanto ela durou. Além disso, por ignorância ou má-fé, difundiu-se o temor de se ter a morte apressada em casos em que não houvesse terminalidade de vida, apenas para gerarem-se órgãos passíveis de serem transplantados.

Sendo assim, essa regra que considerava o doador após a morte de forma presumida, não vingou, sendo seguida de inúmeras medidas tomadas na tentativa de solucionar o “problema” da autorização para doação *post mortem*.

3.2 HOJE: A AUTORIZAÇÃO CONSENTIDA

A idéia de consentimento presumido definitivamente não agradava a sociedade, o que ocasionou um momento conturbado, de muitas discussões e incertezas por parte da população.

Como forma de amenizar o problema, e então, atender aos “gritos” da sociedade, vieram as reformas legislativas.

A adoção do consentimento informado tanto para o transplantes intervivos quanto para o transplantes *post mortem*, vem atender ao apelo da comunidade, em ter respeitados os seus direitos de personalidade, conseqüentemente, possibilitando que haja um aumento do numero de doador. (BANDEIRA, 2009, p. 155)

A primeira tentativa de adequar a legislação aos anseios da sociedade foi a Medida Provisória nº 1.718 de 1998. Esta trouxe a possibilidade de, diante da ausência de manifestação de vontade do potencial doador, seus pais ou filhos, ou ainda o cônjuge poderem manifestar-se de forma contrária à doação, sendo esta vontade obrigatoriamente acatada pelas equipes de transplante e remoção (Lei 9434/97, art. 4º, §6º).

No entanto, a polêmica em torno da “doação presumida” foi tanta que a Medida Provisória não foi suficiente para por fim a todos os questionamentos em torno dessa idéia, muito pelo contrario.

Ao permitir que manifestação contrária de pai, mãe, filho ou cônjuge do doador cadáver fosse respeitada, mais questões e discussões foram abertas. Questionou-se sobre a necessidade da manifestação de vontade homogênea para ser válida, quando a prevalência da vontade de um sobre a vontade do outros; enfim (SÁ; NAVES, 2009, p.288).

Tais discussões foram solucionadas diante da promulgação da Lei 10.211 em 2001, que, além de alterar o art. 4º da Lei 9.434/97, trouxe ainda importantes modificações nesta, em melhor consonância com a realidade da sociedade brasileira.

Determina a nova redação do art. 4º da Lei 9.434/97, instituído pela lei 10.211/2001, *in verbis*:

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.

Essa nova lei foi fundamental para que se passasse da idéia de doação na sua forma presumida, para uma doação mediante autorização expressa. Sendo este o atual modelo adotado pelo Sistema Nacional de Transplantes no Brasil.

Segundo Maria Helena Diniz (2011, p.378):

Em relação à doação de órgãos e tecidos, quatro são os modelos adotados pelos diversos ordenamento jurídicos do mundo:

a) o do consentimento (*opting in system*), utilizado nos Estados Unidos, Brasil, Canadá, México, Inglaterra, etc., que exige a anuência expressa do doador ou de sua família. Pelo princípio do consenso afirmativo cada um deve manifestar a vontade de doar ou não seus tecidos e órgãos para fins terapêuticos ou de transplantes;

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

A legislação de transplantes determina, então, que para a retirada de órgãos e tecidos *post mortem*, passa a vigorar o consentimento informado, que decorre da possibilidade de cada pessoa autodeterminar-se em relação ao seu corpo e à sua saúde. (BANDEIRA, 2009, p. 140).

Não restam dúvidas que o novo modelo adotado pela legislação específica de doação de órgãos e tecidos *post mortem* se mostra mais adequado, respeitando os direitos fundamentais do indivíduo, ainda que após sua morte, bem como a vontade manifestada, seja pelo próprio doador ou mesmo pelos seus familiares.

No entanto, não se pode reputar perfeito o modelo do consentimento informado, ainda estando em aberto muitas lacunas para discussões jurídicas, tal como o respeito fiel a vontade do doador, o que ainda não foi efetivado pela legislação.

3.2.1 Quem autoriza a remoção dos órgãos?

Além de exigir o consentimento autorizando a doação de órgãos e tecidos *post mortem*, a lei 10.211 de 2001, trouxe também uma ordem de prelação para autorizar a doação de órgãos e tecidos do potencial doador. Com essa nova legislação, passa a ser indispensável a manifestação de vontade daqueles trazidos em lei, para a efetivação dos transplantes *post motem*.

Da leitura da lei, observa-se que esse consentimento expresso, ou melhor, a autorização para que se possa realizar a doação de órgãos e tecidos de um doador cadáver apenas poderá partir dos familiares do falecido.

No entanto, essa autorização não poderá ser de qualquer membro da família, mas apenas aqueles listados taxativamente na lei: cônjuge ou parente maior de idade, seguindo a linha sucessória, reta ou colateral apenas até o segundo grau.

Atendendo as regras de parentescos, tem-se que poderá então autorizar a doação de órgãos e tecidos: além dos cônjuges, os pais, os avôs, os filhos, os netos e ainda os irmãos do doador cadáver. Mas observe que é preciso observar o regramento sucessório, em que um parente mais distante apenas poderá autorizar, na ausência do parente mais remoto.

A partir dessa nova disposição, passa-se a perceber a importância da família no consentimento para a efetivação da doação de órgãos e tecidos para fins de transplantes após a morte. Pode-se, inclusive, inferir que a família agora passa a ter um papel mais essencial do que o próprio doador cadáver, e é sobre esse aspecto que versa o trabalho desenvolvido.

Nesta toada, pelo Sistema Nacional de Transplante adotado no Brasil, e pelo que prevê sua legislação específica, em caso de doação de órgãos e tecidos *post mortem* a única forma de fazer com que seja respeitada a sua vontade de ser, ou mesmo de não ser, doador, é expressá-la de forma clara para os seus familiares.

Em resumo, traz Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2005, p. 181):

Com a nova redação dada pela lei nº 10.211/2001, o art. 4º da Lei n. 9.434/97 condiciona a retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica à autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau, firmada em documento

subscrito por duas testemunhas presente à verificação da morte.

Desta forma, quem tem poderes para tomar essa decisão tão importante são os familiares ou responsáveis do futuro doador, sempre respeitando as disposições legais.

Sendo assim, ainda que tenha, em vida, o potencial doador manifestado expressamente sua vontade de ser doador *post mortem*, quem irá decidir sobre o destino dos seus órgãos e tecidos após a sua morte será os seus familiares.

Assim, repita-se, não restam dúvidas acerca da importância da família nessas circunstâncias: “Comunica-se o óbito aos familiares permitindo-lhes consentir ou recusar a doação de órgãos. O consentimento dado pelos familiares tem o condão de legitimar a extração de órgãos e tecidos do doador cadáver para fins de transplante” (BANDEIRA, 2009, p. 140).

O grande problema é que os responsáveis por autorizar a doação de órgãos e tecidos, após a morte do potencial doador, nem sempre respeitam a vontade manifestada por este, seja por medo, receio, ou muitas vezes até mesmo pelo apego ao parente falecido.

3.2.2 A necessidade de conscientização da família do doador cadáver

Uma vez tendo o ordenamento jurídico conferido tamanha importância para a família do doador na autorização para doação de órgãos e tecidos *post mortem*, é imprescindível que estes tenham a consciência da sua importância.

Caberá a família expressar, na sua autorização, a vontade do indivíduo morto de ser ou não doador, caso este tenha manifestado-a em vida. No entanto, o que pode ser feito diante da postura irredutível da família de negar a doação ainda que tenha o familiar manifestado em vida sua vontade de ser doador após a sua morte?

A verdade é que dentro do nosso ordenamento jurídico nada pode ser feito, conforme já mencionado. A vontade atendida será a da família, seguindo a ordem e requisitos estabelecidos pela lei, esteja ela de acordo ou não com a vontade do potencial doador.

Percebe-se, então, que com o atual regramento do SNT, a única coisa que pode ser

feita é a conscientização da família, visando incentivar o acolhimento da vontade do pretense doador, bem como demonstrar os benefícios do gesto de autorizar a doação de órgãos e tecidos para fins de transplantes.

Dispõe Ana Cláudia Pirajá Bandeira (2009, p. 135):

Portanto, para a retirada do órgão de cadáver, primeiramente, deve a família desse possível doador autorizar essa retirada. Esse contato precisa ser cauteloso, para que se obtenha êxito na solicitação, já que será um momento de difícil decisão para os familiares, pois estes recebem a notícia da morte encefálica do ente e, ainda, devem autorizar a extração do órgão e tecido. A pessoa encarregada para esse fim deve ser suficientemente capacitada para manter com os familiares do doador, primeiramente, uma relação de ajuda e apoio, independente de conseguir ou não a doação.

É óbvio que, após a notícia de morte encefálica de um parente a família atravessa um momento triste e doloroso, não sendo propício para decisões. No entanto, o transplante de órgãos e tecidos para ser realizado com êxito não pode demorar longo prazo, assim, é preciso que a decisão da família seja breve, quase que imediata.

Para que se possa alcançar maior número de doação de órgãos e tecidos *post mortem*, seja por livre autorização da família, ou por atendimento desta a vontade manifestada em vida pelo doador cadáver, é preciso ter muito cuidado e destreza pela equipe responsável por notificar a família e requerer a autorização.

É preciso contar com ajuda do médico responsável pelo paciente falecido, de profissionais capacitados, tanto da área da saúde como da psicologia, além disso, de outros parentes, que ainda que não tenham autorização legal para consentir com a remoção, possam ajudar os familiares próximos a compreender a situação.

Salienta-se ainda que, conforme disposição da lei, essa autorização familiar deverá se dar por escrito, e constará da presença de duas testemunhas, presentes à verificação da morte daquele futuro doador cadáver.

Essa falta de informação da população como um todo, envolvendo os familiares de potenciais doadores, aliada a dificuldade de compreensão no momento da decisão, colaboram com a escassez de doadores no Brasil.

Brunello Stancioli, Nara Pereira Carvalho, Daniel Mendes Ribeiro e Mariana Alves Lara (2011, p. 134) traz interessante consideração sobre o aspecto:

Assim, pode-se notar que um dos grandes problemas acerca da doação (e escassez) de órgãos é metalegal. Muitos além da legislação específica e da criação do SNT, são necessários projetos educativos e motivacionais, tanto

para médicos, quanto para a população como um todo. O processo de convencimento (que se dá por diversas vias discursivas, como educação formal, a mídia, etc.) cria condições de possibilidade para a livre e real adesão a todo o processo que envolve os transplantes. Tal só pode ocorrer se baseados em argumentos que demonstrem todos os benefícios pertinentes à doação de órgãos e que envolvam a necessidade de participação ativa dos sujeitos envolvidos para a consecução desse projeto de solidariedade.

É indiscutível as dificuldades passadas pela família no momento da decisão de doação de órgãos, uma vez que, em regra, todos estão abalados com a perda do ente querido. No entanto, é preciso ter calma e plena consciência de que aquela autorização de transplantes poderá ajudar a salvar outras vidas.

De mais a mais, importante salientar que ainda que haja plena conscientização dos familiares – o que deve ser feito para a população como um todo -, atenção especial e prestação de informações por parte da equipe responsável, nada disso garante a estrita obediência à vontade possivelmente manifestada pelo futuro doador em sua vida.

3.2.3 A remoção de órgãos dos incapazes e dos não identificados

Assim como qualquer situação envolvendo os incapazes, a doação de órgãos e tecidos pra fins de transplantes após a morte destes merece especial atenção pelo ordenamento jurídico.

Primeiramente, veja-se os incapazes conforme o Código Civil de 2002:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

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

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

Dispõe a Lei 9.434 de 1997, em seu artigo 5º, *in verbis*: “A remoção *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa juridicamente incapaz poderá ser feita

desde que permitida expressamente por ambos os pais, ou por seus responsáveis legais.”

Observa-se que nesse caso também incumbe aos familiares, a responsabilidade de autorizar a remoção dos órgãos e tecidos para que seja realizado o transplante *post mortem*. No entanto, se tratando de pessoa que não tem capacidade civil para demonstrar a sua vontade, tem-se um regramento ainda mais específico.

Nessa situação não está qualquer parente autorizado a consentir com a doação, apenas aos pais do juridicamente incapaz, seja ele menor ou não, incumbe essa função. E não havendo estes, cabe ao representante legal do incapaz essa decisão.

Dessa forma, não pode, além desses descritos na lei, qualquer dos demais parentes autorizar a doação *post mortem* dos órgãos e tecidos do menor. Ou seja, na ausência deles, não poderá ser feita a remoção de órgãos e tecidos do incapaz.

Aqui é importante observar que, além de uma limitação, a legislação impõe que a autorização deve ser manifestada por ambos os pais, ou seja, não basta apenas um deles. Sendo assim, exceto em casos específicos, como ausência, falecimento ou mesmo desconhecimento de um dos pais, estando eles presentes cabe aos dois consentir.

Percebe-se, então, que é preciso que os pais do incapaz concordem com a decisão de consentir com o transplante, uma vez que diante da divergência entre eles não será possível a realização da doação. Ainda que um dos pais concorde com a realização da remoção, seja para atender a uma vontade externada pelo filho ou mesmo por ser a favor da doação, havendo a negativa do outro, não se tem como suprir essa autorização.

Além dos incapazes, é conferida também especial atenção aos não identificados. Em relação a estes é expressamente vedado pela legislação a remoção de órgãos e tecidos ainda que sejam para fins de transplantes.

Determina a Lei 9.434/07, em seu artigo 6º: “É vedada a remoção *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoas não identificadas.”

Desta forma, ainda que visando salvar outras vidas, não pode o Estado se apropriar do corpo morto dos não identificados, suprimindo a autorização exigida dos familiares, ainda que ausentes.

Conclui Edison Tetsuzo Namba (2009, p. 161-162):

Procura-se evitar que, em se permitindo a retirada, se ocultasse a identificação de alguém, vilipendiando-se seu corpo ou, ainda que não houvesse esforço em se descobrir quem seria o falecido encontrado em algum lugar, para se aproveitar dos seus tecidos, órgãos ou parte.

Assim, nitidamente percebe-se que a intenção do legislador ao proibir essa remoção foi prevenir a ocorrência de situações irregulares. Seria inadmissível permitir que se fomentasse o anonimato do indivíduo morto, apenas para que pudesse ser realizada a doação *post mortem*.

Nessas situações a doação de órgãos e tecidos que tem o intuito de salvar vidas, sendo, portanto, um gesto altruístico e louvável, se tornaria vergonhoso, e inclusive antijurídico. Isto posto, resta evidente os motivos do legislador em proibir a doação de órgãos e tecidos de pessoas não identificadas.

3.3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A AUTONOMIA PRIVADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Importante análise a ser feita em relação à manifestação de vontade do doador, refere-se ao respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e os demais princípios corolários.

Neste viés, é preciso inicialmente analisar e entender o significado do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Dispõe o legislador constituinte:

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;

Observa-se que o referido princípio não entrou no rol dos princípios fundamentais trazido no artigo 5º da Constituição Federal, mas essa opção do legislador constituinte, ao que parece, pautou-se na extrema relevância do referido princípio, desta forma, o mesmo é elevado a fundamento do próprio Estado Democrático de Direito.

Pois bem, buscar uma conceituação do princípio da dignidade da pessoa humana, seria uma pretensão inalcançável, na verdade, este princípio possui tamanha subjetividade que poderá ser interpretado de inúmeras formas, a depender da

situação em análise, bem como do intérprete do caso.

“A dignidade da pessoa humana figura como um valor, que brota da própria experiência axiológica de cada cultura humana, submetida aos influxos do tempo e espaço.” (SOARES, 2010, p. 129)

Muitos filósofos já se propuseram a conceituar o princípio da dignidade da pessoa humana, aquele que possivelmente mais contribuiu para isso foi Immanuel Kant que definiu o homem como um fim em si mesmo, e não como um meio ou instrumento de outrem.

Para Immanuel Kant (2003), as pessoas possuem valores, e devem tomar suas decisões de acordo com a sua moral. Institui assim um conceito filosófico do imperativo categórico.

Assim, percebe-se o homem como um parâmetro, o centro. Além disso, nas contribuições de Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade é inerente a todos os homens, em igual proporção, sendo isso o que lhe diferencia das demais criaturas do universo. (TAVARES, 2013, p. 438-439)

Partindo da idéia de que todos os seres humanos são dotados dessa dignidade, cada um, cada homem, é visto como o centro, como o fim, sendo este um valor próprio que não pode ser violado. Conclui, então, André Ramos Tavares (2013, p. 439-440), “a dignidade da pessoa humana considera o homem como “ser em si mesmo” e não como “instrumento para alguma coisa”.

Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 41-42), traz importantes considerações sobre a concretização do princípio da dignidade:

Inicialmente, cumpre salientar – retomando a idéia nuclear que já se fazia presente até mesmo no pensamento clássico – que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal, e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta, portanto, compreendida como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente.

A dignidade é, portanto, inerente à própria condição de ser humano, ela não é adquirida, ela na verdade já está associada à própria essência da pessoa humana, independe de qualquer coisa.

Assim, pauta-se a Constituição Federal de 1988 no respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, adotando, portanto, inúmeras regras que visam efetivá-lo, vedando situações que sejam contrárias à dignidade das pessoas. Coloca-se, então, o ser humano no centro, e volta-se o ordenamento jurídico para a sua proteção.

No entanto, não se pode afirmar o que efetivamente é dignidade, esse é um sentido subjetivo, que depende do próprio sujeito, na sua particularidade, detentor da sua própria dignidade.

O princípio da dignidade da pessoa humana deve ser entendido de forma multicultural, não podendo ser visto de uma forma fixa e uniforme, o intérprete deve valer-se da metaética e do multiculturalismo, uma vez que se manifesta em diversas sociedades democráticas modernas. O conceito de dignidade encontra dificuldades teóricas e práticas. Não há espaço para o certo ou o errado, o digno e o não digno, o oriental e o ocidental, afinal não é possível identificar um conceito para a dignidade, consoante o coeficiente de subjetivismo e pluralismos cultural e moral da sociedade moderna. (SOUTO *et al*, 2010, p. 6).

Assim, um possível conceito de dignidade da pessoa humana apenas pode ser observado no caso concreto, atentando a condição de cada um, sob pena de incorrer em preconceitos e julgamentos.

Pode-se ainda afirmar que “Decerto, a apreensão do sentido do princípio da dignidade da pessoa humana não se afigura como um produto metódico de procedimentos formais, dedutivos e indutivos, mas, na verdade, requer um conhecimento de base concreta e real que repousa sobre a valoração” (SOARES, 2010, p. 129)

Em que pese não se ter um conceito definido de dignidade, de certo ela é inata a todos os seres, independente de qualquer situação ou atitude.

Além disso, como já frisado, não se deverá olvidar que a dignidade – ao menos de acordo com o que parece ser a opinião largamente majoritária – independe das circunstâncias concretas, já que inerente a toda e qualquer pessoa humana, visto que, em princípio, todos – mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas – ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes, inclusive consigo mesmo. (SARLET, 2006, 42-43).

Seria, então, a dignidade da pessoa humana um princípio apto a impor limites ao poder de Estado, de modo a respeitar a dignidade de cada um, impedindo o uso do homem como objeto, garantindo um patamar mínimo para todos. (SOUTO *et al*, 2010, p. 5).

Nesse sentido, veja-se importante consideração de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2013, p. 165):

Aliás, sobreleva sublinhar que a dignidade da pessoa humana, enquanto o valor jurídico máximo dos sistemas, traz consigo, naturalmente, uma dupla face: de um lado, tem uma eficácia positiva e, de outra banda, uma eficácia negativa. A eficácia positiva serve para vincular todo o tecido normativo infraconstitucional à dignidade. Ou seja, são impostas obrigações ao Estado e aos particulares para a afirmação da dignidade. A outro giro, a sua eficácia negativa serve como restrição, ao Poder Público e às pessoas como um todo, ao exercício de determinados direitos.

Constata-se então que a dignidade da pessoa humana é ao mesmo tempo limite e tarefa dos poderes estatais, como limite afirma-se como algo que pertence a cada ser humano e não pode ser perdido ou alienado. E enquanto tarefa do Estado determina que este aja de modo a preservar a dignidade existente, além de, também, possibilitar aos indivíduos o pleno exercício da sua dignidade. (SARLET, 2006, p. 47).

A partir dessa dignidade inerente a todos os homens, que acaba por barrar práticas que de qualquer forma desrespeitem esse princípio, respeitando cada homem como um fim e não meio, importantes conseqüências devem ser analisadas, dentre elas, a liberdade do homem, a sua autonomia.

A dignidade, enquanto aspecto inerente à própria condição do ser humano lhe confere também condição particular de autonomia, ou seja, possibilidade de exercer por si próprio, a sua vontade. Uma liberdade na qual o sujeito, enquanto um fim em si mesmo, pode tomar as suas próprias decisões.

Brilhantemente, acerca da autonomia decorrente da dignidade da pessoa humana, conclui André Ramos Tavares (2013, p. 441-442):

Dessa forma, a dignidade do Homem não abarcaria tão somente a questão de o Homem não poder ser um instrumento, mas também, em decorrência desse fato, de o Homem ser capaz de escolher seu próprio caminho, efetuar suas próprias decisões, sem que haja interferência direta de terceiros em seu pensar e decidir, como as conhecidas imposições de cunho político-eleitoral (voto de cabresto), ou as de conotação econômica (baseada na hipossuficiência do consumidor e das massas em geral), e sem que haja, até mesmo, interferências internas, decorrentes dos, infelizmente, usuais, vícios.

Assim, autonomia privada no ordenamento jurídico brasileiro está intimamente ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana, e está ligada a vontade e ao respeito à vontade das pessoas.

Para Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 85), a noção de dignidade também repousa na

autonomia da pessoa, ou seja, na liberdade do ser humano. A capacidade deste formatar a sua própria existência, e ser, então, sujeito de direitos.

Deste modo, pode-se concluir pelo respeito à autonomia privada do indivíduo como forma de prezar pelo princípio da dignidade da pessoa humana. A autonomia que proporciona ao indivíduo agir por si próprio, pelo seu entender, ou seja, fundamenta-se na liberdade do indivíduo.

Além disso, pode-se afirmar que a autonomia privada resguarda o direito de agir do indivíduo, ou seja, um agir individual, de forma espontânea e livre, diante das suas próprias decisões.

Nesse aspecto veja-se importante consideração de Adriana de Freitas Torres (2007, p.1)

Autonomia significa autogoverno, autodeterminação da pessoa em tomar decisões relacionadas a sua vida, sua saúde, sua integridade físico-psíquica e suas relações sociais. Pressupõe existência de opções, liberdade de escolha e requer que o indivíduo seja capaz de agir de acordo com as deliberações feitas. O respeito à autodeterminação fundamenta-se no princípio da dignidade da natureza humana, acatando-se o imperativo categórico kantiano que afirma que o ser humano é um fim em si mesmo. Algumas variáveis contribuem para que um indivíduo torne-se autônomo, tais como condições biológicas, psíquicas e sociais. Podem existir situações transitórias ou permanentes que uma pessoa pode ter uma autonomia diminuída, cabendo a terceiros o papel de decidir. A autonomia não deve ser confundida com individualismo, seus limites são estabelecidos com o respeito ao outro e ao coletivo.

Assim, concluindo, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2013, p. 164), afirmam que a dignidade humana, enquanto postulado fundamental da ordem jurídica, influencia todos os valores e direitos inerentes a pessoa humana, assim, entre outros, visa garantir a autonomia e o livre desenvolvimento da personalidade.

Mas é claro que, ressalte-se, deve-se sempre pensar a autonomia privada de forma a conformá-la com o princípio da dignidade da pessoa humana, assim, deve-se respeitar limites, para não esbarrar em práticas contrárias ao princípio fundamento do próprio Estado Democrático de Direito

Veja-se ainda importante consideração de Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 45):

Importa, contudo, ter presente a circunstância de que esta liberdade (autonomia) é considerada em abstrato, como sendo a capacidade potencial que cada ser humano tem de autodeterminar a sua conduta, não dependendo da sua efetiva realização no caso da pessoa em concreto, de tal sorte que também o absolutamente incapaz (por exemplo, o portador de grave deficiência mental) possui exatamente a mesma dignidade que qualquer outro ser humano física e mentalmente capaz.

Isto posto, resta demonstrado o enquadramento da autonomia privada no âmbito do nosso ordenamento jurídico.

De mais a mais, para que se possa efetivar o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, é indispensável uma postura diferenciada por parte dos civilistas modernos. No cenário dos direitos civis dos indivíduos, não só se pode fazer uma interpretação e aplicação restritiva das normas jurídicas, atentando-se apenas para os conceitos jurídicos, é preciso nestas também assegurar, inclusive de forma prioritária, o respeito vida humana.

E o viés que permitirá a unificação da personalidade jurídica ao redor de uma idéia central é exatamente o princípio maior, constitucionalmente afirmado: *a dignidade da pessoa humana*. Por isso, impede lembrar, nesse ponto, que o Direito Civil não pode, de forma alguma, distanciar-se da legalidade constitucional, impondo-se a estrita obediência às premissas fundamentais postas na Lei Fundamental, pois consistem nos valores mais relevantes da ordem jurídica brasileira. (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 163-164)

Ressalte-se que, obviamente, não é só o campo do direito civil deve prezar pelo respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, mas também todos os demais ramos do direito, inclusive porque, trata-se de um princípio constitucional, centro no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, veja-se importante consideração acerca do respeito a Dignidade da Pessoa Humana no âmbito da bioética:

Urge, portanto, a imposição de limites à moderna medicina, reconhecendo-se que o respeito humano em todas as suas fases evolutivas (antes de nascer, no nascimento, no viver, no sofrer e no morrer) só é alcançado se estiver atento à dignidade humana. [...] Para a bioética e o biodireito a vida humana não pode ser uma questão de mera sobrevivência física, mas sim de “vida com dignidade”. (DINIZ, 2011, p.41).

Percebe-se assim que o princípio da dignidade da pessoa humana não se apresenta de forma rígida, e, diante da sua pluralidade de interpretação, se mostra também presente na Bioética, de forma a nortear suas práticas, pautando-se no respeito a pessoa humana.

Retomando à análise da doação de órgãos e tecidos *post mortem*, o que se questiona é: o atual Sistema Nacional de Transplante respeita o princípio da dignidade da pessoa humana?

De forma geral, pode-se até afirmar que a lei 9.434/1997 em muitos aspectos pauta-se no princípio fundamento do Estado Democrático de Direito. Mas, voltando-se especificamente ao problema em análise na presente pesquisa, qual seja, a

autorização para doação *post motem*, muitos aspectos ainda precisam ser analisados, confrontando-a com o princípio da dignidade da pessoa humana e o respeito à autonomia do indivíduo.

3.3.1 Direitos da personalidade: direito ao corpo morto

Para o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana é preciso atentar-se para diversos direitos inerentes aos seres humanos, são eles os chamados direitos da personalidade, estes se voltam propriamente para a proteção do ser humano, pela sua simples condição de ser humano, independente das suas especificidades.

Na visão de Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2005, p. 14): “Os direitos da personalidade são considerados essenciais à pessoa humana, visando à proteção de sua dignidade. Diante disso, em nosso direito, cada vez mais o conceito “personalidade” se aproxima do valor “dignidade”.”.

São os direitos da personalidade considerados essenciais à pessoa humana, a fim de resguardar a sua dignidade. (GOMES, 2009, 134)

Os chamados direitos da personalidade não estão dispostos na Constituição Federal, no entanto, o Código Civil de 2002 refere-se aos direitos da personalidade em seus artigos de 11 a 21, estando, estes, portanto, tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Os direitos da personalidade referem-se aos diversos aspectos da pessoa humana enquanto sujeito de direitos e deveres, seja no seu aspecto físico, psíquico, intelectual, enfim. São eles direitos subjetivos inerentes a própria condição dos seres humanos, assim, pode-se afirmar que são direitos advindos da esfera mais íntima da pessoa, voltado a afirmar seus valores existenciais. (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 177).

Sendo assim, os direitos da personalidade são propriamente direitos das pessoas, resguardam a essência da condição de ser humano, ou seja, bens e valores essenciais para o ser humano. Tem-se como objeto, portanto, a proteção do direito à vida, o direito à integridade intelectual, o direito à integridade física e psíquica, o direito à intimidade e a privacidade, o direito à honra, o direito ao próprio corpo, o

direito à liberdade, enfim.

De logo, saliente-se que os direitos na personalidade, são direitos em expansão, à medida que a sociedade torna-se mais complexa, têm-se mais violações às pessoas, e por tanto, necessidade de mais proteção jurídica. Desse modo, a lista trazida pelo Código Civil de 2002 não é uma lista taxativa dos direitos da personalidade, pelo contrário. (BORGES, 2005, p. 25).

Para melhor entender os direitos da personalidade é preciso ter em mente o conceito de personalidade. Para Orlando Gomes (2009, p. 127), trata-se de um atributo jurídico conferido aos homens, de modo que é institucionalizado em um complexo de regras declaratórias das condições da sua atividade jurídica e dos seus limites.

São os direito da personalidade, então, direito próprios de todos os serem humanos, e pelo respeito ao princípio fundamento do estado democrático de direito – princípio da dignidade da pessoa humana – estes devem ser resguardados pelo ordenamento.

Na visão de Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 183):

A concepção dos direitos da personalidade apóia-se na idéia de que, a par dos direitos economicamente apreciáveis, destacáveis da pessoa de seu titular, como a propriedade ou o crédito contra um devedor, outros há, não menos valiosos e merecedores da proteção na ordem jurídica, inerente à pessoa humana e a ela ligados de maneira perpétua e permanente

Esclarece-se ainda que de maneira geral, os direitos da personalidade são absolutos, extrapatrimoniais, intrasmissíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários, opõe-se *erga omnes*, e são ainda inalienáveis, (GOMES, 2009, p. 137)

Nesse aspecto é preciso compreender que em que pese a indisponibilidade dos direito da personalidade, admite-se, eventualmente, a disposição do seu exercício, dentro de certos limites. Assim, pode o titular do direito da personalidade dispor deste, em determinadas situações, sem ofender a sua própria dignidade. (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 181).

Diante dessa possibilidade, fala-se em uma disponibilidade relativa dos direitos da personalidade, uma situação muito discutida na doutrina civilista, e utilizada como forma de efetivação à autonomia privada em muitas situações.

Isto posto, não cabe aqui fazer uma análise aprofundada dos direitos da

personalidade, nem mesmo se poderia detalhá-los um a um, assim, detendo-se a pesquisa realizada, cumpre atentar apenas àquele que mais se relaciona na problemática em questão: o direito ao próprio corpo.

O Código Civil de 2002 disciplina o direito ao próprio corpo:

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.

Desta forma há previsões expressas sobre a disposição do próprio corpo humano, direito da personalidade inerente a própria condição de ser humano.

Em consonância com o disposto no art. 13, afirmam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 201):

O corpo, como projeção física da individualidade humana, também é inalienável, embora se admita a disposição de suas partes, seja em vida, seja para depois da morte, desde que, justificado o interesse público, isso não implique mutilações, e não haja intuito lucrativo.

Nesta toada, importante ressaltar que ordenamento jurídico brasileiro não confere proteção apenas ao corpo humano vivo, mas também ao corpo morto, em que pese este deixar de ter personalidade jurídica, continua sendo resguardado pelo direito.

“O direito à integridade física, concerne à proteção jurídica do corpo humano, isto é, à sua incolumidade corporal, incluída a tutela do corpo vivo e do corpo morto, além dos tecidos, órgãos e partes suscetíveis de separação e individualização.” (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 210).

No art. 14 do CC/2002, já transcrito, encontra-se disposto o referido direito. Sendo essa proteção conferida pelo ordenamento jurídico após a morte, o chamado direito ao cadáver, devendo ser, portanto, aplicado na doação *post mortem*, o que não se evidencia.

Tem-se, assim, um relevante problema nos transplantes após a morte no que tange à validade e eficácia da manifestação de vontade do titular, ainda vivo, acerca da sua condição de doador de órgãos. Dispõe o artigo 14 do CC, que a disposição do corpo após a morte depende da manifestação de vontade do próprio titular, e, portanto, não dos seus familiares. De forma diversa, o artigo 4º da lei 9434

determina que a realização de transplante *post mortem* depende de autorização dos familiares do doador cadáver. (FARIAS, ROSENVALD, 2013, p. 219).

Nesta senda, percebe-se que a legislação específica da doação de órgãos e tecidos *post mortem* vai de encontro com as disposições civilistas acerca do direito da personalidade sobre o corpo morto, como será adiante analisado.

3.3.2 A vontade do doador e a autonomia privada

Diante das análises já feitas, resta demonstrado que o princípio da dignidade da pessoa humana, em suas múltiplas aplicação, envolve aspectos patrimoniais, referentes à propriedade, à família, à negociações contratuais, à personalidade jurídica, e em especial, ao aspecto envolvido no trabalho apresentado: a autonomia privada.

Assim, em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, tem-se a autonomia do ser humano, que como visto deve ser respeitada pelo ordenamento jurídico em seu regramento civilista.

Todo ordenamento jurídico, pautado pelo primado da pessoa humana e sua dignidade (e assim é no Brasil e em quase todo o Ocidente), deve ter a autonomia da vontade como sua marca distintiva.

[...]

Por outro lado, além de constitutiva, a autonomia da vontade é o fulcro da democracia. Mais que seu fundamento, é o alicerce da vida pautada no efetivo exercício da liberdade cotidiana. (STANCIOLI; CARVALHO; RIBERIO; MARIANA; 2011, p. 136)

Diante disso, retomando a problemática da doação de órgãos e tecidos para fins de transplantes, indaga-se se o regramento adotado pelo Sistema Nacional de Transplantes no que tange a autorização para que haja a doação de órgãos e tecidos *post mortem*, respeita o exercício da autonomia privada. Não deveria este regramento, atentando para o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, respeitar a vontade manifestada em vida, pelo futuro doador cadáver?

Como suscitado alhures, a autonomia da vontade, enquanto direito da personalidade, rege o direito ao próprio corpo, assim envolve: direito à doação de órgãos, direito ao embelezamento, direito à mudança de sexo, direito à integridade física, direito à autolesão e direito à reprodução humana. (BORGES, 2005, p. 168).

Desta forma, não pode uma legislação específica que regulamenta a doação de órgãos e tecidos dispor de forma contrária a diretrizes trazidas no Código Civil Brasileiro, inclusive porque as mesmas decorrem do princípio fundamento do Estado Democrático de direito, explícito na Constituição Federal da República.

Conclui Brunello Stancioli, Nara Carvalho, Daniel Ribeiro e Mariana Alves (2011, p. 137):

O exercício da autonomia começa no próprio corpo humano. Quão mais amplas forem as possibilidades de uso e disposição do corpo, maiores as chances de a pessoa ter seu projeto de vida e de felicidade realizados. Nesse sentido a autonomia transcende a noção de intangibilidade do corpo humano, tornando o seu uso uma discricionariedade pessoal. Dessa maneira, alijar o possível doador da escolha fundamental do destino dos seus órgãos implica privá-lo do mais elementar espaço de autodeterminação. Ainda que bem-intencionada, a família não podem em última instância, suprir completamente a vontade, manifestada em vida pelo potencial doador.

Pode-se perceber, então, que a Lei 9.434/1997, ao incumbir aos familiares o direito de decidir sobre a doação de órgãos após a morte do potencial doador, não coaduna com princípio da autonomia privada, uma vez que cerceia o direito do doador de ter a sua vontade respeitada.

Além disso, dispõe ainda de forma contrária às disposições civilistas, especificamente aos direitos da personalidade, uma vez que confere equivocadamente a terceiros, um direito que pertence ao próprio dono do corpo, ainda que se trate de um corpo morto, este, continua pertencendo ao seu titular, conforme já demonstrado.

Partindo dessas premissas, entende Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2013, p. 213):

Conquanto, sob o ponto de vista prático, venha prevalecendo o entendimento de que a solução deste (aparente) conflito normativo ocorreria pela especialidade, prevalecendo a norma legal específica dos transplantes, outro raciocínio merece ser levantado. Com efeito, considerando a autonomia privada e percebendo que o direito ao corpo morto pertence ao titular, ainda vivo, a solução que merece prevalecer é a aplicação do regime de subsidiariedade. Assim, sendo, *somente seria necessário o consentimento dos familiares* (art. 4º da Lei de Transplantes) *se o próprio titular, ainda vivo, não dispôs, expressamente, sobre o destino do seu cadáver* (art. 14 do Código Civil). Nessa levada, inclusive, é de clareza meridiana a redação do Enunciado 277 da Jornada de Direito Civil.

Desta forma, a regra para o consentimento na doação de órgãos e tecidos *post mortem*, adotada pelo Sistema Nacional de Transplantes, constitui-se clara afronta ao princípio da autonomia privada, e, em consequência, desrespeita também o

princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, é óbvio que, sendo o futuro doador uma pessoa em pleno gozo da sua capacidade, ela tem o direito, decorrente da sua própria condição de ser humano, de expressar a sua vontade em ser, ou não ser, doador de órgãos e tecidos *post mortem*.

Mas ressalte-se que não basta o direito de expressar sua vontade, mas sim expressá-la de forma vinculante e impositiva, situação ainda não aceita pelo Sistema Nacional de Transplantes.

“Privar o doador do respeito ao seu próprio consentimento é retirar-lhe a autonomia que a própria ordem jurídica lhe conferiu. Constitui clara ofensa à dignidade humana, um dos princípios norteadores do ordenamento vigente e à própria liberdade individual” (SOUTO *et al*, 2010, p. 14).

Em outras palavras, é preciso perceber que, ainda que seja para manifestar decisão *post mortem*, deve ter o futuro doador sua autonomia privada garantida. Preservando assim, por conseqüente, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse aspecto, traz importante contribuição. Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2005, p. 169):

A respeito do tema geral “direito ao próprio corpo”, observa-se que várias de suas expressões são relativamente disponíveis e que a autonomia jurídica individual sobre esse direito se tem ampliado cada vez mais em nosso ordenamento e em nossa sociedade.

Isto posto, em atenção ao princípio da autonomia privada, é preciso que hajam meios para que o consentimento da doação de órgãos e tecidos *post mortem* respeite a vontade do indivíduo, em vida, sobre o direito ao próprio corpo após a morte.

3.4 A AUTONOMIA COMO UM PRINCÍPIO BIOÉTICO

A *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research* (Comissão Nacional para a Proteção de Sujeitos Humanos da Pesquisa Biomédica e Comportamental), foi criada nos EUA, e entre outros objetivos na área da bioética, tinha a missão de identificar os “princípios éticos básicos”. Após quatro anos de experimentações, apenas em 1978, foi publicado o *Relatório*

Belmont (Belmont Report). Este tornou-se a *declaração principialista clássica*, e trouxe os três princípios éticos, quais seja, o respeito pelas pessoas (autonomia), a beneficência e a justiça. (PESSINI, BARCHIFONTAINE, 1996, p. 51-52)

Passou, então, o princípio da autonomia a nortear as práticas na área da bioética. Este refere-se a necessidade de respeito às pessoas e suas opiniões. É respeitar a escolha de cada um, diante das suas próprias particularidades e vontades.

Este propõe a valorização da vontade do paciente, assim, entende que cabe a este as escolhas sobre a sua própria vida, restringindo a intromissão de terceiros. É a capacidade de atuar por si próprio, sem a influência externa. Reconhece, portanto, o domínio do paciente sobre o seu corpo e mente. (MALUF, 2010, p. 11)

No Informe Belmont o respeito pelas pessoas (autonomia) incorpora pelo menos duas convicções éticas, a primeira de que as pessoas devem ser tratadas como entes autônomos, e, a outra, é de que as pessoas cuja autonomia está reduzida devem ser então protegidas. Derivam-se, portanto, desse princípio dois procedimentos práticos, o consentimento informado e o das decisões de substituição, quando a pessoa não tem autonomia suficiente. (PESSINI, BARCHIFONTAINE, 1996, p. 52-53)

Um ano após a publicação do Relatório de Belmont, em 1979, foi publicada uma famosa obra sobre o tema, *Principles of Biomedical Ethics* (Princípios da Ética Biomédica), trazendo importantes considerações sobre os princípios éticos.

Acerca do respeito ao Princípio da Autonomia, dispõe Tom L. Beauchamp e James F. Childress (2002, p. 143)

Nessa concepção, o respeito pela autonomia implica tratar as pessoas de forma a capacitá-las a agir autonomamente, enquanto o desrespeito envolve atitudes e ações que ignoram, insultam ou degradam a autonomia dos outros, e, portanto, negam uma igualdade mínima das pessoas.

[...]

O princípio de respeito à autonomia pode ser estabelecido, em sua forma negativa, da seguinte maneira: *as ações autônomas não devem ser sujeitadas a pressões controladoras de outros.*

[...]

Esse princípio necessita de especificações em contextos particulares para se tornar um guia prático para a conduta, e a especificação apropriada arrolará as exceções válidas.

[...]

O respeito à autonomia, portanto, tem uma validade *prima facie*, e pode ser sobrepujado por considerações morais concorrentes.

Isto posto, o outro princípio trazido é o da beneficência determina que deve-se agir sempre de modo a maximizar os benefícios, e, conseqüentemente, de forma a não causar danos, minimizando os riscos a outrem. Este princípio é especialmente aplicado nas pesquisas e práticas biomédicas.

Agir de acordo com a beneficência é uma exigência da vida moral, é realizar o bem e evitar os males. É se colocar a serviço para fazer o bem aos outros, levando em conta a definição de bem que eles têm. No entanto, esse conceito esbarra no fato de que a compreensão de bem de quem vai fazer pode ser diversa da compreensão de bem daquele que vai receber a ação. Assim, não é possível determinar uma idéia padrão do bem, mas isso não impede que o princípio da beneficência seja central para uma vida moral. (FERRER; ALVAREZ, 2005, p. 214-221).

Na obra *Principles of Biomedical Ethics*, os autores Tom L. Beauchamp e James F Childress acrescentaram ainda o princípio da não-maleficência, que determina que não se deve causar mal aos outros. (NANBA, 2009, p. 11)

Entende-se pelo princípio da não-maleficência, que tem inúmeras aplicações no campo da biomédica, a obrigação de não causar dano intencionalmente. A regra da não-maleficência é impor que não se faça determinada coisa, que não se tenha determinada conduta de modo a não prejudicar ou lesar alguém. Difere-se, pois, do princípio da beneficência, que refere-se a obrigação de ajudar os outros. Sendo, inclusive, a obrigações de não prejudicar, às vezes mais rigorosa que a idéia do princípio da beneficência. (BEUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 209-212).

O último princípio trazido nessa conferência foi o princípio da justiça, o qual determina a melhor distribuição dos riscos e benefícios nas práticas biomédicas. Impõe a imparcialidade na distribuição dos riscos e dos benefícios. Assim, as pessoas apenas poderão ser tratadas de forma diferente, se tiverem alguma diferença relevante entre elas. Caso contrário, não pode uma pessoa ser tratada de maneira distinta da outra. (NAMBA, 2009, p. 11).

Desse modo, sobre o quanto disposto, bem conclui, Leo Passini (2009, p. 53):

Do princípio da autonomia segue o procedimento denominado “*consentimento informado*”. Do princípio da *beneficência*, a *avaliação dos riscos e benefícios*. E finalmente, do princípio da *justiça*, a *seleção equitativa dos sujeitos de experimentação*.

Por fim, apenas para noticiar, ressalte-se que no ano de 2005, em Conferência Geral da UNESCO - Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, foram consolidados os princípios fundamentais da bioética, e além desses foram propostos alguns outros, dispostos entre os artigos 3º ao 17º da Declaração Universal sobre Bioética e Direito Humanos.

Posto isso, para a melhor compreensão do trabalho desenvolvido, importante ainda trazer, de forma breve, os três modelos de decisão substituta proposto por Beauchamp e Childress (2002), em sua obra de grande valia para os estudos da bioética, que se referem às possibilidades de autonomia do paciente.

“Os decisores substitutos tomam as decisões por pacientes não-autônomos ou cuja autonomia é incerta.” (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 195)

O primeiro desses modelos é o do julgamento substituto, este é um modelo de autonomia no qual não é o próprio paciente que vai expressar sua vontade, mas esta será manifestada por meio do decisor nomeado.

Refere-se o modelo do julgamento substituto a um modelo de autonomia fraco. O paciente em questão tem o direito de decidir, mas é incapaz de fazê-lo, é não-autônomo. Assim, se o paciente é, no momento, incapaz de exercer a sua autonomia, indicasse então outro decisor. Este deve decidir de forma a refletir os objetivos e opiniões do próprio paciente. Para tanto, é indispensável determinado grau de intimidade entre o decisor substituto e paciente, caso contrário, esse modelo não é apropriado, pois não poderá expressar vontade do paciente. Além disso, o modelo do julgamento substituto apenas se aplica aos casos em que o paciente já foi capaz, de forma que se pode crer qual decisão teria sido tomada por este no exercício da sua autonomia. (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 196-198)

Sendo assim, esse modelo de decisão será utilizado quando o envolvido não mais tiver plena capacidade ou discernimento para manifestar diretamente a sua vontade. Sendo, portanto, sua vontade manifestada por um terceiro, um procurador escolhido para tanto, de forma a respeitar a anterior autonomia do paciente.

O paciente nomeia, então, um decisor substituto para tomar as decisões como se fosse o próprio paciente. O julgamento substituto se efetiva por meio do mandato duradouro (*durable power of attorney*). (DADALTO, 2010, p. 29).

Outro modelo de decisão é o da pura autonomia. Este é aquela na qual efetivamente

a vontade é manifestada pelo próprio envolvido.

Afirma Tom L. Beauchamp e James P. Childress (2002, p. 199):

Ele se aplica exclusivamente aos pacientes que já foram autônomos e que expressaram uma decisão autônoma ou preferência relevante. Esse modelo torna os compromissos gerais do princípio do respeito à autonomia mais específicos. É possível respeitar as decisões autônomas prévias de pessoas que são agora incapazes, mas que tomaram decisões referentes a si mesmas quando ainda eram capazes. Existindo ou não uma diretriz formal de ação, os julgamentos autônomos prévios devem ser aceitos.

Observa-se que esse é o modelo que ainda que o paciente não tenha mais autonomia, exige plena capacidade do envolvido no momento da manifestação de vontade. Este é um modelo que será adiante retomado, e é de extrema importância para as soluções a seguir apontadas.

Por último, foi proposto o modelo do melhor interesse, no qual, não será atendida a vontade do paciente, mas sim feita uma ponderação valores.

Entre outras situações, esse é o modelo adequado para aqueles pacientes que nunca foram capazes, ou aqueles que, embora anteriormente capazes, não se pode assegurar a sua preferência. Por meio do modelo de melhor interesse, deverá o decisor substituto determinar entre as opções possíveis aquela que trará maior benefício para o envolvido. Aqui será preciso atentar para a qualidade de vida do paciente, o seu bem-estar, e então irá se ponderar os riscos e benefícios dos tratamentos possíveis. (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 204-205)

Evidencia-se assim, ainda que de forma sucinta, os modelos de decisão substituta trazidos na obra “Princípios da Ética Biomédica”, que estão intimamente ligados a autonomia do envolvido, no caso, o paciente.

4 A NECESSÁRIA GARANTIA DE CUMPRIMENTO DA MANIFESTAÇÃO DA VONTADE DO DOADOR EM VIDA

Muitas são as discussões acerca das possibilidades de formas legais a serem implantadas no ordenamento jurídico brasileiro, para que a manifestação de vontade, em vida, do futuro doador cadáver prevaleça sobre qualquer autorização ou não, dos seus parentes ou familiares.

Defende Brunello Stancioli, Nara Carvalho, Daniel Ribeiro e Mariana Alves (2011, p. 137):

É claro que o ideal seria haver uma convergência de vontade para que a família busque cumprir o projeto estabelecido pela pessoa ainda viva e, mais, que compactue com esse processo, realizando-se também dele. Entretanto, no extremo da divergência entre as vontades do doador e da família, deve prevalecer os desejos daquele.

A legislação atribui essa responsabilidade àquelas pessoas mais próximas do pretendo doador, quais sejam, seus familiares, conforme já demonstrado, no entanto, isso não é garantia de respeito à vontade manifestada em vida.

No ordenamento jurídico Brasileiro ainda não existem meios capazes de assegurar o respeito à vontade das pessoas, de ser doador após a sua morte. Restando para os familiares a responsabilidade de autorizar ou não, a remoção dos órgãos e tecidos para fins de transplantes, muitas vezes não sendo fiel a vontade do doador cadáver, conforme já discutido.

Sendo assim, ainda busca-se um meio legal, válido e eficaz para que o pretendo doador possa em vida consentir, ou mesmo se mostrar contrário àquela doação de órgãos e tecidos que poderá se dar após a sua morte.

Atualmente, diante da recente Resolução n. 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina, discute-se se sobre possibilidade de se dispor sobre a vontade ou não de ser doador dos seus órgãos e tecidos após a morte. Acontece que essa nova resolução dispõe sobre o testamento vital, permitindo ao paciente terminal dispor sobre diretivas antecipadas da vontade em relação aos cuidados e tratamento que pretende ou não receber no final da sua vida – o que será melhor aprofundado mais a diante.

Dessa forma, se o paciente pode decidir sobre os tratamentos que lhe serão

aplicados, bem como pela não utilização de determinados procedimentos para “prolongar” sua vida, porque o mesmo não pode decidir pela doação ou não de órgãos e tecidos após o fim da sua vida?

O fato é que a legislação brasileira ainda não prevê nenhuma forma de documentação escrita, em vida, para deixar registrada a vontade da pessoa de ser doador de órgãos e tecidos após a morte. Desse modo, atualmente, não será válido assinar nenhuma documentação expressando a vontade de doar órgãos e tecidos *post mortem*, pois a mesma ainda não é aceita pelo ordenamento jurídico brasileiro, não tendo, portanto, força impositiva.

Ressalte-se ainda que, conforme evolução do regramento, o SNT não mais adota o consentimento presumido, assim as inscrições feitas nos documentos de identidade com o intuito de se declarar não doador, não têm mais qualquer validade.

Nesta toada, percebe-se a necessidade imperiosa do nosso ordenamento jurídico novamente se adaptar aos anseios da sociedade, visando garantir por meios legais o cumprimento da manifestação da vontade do doador em vida, de forma vinculante, e não apenas informativa.

4.1 AS DISPOSIÇÕES DE ÚLTIMA VONTADE E O CÓDIGO CIVIL

Além de dispor sobre o direito ao corpo morto, conforme já ilustrado, o Código Civil de 2002 traz ainda importantes normas aplicáveis ao consentimento para doação de órgãos e tecidos *post mortem*.

Importante aspecto a ser observado na legislação civilista diz respeito às disposições testamentárias. Quanto a estas, informa o legislador, que além de dispor de seus bens patrimoniais, pode-se testar também sobre bens extra-patrimoniais. Traz o dispositivo do CC/2002:

Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte.
§ 2º São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado.

Efetivamente ainda é pouco comum disposições testamentárias que não versem sobre o patrimônio, ou seja, de caráter extra-patrimonial. No entanto, as mesmas já são regulamentadas e amplamente aceitas pela doutrina e jurisprudência brasileira.

“O testamento deve conter disposições de última vontade destinadas a regular a devolução dos bens hereditários, mas pode compreender outras declarações, como o reconhecimento de filhos, a nomeação de tutores, a designação de testamenteiro e a revogação de outro testamento”. (GOMES, 2012, p. 157).

Desse modo, de logo é importante salientar que o legislador não trouxe um rol de situações de caráter não patrimonial que podem ser reguladas por meio do testamento. Pode-se concluir, portanto, que não existe, aparentemente, qualquer óbice na legislação civilista que impeça o futuro doador de deixar, por testamento, manifestada sua vontade de doar seus órgãos e tecidos para fins de transplantes, ou mesmo uma manifestação contrária.

Sendo assim, ainda que não esteja regulada, a possibilidade de autorizar a remoção de órgãos e tecidos para fins de transplantes por meio de testamento não fere qualquer dispositivo legal. Trata-se, portanto, de uma disposição de caráter extrapatrimonial, permitido pela legislação.

Nesse sentido, tem-se a figura do testamento vital, que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade, como será a diante melhor detalhado. Ressalte-se que esta é uma forma de manifestação de vontade do paciente, que está adentrando no ordenamento jurídico brasileiro, mas que ainda não permite a disposição sobre doação de órgãos e tecidos para após a morte.

Isto posto, percebe-se que ainda existe espaço no ordenamento jurídico brasileiro para que as disposições testamentárias versem também sobre o tema em questão. Lembrando que, para tanto, deve-se, atender a todo o regramento civilista sobre o testamento, bem como também as regras regentes sobre o negócio jurídico, qual seja, a doação.

Nesse sentido, ressalte-se que assim como todo negócio jurídico, a doação de órgãos e tecidos, ainda que manifestada por meio de disposições testamentárias, para ser válida, deve obedecer às disposições do art. 104 do Código Civil: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei.

4.2 POSSIBILIDADES PARA A GARANTIA DA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DO DOADOR

Inicialmente, cumpre aqui trazer importante consideração sobre aspectos específicos do negócio jurídico da doação.

A doação, destarte, consubstancia uma conjugação de elemento subjetivo e objetivo. Trata-se de uma simbiose entre a vontade do doador de realizar a liberalidade (além da vontade do donatário de receber o benefício) e a efetiva transferência do patrimônio transmitido. (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 785).

Dessa forma, porque na doação de órgãos e tecidos o regramento é diferente? Assim como em qualquer outra forma de doação, a vontade do doador, ou seja, do próprio doador e não dos seus familiares, deve prevalecer no consentimento, ou não, da doação de órgãos e tecidos após a sua morte.

Ao deparar-se, por exemplo, com uma doação patrimonial, é requisito de validade a livre e espontânea vontade do doador em doar a determina pessoa aquele bem. Ainda que se trate de situação totalmente diversa, não tem porque na doação de órgãos e tecidos a vontade do doador ser substituída pela vontade de terceiros.

Por tudo o exposto, é clarividente, portanto, a necessidade do cenário jurídico brasileiro evoluir para conferir tamanha eficácia e validade à manifestação de vontade do futuro doador.

Justamente a esta problemática volta-se o trabalho desenvolvido, buscando apresentar possibilidades para que o consentimento para doação de órgãos e tecidos após a morte decorra da vontade do próprio doador, manifestada em vida.

4.2.1 Das diretivas antecipadas de vontade e a resolução 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina

As diretivas antecipadas de vontade é um instituto que permite que o cidadão – paciente terminal – manifeste antecipadamente a sua vontade de se submeter ou não a terapêuticas médicas, tendo este instrumento validade quando o paciente não tiver mais capacidade de expressar sua vontade.

Assim, especificamente, pode-se afirmar que as diretivas antecipadas de vontade são instruções fornecidas pelo próprio paciente de forma a nortear a conduta médica em situações de terminalidade.

Tal declaração é, assim, uma declaração prévia de vontade realizada pelo paciente a respeito de quais tratamentos se submeterá ou não, podendo conter ainda nomeação de procurador, em casos de impossibilidade de manifestação de vontade do paciente em estado terminal. Neste sentido, a declaração prévia do paciente terminal nada mais é do que um meio de assegurar uma morte digna. (LINGERFELT *et al*, 2013, p.8)

Esse é um instituto, portanto, que visa respeitar a autonomia privada, intimamente ligada ao princípio da dignidade humana, conferindo direito ao paciente de manifestar sua vontade de forma impositiva.

Alguns autores abordam como sinônimo as diretivas antecipadas de vontade e a declaração prévia de vontade, outros as diferem, defende Luciana Dadalto (2010, p. 64):

As diretivas antecipadas (*advanced care document*), tradicionalmente, têm sido entendidas como o gênero do qual são espécies a declaração prévia de vontade do paciente terminal (*living Will*) e o mandato duradouro (*durable power attorney*). Ambos os documentos serão utilizados quando o paciente não puder, livre e conscientemente, se expressar – ainda que por uma situação transitória -, ou seja, as diretivas antecipadas, como gênero, não se referem exclusivamente a situação de terminalidade.

Assim, nessa visão, as diretivas antecipadas de vontade constitui um gênero com suas espécies, mas o fato é que ambas, tanto a declaração prévia de vontade, quanto o mandato duradouro, têm o mesmo objetivo final, qual seja expressar a vontade do paciente.

O fato é que efetivamente em muito se assemelha as diretivas antecipadas de vontade e o testamento vital – que será melhor detalhado a seguir -, podendo então tratá-los como sinônimos.

As diretivas antecipadas, chamadas de *advanced care documents*, surgiu nos Estados Unidos e foi legalizada pela PSDA – *Patient Self-Determination Act* -, lei federal americana que entrou em vigor em 1991. (DADALTO, 2010)

Percebe-se assim que esse instituto já vem sendo adotado em outros países há muitos anos, permitindo então que os pacientes terminais deliberem sobre os tratamentos médicos o qual irão se submeter, no entanto, por longo período este não foi aceito no Brasil.

O instituto das diretivas antecipadas de vontade foi pensado para os casos de

manifestação de vontade em situações de terminalidade da vida, quando o paciente não mais puder exprimir sua vontade, tendo, portanto, deixado essa vontade já manifestada, por meio do testamento vital, por exemplo.

Deste modo, por meio do consentimento informado, previamente, o paciente manifesta sua vontade, e está então vinculará o médico, autorizando ou não a utilização de determinados procedimentos. É obvio que não é todo e qualquer procedimento médico que pode ser autorizado ou mesmo vedado pelo paciente, é preciso atentar a determinados limites estabelecidos, os quais não serão aqui aprofundados por fugir ao tema em questão.

Cumprindo ainda ressaltar que esse instituto possui regramento próprio em cada país no qual é aplicado. No Brasil, muito se discutiu acerca da utilização da possibilidade de diretivas antecipadas de vontade, e apenas no ano de 2012, em recente resolução do Conselho Federal de Medicina, este passou a ser aceito.

Desta forma, com a recente resolução do CFM, as diretivas antecipadas de vontade foram trazidas para ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, aqui é importante ressaltar, que a previsão desta apenas foi regulamentada por uma resolução de conselho profissional, de modo que, chegou-se a discutir a sua validade.

O Ministério Público Federal propôs ação civil pública (nº 0001039-86.2013.4.01.3500) em face do Conselho Federal de Medicina, visando a suspensão da aplicação da Resolução nº 1.995/2012. Defende o *Parquet*, que o CFM extrapolou os limites da sua atuação trazidos na Lei 3.268/1957, bem como a referida resolução deve ser declarada inconstitucional.

Em sede de decisão liminar, decidiu o 1ª vara do Tribunal Regional Federal de Goiás, pelo indeferimento do pedido do Ministério Público de suspensão da Resolução 1.995, dentre outras coisas, sustentando que a mesma é constitucional, pois se coaduna com o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como que o CFM não extrapolou seus poderes normativos.

Em que pese o Ministério Público já ter interposto agravo de instrumento contra a decisão liminar proferida, até o momento, o mesmo ainda não foi julgado, sendo mantida de forma válida e constitucional a Resolução 1.995 do Conselho Federal de Medicina.

Isto posto, tem-se que, ainda que se trate de uma norma infra legal, a Resolução do

CFM é válida, e tem força impositiva em âmbito nacional, de modo que as diretivas antecipadas de vontade passam a ser aceitas no Brasil.

No entanto, estas, efetivadas pelo testamento vital, voltam-se apenas para a manifestação quanto a assistência médica que o paciente deseja receber, é uma forma de propiciar o direito a uma morte digna, ou ainda de respeitar a autonomia e dignidade da pessoa humana. (DIAS, 2011, p. 378-379)

Vejamos a redação da Resolução n 1.995/2012 do CFM:

RESOLUÇÃO CFM nº 1.995/2012

Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes

Art. 1º Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

Art. 2º Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade.

§ 1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico.

§ 2º O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica.

§ 3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares.

§ 4º O médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente.

§ 5º Não sendo conhecidas as diretivas antecipadas de vontade do paciente, nem havendo representante designado, familiares disponíveis ou falta de consenso entre estes, o médico recorrerá ao Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender esta medida necessária e conveniente.

Diante desta, passe-se a aceitar no Brasil as diretivas antecipadas de vontade, para que pacientes em casos terminais possam manifestar sua vontade de se submeter ou não a determinado procedimento, seja por meio de declaração prévia de vontade – testamento vital -, seja por meio de um procurador para manifestar essa vontade.

Conclui Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2013, p. 374):

Sobre o tema, é importante mencionar a Resolução n 1995, de 9 de agosto de 2012, do Conselho Federal de Medicina, combatendo as dores diversas decorrentes de tratamentos e procedimentos médicos que prolongam a vida dos doentes terminais sem chance de cura (a chamada futilidade médica), em clara sintonia com o direito à vida digna. O ato regulamentar determina aos médicos o respeito às *diretivas antecipadas de vontade manifestada pelo paciente*. Através dessas diretivas antecipadas (também chamada de *testamento vital*), o paciente pode definir, quando estiver no gozo das suas faculdades mentais, os *limites terapêuticos* a serem adotados em seu tratamento de saúde, em eventual hipótese de estado terminal. Exige-se,

para tanto, uma declaração expressa de vontade (diretiva antecipada de vontade consoante expressão consagrada na Espanha).

Da leitura da referida resolução, pode-se perceber que a declaração prévia do paciente terminal produzirá seus efeitos *erga omnes*, de modo que a vontade manifestada deverá prevalecer sobre qualquer outra manifestação, seja da família, ou até mesmo dos médicos, claro que apenas será atendida se essa vontade manifestada não for contrária ao Código de Ética Médica.

Outra particularidade interessante que se pode inferir da referida resolução diz respeito à forma prevista para as diretivas antecipadas de vontade. Em verdade a resolução 1.995 do CFM é omissa, ela não estabelece uma forma, desse modo, portanto, o importante é o paciente expressamente manifestar sua vontade, seja de que forma for, escrito, por instrumento público ou não, ou até mesmo de forma oral.

Sendo assim, para que a diretiva antecipada de vontade seja efetivada, basta que o paciente demonstre sua vontade, especialmente para o seu médico, que irá registrar essa vontade no prontuário do paciente.

Diante disso, não restam dúvidas que para melhor efetividade da declaração prévia de vontade, será preciso regulamentar as diretivas antecipadas de vontade, de modo a legislar sobre o tema, preenchendo as lacunas deixadas pela resolução do CFM.

Enfim, o que interessa ao trabalho desenvolvido é a possibilidade de ampliação do conteúdo das diretivas antecipadas de vontade, de modo que estas, em qualquer das suas formas, possa dispor também de doação de órgãos e tecidos *post mortem*.

Ressalte-se que no trabalho desenvolvido adota-se como mecanismo de efetivação das diretivas antecipadas de vontade o instituto do testamento, que será melhor analisado. No entanto, apenas a título esclarecedor, atentando aos doutrinadores que o diferenciam do mandato duradouro, veja-se breves considerações sobre este.

Na recente Resolução do CFM, o mandato duradouro é uma espécie da diretiva antecipada de vontade, diferente do testamento vital. É um instituto por meio do qual nomeia-se um decisor, para que este manifeste a vontade do paciente.

Nessa situação, ao invés de dispor diretamente sobre os tratamentos médicos os quais pretende se submeter na terminalidade da vida, o paciente terminal terá um procurador que deverá manifestar essa vontade. A intenção é justamente que o

decisor nomeado, tome as decisões com base na vontade que o paciente terminal manifestaria se tivesse capacidade para tanto. Esse instituto coaduna com o modelo de decisão do julgamento substituído, já trazido alhures.

Sobre o aspecto, assevera Luciana Dadalto (2010, p. 68-69):

O maior problema desse instituto é a escolha de quem será nomeado procurador do paciente. [...]

Por esta razão corrobora-se com o entendimento de Neves e Rezende (2007) de que não seria possível que o procurador fosse um terceiro imparcial, o juiz ou a equipe médica, devendo, portanto, ser um parente próximo do paciente. Todavia é importante salientar que surge, então, outro problema: há relatos de parentes que não desejam cumprir a vontade do paciente, por questões éticas e/ou religiosas. Assim, nomeador, o cônjuge, os filhos, ou os pais é razoável, devido a proximidade e ao afeto que os une aos pacientes, mas, de outro lado, é perigoso, pois estas pessoas, possuem valores próprios, que podem diferir dos pacientes, além da proximidade afetiva com estes, o que pode dificultar a tomada de decisões.

Destarte, mesmo que sem a segurança de respeito à vontade do paciente terminal, o fato é que esta forma de diretiva antecipada de vontade, que já vem sendo utilizada em diversos países, passou também a ser aceita no Brasil para dispor sobre tratamento médicos o qual o paciente terminal deseja se submeter.

Como já dito, o presente trabalho volta-se apenas ao estudo do testamento vital como forma de efetivação das diretivas antecipadas de vontade, analisando a sua aplicabilidade no que concerne ao consentimento para doação de órgãos e tecidos *post mortem*.

4.2.1.1 O testamento vital e os princípios constitucionais

Como gênero das diretivas antecipadas de vontade, o testamento vital é o meio pelo qual, de forma direta e pessoal, o paciente terminal pode dispor acerca dos tratamentos médicos que o mesmo pretende ou não se submeter no fim da sua vida.

Ou seja, não havendo cura prevista na medicina, o paciente que se encontra naquela situação poderá manifestar sua vontade, por meio do testamento vital, de ser submetido ou não a inúmeros tratamentos médicos.

Essa nomenclatura decorre de errôneas e sucessivas traduções do *living will*, o que culminou no testamento vital. No entanto, esse erro de tradução acabou por gerar uma incompatibilidade entre a declaração prévia da vontade do paciente terminal e a

principal característica de um testamento civil previsto no ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, a produção de efeitos *mortis causa*, uma vez que essa declaração visa justamente surtir efeito durante a vida do paciente. (DADALTO, 2010, p.71-72).

“O testamento vital não tem as mesmas características dos testamentos tradicionais, que são disposições que vigoram após a morte do testador”. (DIAS, 2011, p. 379)

Diante disso, muito se utiliza outra nomenclatura sinônimo do testamento vital, qual seja, a declaração prévia de vontade do paciente, o que também ocorrerá no presente trabalho.

O testamento vital ou a declaração prévia de vontade é um instituto decorrente do modelo da pura autonomia, proposta Tom L. Beauchamp e James F Childress, na obra “Princípios da Ética Biomédica”. Nesse caso, o interessado – paciente terminal – irá manifestar expressamente a sua vontade, não precisando de terceiros.

Percebe-se, assim, que é um instituto previsto para aqueles que possuem alto grau de discernimento e capacidade, o suficiente para por si só, manifestar sua vontade naquele momento. Deste modo, por meio do testamento vital, o paciente terminal irá expressar sua vontade de forma pessoal, por ele mesmo.

Conceituado o testamento vital, como visto, este passou a ser aceito através da Resolução 1.995 do CFM, para que o paciente possa dispões acerca de terapêuticas medicas na terminalidade da vida.

Questiona-se então: porque não a utilização do testamento vital para que o paciente, em estado terminal ou próximo disso, possa também manifestar de forma pessoal a sua intenção de ser doador de órgãos e tecidos para fins de transplantes, após a sua morte?

Nesse sentido, ter-se-ia, inclusive, uma maior proximidade entre o testamento vital e o testamento civilista, uma vez que, tratando-se de doação de órgãos e tecidos *post mortem*, o conteúdo do testamento vital teria eficácia *mortis causa* efetivamente, assim como ocorre com as disposições testamentárias.

Partindo da premissa que dispor sobre tratamento médico que lhe serão aplicados na fase terminal da vida é uma situação bem mais delicada do que decidir sobre doação de órgãos e tecidos *post mortem*, e uma vez que aquela já foi aceita em

recente resolução no CFM, o que vedaria a possibilidade do testamento vital para doação de órgãos?

Muitas foram as discussões e ponderações até se chegar no momento atual, em que se admite no Brasil as diretivas antecipadas de vontade para dispor sobre tratamentos médicos, para se alcançar tamanho avanço, foi preciso perceber que a declaração prévia não contraria princípios fundamentais previsto na Constituição Federal.

Ao contrário, essa possibilidade do indivíduo previamente manifestar sua vontade, apenas legitima a autonomia privada e conseqüentemente a dignidade da pessoa humana, ao passo que permite ao paciente terminal não apenas expressar sua vontade, mas que esta tenha força impositiva, de modo a ser efetivamente respeita.

O mesmo pode-se concluir em relação ao consentimento para doação de órgãos e tecidos após a morte do doador. Sendo essa vontade manifestada em vida, por meio do instituto no testamento vital, respeitada após a morte do pretendo doador, apenas se estará reafirmando o respeito ao princípio da autonomia da vontade.

Nesse sentido, vejamos o que afirma Luciana Dadalto (2010, p. 129):

Isto porque, a declaração prévia de vontade do paciente terminal é expressão de autonomia do sujeito, garantidor da dignidade deste, pois ao garantir ao indivíduo o direito de decidir sobre os tratamentos a que deseja ser submetido caso se torne paciente terminal, preserva sua vontade e evita que ele seja submetido ao esforço terapêutico [...].

Da mesma forma, analisando o enquadramento do testamento vital como forma de manifestação em vida da vontade do futuro doador no que tange ao seu desejo de doar órgãos e tecidos após a morte, pode-se perceber que essa é a melhor forma de expressão do respeito à autonomia do sujeito. Passa-se, então, para uma análise mais detalhada.

Retomando disposições vistas alhures, como princípio fundamento do Estado democrático de direito tem-se que a dignidade da pessoa humana, em que pese este não ter uma conceituação fixa, se refere ao ser humano como um fim em si mesmo, um centro.

Em respeito a este propõe-se como princípio fundamental a autonomia privada, que versa justamente sobre a possibilidade do indivíduo agir por si próprio, pela sua própria vontade, independente de influências a atuações externas.

Partindo dessa premissa, e atentando para o quanto já disposto acerca dos princípios constitucionais, bem como os direitos da personalidade, questiona-se o respeito a estes pela possibilidade de manifestação, em vida, da vontade de ser doador de órgãos *post mortem*, por meio das diretivas antecipadas de vontade.

Ou seja, caso previamente o pretendo doador manifestasse a sua vontade por meio do testamento vital, estaria afrontando a CF/88?

Veja-se importante análise de Ana Claudia Pirajá Bandeira (2009, p. 157):

Relativamente aos transplantes realizado a partir de doadores mortos, não se trata mais da integridade física, mas do espaço da autonomia ética da pessoa, de um direito de autodeterminação e ver respeitadas as suas determinações para depois da morte. Em razão do ordenamento jurídico, a personalidade jurídica cessa com a morte. Há, portanto, uma impossibilidade jurídica de se considerarem os direitos da personalidade de um morto, porém, isso não implica que a garantia de proteção à dignidade humana cesse necessariamente. Pode-se dizer que existe um prolongamento da proteção da sua personalidade após a morte.

Partindo dessa análise, pode-se concluir que após a morte é preciso ainda respeitar o direito de autodeterminação das pessoas, ou seja, respeitar seus desejos para após a morte.

Desse modo, parece muito mais sensato que a própria pessoa possa decidir sobre a destinação dos seus órgãos após a sua morte, do que atribuir esse direito a outrem, indo de encontro com o princípio da autonomia privada, conforme já demonstrado.

Utilizar-se do testamento vital para que possa o paciente terminal expressar a sua vontade, de forma impositiva, de ser ou não doador de órgãos e tecidos para fins de transplantes após a sua morte em nada contraria as disposições constitucionais. Ao contrário disto, efetiva o princípio da dignidade da pessoa humana, valorizando a vontade do individual, de modo que ele possa tomar suas próprias decisões, ainda que com eficácia após a morte.

Assim como permitir que o paciente terminal decida sobre os tratamentos médicos os quais quer se submeter na terminalidade da vida, possibilitar a este a escolha vinculante do destino dos seus órgãos e tecidos após a sua morte, é a melhor expressão e efetivação do princípio da autonomia privada.

Diante do exposto, resta evidente o respeito aos princípios constitucionais do testamento vital, inclusive, como possível forma de manifestação de vontade do futuro doador cadáver, passa-se agora a essa análise detalhada.

4.2.1.2 O testamento vital como forma de manifestação do futuro doador

Para que possa pensar no testamento vital como forma válida e eficaz para que o futuro doador possa, em vida, manifestar seu desejo em ser doador *post mortem*, algumas peculiaridades precisam ser observada.

Primeiro é preciso ressaltar que, uma vez que doação de órgãos e tecidos *post mortem* encontra-se regulamentada por lei específica, para que a manifestação de vontade do pretense doador por testamento vital seja válida, é indispensável a observância do regramento previsto, atendendo ao quanto já disposto nesse trabalho.

Nesse sentido, importante esclarecer que, diferente da Resolução do Conselho Federal de Medicina, para que as diretivas antecipadas de vontade possam versar sobre matéria de doação de órgãos *post mortem*, será preciso que haja uma alteração legislativa, ou seja, uma mudança na lei, obedecendo, portanto, todos os procedimentos legislativos necessários para tanto.

Ressalte-se aqui que, conforme já discutido, a possibilidade em análise encontra-se em plena consonância com as disposições constitucionais, tais como o princípio da dignidade da pessoa e autonomia privada.

Além disso, outras importantes peculiaridades deverão ainda ser observadas para que o testamento vital seja uma forma válida de manifestação de vontade acerca da doação de órgãos e tecidos, decorrentes da própria especificidade desse procedimento.

O aspecto mais importante diz respeito ao tempo. Conforme já suscitado, a doação de órgãos e tecidos para fins de transplantes requer urgência, pressa para que possa ser feito o transplante sem que haja a perda do órgão doado. É indispensável, portanto, que a declaração prévia de vontade tenha eficácia imediata, de modo que, caso seja feita por um paciente terminal, possa ter sua finalidade alcançada, ou seja, realizar ou não a doação, independente da decisão da família.

Desse modo, é preciso que o procedimento de manifestação de vontade seja impositivo, mas que evite desperdiçar tempo com questões burocráticas

desnecessárias, caso contrário, o testamento vital perderá sua finalidade de autorizar, com tempo hábil, a doação de órgãos e tecidos após a morte do doador.

No entanto, ressalte-se que, ainda que de forma ágil, é preciso que o documento confira segurança jurídica, sendo, portanto, adotada uma forma suficiente para tanto.

Assim, diferente da Resolução 1.995/2012 do CFM, não será considerado suficiente a simples anotação médica no prontuário do paciente. A reforma legislativa deverá prever, portanto, a manifestação por meio de documento escrito e assinado pelo próprio paciente – futuro doador -, ressalte-se que, em que pese a agilidade da forma oral, esta não confere força impositiva à manifestação de vontade.

Poder-se-ia afirmar que nesse caso, mais uma vez o testamento vital em muito se assemelharia ao testamento regulamento pelo CC, no entanto, as disposições testamentárias exigem inúmeros procedimentos que demandam tempo, não podendo ser, portanto, aplicados para o caso de manifestação de ultima vontade acerca de doação de órgãos, são eles: registro em cartório, testemunhas, leitura do termo, enfim.

Além disso, é preciso ainda atentar para a validade do testamento vital. Nada impede que a declaração prévia de vontade acerca da doação de órgãos e tecidos após a morte seja revogada, ou melhor, alterada. No entanto, propõe-se que o testamento vital não tenha propriamente um termo de validade, ou seja, que este seja válido até que uma nova vontade seja manifestada em sentido contrário.

Assim, caso a manifestação seja feita em uma situação de risco do paciente, mas por meio de tratamento médico o mesmo “se salvou”, o testamento vital acerca da doação de órgãos e tecidos para depois da morte continuará sendo válida, salvo se o paciente desejar alterar sua vontade e assim o fizer, deixando novo testamento vital.

Por fim, outro aspecto importante diz respeito a livre manifestação de vontade. Conforme já mencionada, todo negócio jurídico, nos termos do Código Civil, deve ser realizado por agente capaz, e, além disso, sua vontade deve ser manifestação de forma livre, sem qualquer vício de consentimento.

Nesta senda, para que o testamento vital seja válido, é preciso efetivamente querer ser doador órgãos e tecidos, sem que a vontade esteja viciada por dolo, fraude ou coação, ou até mesmo por falta de informação. Nesse sentido, é importante ressaltar

a necessidade social de se demonstrar os benefícios da doação de órgãos e tecidos *post mortem*, como forma de incentivar futuros doadores.

Isto posto, propõe-se uma reforma legislativa na Lei 9.434/1997 que regulamenta a doação de órgãos e tecidos para fins de transplante, de forma a tornar válida a manifestação de vontade em vida, de ser ou não doador após a morte, por meio de declaração prévia de vontade.

Deste modo, passará a ter, no ordenamento jurídico brasileiro, fiel respeito à vontade manifestada pelo próprio doador, que será impositiva, sobrepondo a vontade de terceiros.

Defende Brunello Stancioli, Nara Carvalho, Daniel Ribeiro e Mariana Alves (2011, p. 148):

[...] seria interessante a adoção de um modelo no qual seja possibilitado ao doador manifestar sua vontade em documento jurídico específico. Ali, a pessoa manifestaria, por escrito, de forma livre e circunstanciada, se quer ou não doador, quais órgãos a serem doador e os demais aspectos possíveis. Nesse caso, a família seria a grande fiadora da vontade do doador, além de promotora das disposições apostas ao documento. Na ausência de manifestação de vontade do potencial doador, norma supletiva garantiria à família, a possibilidade, de escolher se a doação deve ou não ser realizada.

Isso, nada mais é do que a figura do próprio testamento vital. E o que pretende aqui o trabalho desenvolvido é demonstrar os seus benefícios, para que seja incorporado no ordenamento jurídico brasileiro. Propondo ainda a possibilidade de ampliação do conteúdo aceito na declaração prévia de vontade, para que possa também o paciente dispor sobre a sua intenção de ser doador *post mortem*, de forma vinculante e impositiva, retirando dos familiares a inteira responsabilidade pelo consentimento.

Por derradeiro, conclui Luciana Dadalto (2010, p. 37), acerca do testamento vital como forma de manifestação da vontade do paciente terminal aos tratamentos que lhe serão aplicados:

Por esta razão, o ideal, para fim de se assegurar o cumprimento da vontade do paciente, é que haja prévia manifestação de vontade deste, enquanto capaz – comumente chamada de diretivas antecipadas, acompanhada do consentimento informado do mesmo.

Da mesma forma aplica-se à manifestação de vontade, em vida, do futuro doador cadáver, sendo, portanto, o testamento vital um instituto plausível para o fiel respeito a essa vontade, em respeito aos princípios constitucionais.

4.2.2 Banco de registro de doadores

Como forma de garantir o respeito à vontade, manifestada em vida, do futuro doador cadáver, outra solução apontada é a constituição de um banco de registro de doadores. Trata-se aqui de uma solução nova proposta pelo presente trabalho, ainda não encontrada na doutrina pesquisada para o seu desenvolvimento, mas que visa respeitar a vontade manifestada em vida pelo futuro doador cadáver.

Um banco de dados vinculado ao próprio Ministério da Saúde, e que obviamente atente para todo o regramento ao Sistema Nacional de Transplantes.

Ocorre que, as diretivas antecipadas de vontade voltam-se muito para os estágios finais da vida do futuro doador, momentos muitas vezes difíceis, em que tomar uma decisão de doar órgãos ou não pode cair no esquecimento, ou até mesmo pode culminar na negativa diante do sofrimento da situação.

Assim, propõe-se o presente trabalho a apresentar uma forma de manifestar a vontade de ser doador cadáver ou não em qualquer fase da vida, independente de situações terminais, de risco, enfim.

Essa é uma solução que se volta justamente para a manifestação de vontade desinteressada, não porque o pretendo doador encontra-se perto da morte, mas sim porque ele deseja manifestar sua vontade altruística de ser doador de órgãos e tecidos após a sua morte, ainda que isso só ocorra daqui a muitos anos.

Em relação aos princípios constitucionais, cumpre aqui ressaltar que pela mesma análise já feita, proporcionar ao próprio indivíduo a possibilidade de manifestar sua vontade de ser doador de órgãos e tecidos *post mortem*, ainda que por meio de um banco de dados previamente constituído, apenas expressa o princípio da autonomia privada, bem como demonstra respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Essa também é uma possibilidade em que se devolve a autonomia privada ao próprio indivíduo dono do corpo de dispor acerca da sua doação *post mortem*, retirando esse direito dos seus familiares, ou melhor, deixando essa possibilidade apenas para o caso de não registro no banco de dados.

Assim, objetiva-se um banco de registro, de modo que todo cidadão brasileiro capaz pudesse, a qualquer tempo, ainda que em plena saúde, deixar registrado expressamente sua vontade em ser doador ou não de órgãos e tecidos *post mortem*.

Para que seja válida a manifestação do indivíduo ao registrar sua vontade em um banco de dados de doadores, também será preciso uma reforma legislativa, para que a lei 9.434/1997 passe a contemplar essa solução.

Propõe-se então que o próprio Ministério da Saúde passasse a gerir o banco de doadores, ou seja, as pessoas se encaminhariam aos postos de saúde pré-definidos, em todo território nacional, e então, livremente, manifestariam a sua vontade em ser doador de órgãos e tecidos, ou caso assim entenda, deixaria registrado a proibição da doação de órgãos após a sua morte.

Seria essa uma manifestação válida até que outra a revogasse, ou seja, uma vez manifestada à vontade do indivíduo, essa deveria ser atendida ainda que sua morte apenas viesse a ocorrer anos depois da referida declaração.

De outro lado, não se trata de uma manifestação imutável, rígida, desde que de forma consciente, caso o indivíduo quisesse alterar a sua vontade registrada, ele poderia fazê-lo. Essa é uma proposta que visa conferir mais acesso a toda população a esse instituto, ou seja, é uma forma simples do indivíduo manifestar a sua vontade e esta ter força impositiva em todo território nacional.

Além do disposto, determinadas particularidades formais devem ser atendidas para que essa manifestação seja feita de forma válida.

A primeira situação a se observar é a espontaneidade do doador, ou seja, ele deve se dirigir ao posto de saúde credenciado ao banco de doadores e manifestar a sua vontade livremente, de forma desimpedida, ou seja, sem qualquer vício de consentimento. Para tanto é preciso que o indivíduo seja um cidadão capaz, no pleno gozo das suas faculdades mentais.

Quanto à forma, o regulamento poderá ser flexível, uma vez que o registro será feito por fiscal do Ministério da Saúde, basta que o indivíduo manifeste a sua vontade oralmente, assim então ela constará no banco de dados dos doadores, que ficará resguardado e protegido pelo Ministério da Saúde.

Além disso, é preciso ressaltar que a proposta do presente trabalho versa apenas

sobre a manifestação do doador em ser ou não doador de órgãos e tecidos após a sua morte. Assim, os demais aspectos estabelecidos na lei deveriam ser amplamente contemplados e respeitados.

A manifestação de vontade do potencial doador seria apenas acerca da vontade de ser doador, não podendo, por exemplo, dispor acerca do receptor da doação, uma vez que, conforme já demonstrado, é requisito para doação *post mortem* que o receptor seja o primeiro da fila única de receptores, não podendo ser esta uma escolha do doador.

Oportunamente pode-se até comparar o banco de dados de doadores com a lista única de receptores, guardadas as suas particularidades, assim como esta, propõe-se que aquela seja feita por um órgão específico dentro de cada Estado, mas que tenha aplicação em todo âmbito nacional.

Neste diapasão, estando em consonância com os princípios constitucionais, pretende-se a reforma da lei 9.434/1997, para que está passe a contemplar no Sistema Nacional de Transplantes o banco de doadores, devidamente inscritos para manifestar a sua vontade de ser ou não doador *post mortem*.

Isto posto, de forma subsidiária aplicar-se-ia o atual regramento do consentimento autorizado, em que recairia sobre a família a responsabilidade de autorizar ou não a doação de órgãos *post mortem*, apenas no caso de ausência de registro no banco de doadores, ou ainda, caso não seja a vontade manifestada por meio do testamento vital, outra solução apontada alhures.

5 CONCLUSÃO

A lei 9.434/1997 disciplina de forma específica o procedimento para a doação de órgãos e tecidos para fins de transplantes, estabelecendo regramento próprio para o caso de doação *post mortem*, tais como mecanismo de autorização, fila única de receptores, gratuidade, enfim.

Diante disso, o Ministério da Saúde dispõe sobre o Sistema Nacional de Transplantes, determinando todo o mecanismo prático para que se efetive o transplante de órgãos doados *post mortem*, ou seja, todo o processo de captação e distribuição de órgãos e tecidos.

A problemática desse regramento consiste no consentimento autorizado para que haja a doação por parte do doador cadáver. Dentro da atual estrutura do SNT, para que possa ser feito o transplante de órgãos e tecidos após a morte do doador, é preciso que a família consinta com a doação, autorizando-a.

Assim, independente de qualquer manifestação de vontade, em vida, do pretendo doador cadáver, determina a lei que caberá a família, após a sua morte, essa decisão.

Ocorre que, como fundamento no Estado Democrático de Direito, dispõe a Carta maior do Brasil, o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, colocando o homem no centro. Assim, tem-se um princípio “elástico”, que se amolda a cada interpretação e intérprete, mas que colocada cada ser humano como fim em si mesmo, não podendo ser este, instrumento de outrem.

Decorrendo do respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, tem-se ainda no ordenamento jurídico brasileiro o respeito à autonomia privada. A possibilidade de cada homem, dentro da sua dignidade, fazer as suas próprias escolhas, tomar as suas próprias decisões pautadas na sua vontade.

Permeando os direitos dos homens, tem-se ainda a previsão dos direitos da personalidade, são estes direitos inerentes a própria essência do ser humano, ou seja, a sua própria condição, independente de qualquer ato ou disposição.

Os direitos da personalidade encontram-se positivados nos artigos iniciais do Código Civil de 2002, e dentre eles encontra-se o direito ao próprio corpo, incluindo,

inclusive, o direito ao corpo morto, que ainda pertence ao seu titular.

Confrontando a autonomia privada, que deve sempre ser pensado observando o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, com as disposições da lei 9.434/1997, acerca do consentimento autorizado, pode-se perceber clara ofensa.

Resta evidente o desrespeito à autonomia de cada homem, o atual regramento do consentimento autorizado, em que se ignora qualquer manifestação de vontade do próprio titular de direito em prol da vontade dos familiares. Aqui, deve-se lembrar do direito ao corpo morto – direito da personalidade – que em certo limite pertence ao seu próprio titular do corpo.

Reputa-se o regramento atual acerca do consentimento para doação de órgãos e tecidos falho, constitui este clara ofensa à dignidade da pessoa humana, uma vez que transfere a terceiros, ainda que os próprios familiares, o direito de autodeterminação do dono do corpo – o pretense doador cadáver.

Assim, pode-se perceber a necessidade premente do ordenamento jurídico se amoldar aos princípios constitucionais, bem como aos anseios da própria sociedade, que prezam em ver sua manifestação de vontade obedecida. Propõe-se, assim, reformas legislativas na lei 9.434/1997, em total consonância com as disposições da legislação civilista acerca das disposições de última vontade.

Nesse aspecto, pode-se perceber que o legislador civilista autoriza as disposições testamentárias de caráter extra-patrimonial. Além disso, não traz um rol taxativo dessas situações que possam ser reguladas por meio de testamento. Desta forma, conclui-se que não existem impedimentos na legislação civilista para que futuro doador manifeste, por testamento, sua vontade acerca da doação de órgãos *post mortem*.

Da análise das diretivas antecipadas de vontade, permeando a recente Resolução do Conselho Federal de Medicina, propõe-se o instituto do testamento vital como forma do paciente terminal dispor acerca da sua vontade de ser ou não, doador de órgãos e tecidos após a sua morte.

Trazido para o Brasil pela Resolução 1.995, o “*living will*” – testamento vital - atualmente apenas versa sobre as diretivas de última vontade acerca dos tratamentos médicos os quais o paciente terminal deseja ser submetido. Mas o que proíbe a ampliação do seu conteúdo para versar sobre *doação post mortem*?

À luz do princípio da dignidade da pessoa humana, a possibilidade do indivíduo – paciente em estado terminal, ou até mesmo em situações de risco – deixar manifestada a sua vontade de após a sua morte ser doador de órgãos e tecidos, tendo essa manifestação força impositiva e vinculante é a melhor expressão do respeito à autonomia privada.

Devolve-se ao próprio titular do corpo a sua autodeterminação para manifestar sua vontade e efetivamente decidir se quer ou não, ser doador de órgãos e tecidos após a morte, sobrepensando à vontade de qualquer familiar.

Uma vez que a doação de órgãos e tecidos encontra regulamentação especial na legislação, para a aceitação do testamento vital como forma de manifestação de vontade no SNT, não basta ato infra-legal como a resolução da classe médica, é preciso reforma legislativa, atentando esta para as demais particularidades de uma doação *post mortem*.

Indo mais adiante, como forma de respeitar também a vontade manifestada por qualquer um a qualquer tempo da vida, independente de situações de terminalidade, propõe-se o banco de dados de doadores. Registro vinculado ao Ministério da saúde em que a qualquer tempo poderia o indivíduo, dentro da sua autonomia privada, manifestar de forma vinculante a sua vontade de doar órgãos após a morte.

Não restam dúvidas que essa situação também se adéqua ao princípio da dignidade da pessoa humana, respeitando o campo de autodeterminação do indivíduo, para que, livremente, ele possa decidir sobre a doação *post mortem*, para tanto será precisar atender ao regramento específico do banco de dados de doadores.

Como se pode perceber urge a necessidade de reformas legislativas na lei 9434/1997 no que tange ao consentimento autorizado para doação *post mortem*. Resta indiscutível a necessidade a devolver ao próprio dono do corpo o direito de decidir se quer ser ou não doador de órgãos e tecidos após a sua morte.

Por tudo exposto, a possibilidade da manifestação de vontade, em vida, do futuro doador cadáver ter força impositiva, se traduz no pleno respeito à autonomia privada de cada um, em consonância com o princípio fundamento do Estado Democrático de Direito, o princípio da Dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS. Disponível em: <www.abto.org.br/abtov02/portugues/populacao/doacaoOrgaosTecidos/pdf/entendadooacao.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2012

_____. *Conheça os caminhos do transplante de órgãos e tecidos para a doação*. Disponível em: <<http://www.abto.org.br/>>. Acesso em: 24 abr. 2013

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. **Código Civil**. Brasília, DF: 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 11 nov. 2012

_____. **Lei n. 9.434**, de 04 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplantes e tratamento e dá outras providências. Brasília, DF, 04 fevereiro. 1997. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm>. Acesso em: 9 nov. 2012

_____. **Lei n. 10.211**, de 23 de março de 2001. Altera dispositivos da Lei 9.434 de 4 de fevereiro de 1997 e dá outras providências, DF, 23 março. 2001. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10211.htm>. Acesso em: 9 nov. 2012

_____. **Portaria n. 1.160**, de 29 de maio de 2006. Modifica os critérios de distribuição de fígado de doadores cadáveres para transplante, implantando o critério de gravidade de estado clínico do paciente. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2006/GM/GM-1160.htm>>. Acesso em: 10 nov. 2012

_____. **Decreto n. 2.268**, de 30 de junho 1997. Regula a Lei 9.434 de 4 de fevereiro de 1997 e dá outras providências, DF, 30 junho. 1997. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/D2268.htm>. Acesso em: 9 nov. 2012

_____. **Medida Provisória n. 1.718**, de 6 de outubro de 1998. Acrescenta parágrafo ao art. 4º da Lei 9.434 de 4 de fevereiro de 1997, DF, 6 out. 1998

_____. **Ministério da Saúde**. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/noticia/9240/162/numero-de-transplantes-cresce-59-na-bahia.html>>. Acesso em: 18 abr. 2013

_____. **Ministério da Saúde**. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/area.cfm?id_area=1004> Acesso em: 19 abr. 2013

_____. **Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 1.480**, de 8 de agosto de 1997. Dispõe sobre a morte encefálica, DF, 8 agosto. 1997. Disponível em:

<www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1480_1997.htm>. Acesso em: 10 nov. 2012

_____. **Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 1.995**, de 9 de agosto de 2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes, DF, 9 agosto. 20120. Disponível em: <www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2012.

BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá. **Consentimento no Transplantes de Órgãos**. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

BARCHIFONTAINE. Christian de Paul; PASSINI, Léo. **Fundamentos da Bioética**. São Paulo: Paulus, 2009.

BEARCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James, F. **Princípios de ética biomédica**. Tradução de Luciana Pudenzi. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

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

DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. Rio de Janeiro: São Paulo: Lumen Júris, 2010.

Declaração Universal sobre Bioética e Direito Humanos Disponível em: <www.unesco.org>. Acesso em: 19 mai. 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 2. Ed. Rev., atual. e aumentada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito dos Contratos**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011.

_____; _____. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. 11. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2013.

FERRER, Jorge José; ALVAREZ, Juan Carlos. **Para fundamentar a bioética: teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; OLIVEIRA NAVES, Bruno Torquato de. **Manual do Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: parte geral**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. _____. 13. ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

GOIAS. Tribunal Regional Federal da primeira região. Ação Civil Pública 0001039-86.2013.4.01.3500. Disponível em: <http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1_captcha_id=7d00b0ff7e23219b4fc3cd82a0137b26&trf1_captcha=Q4N8&enviar=Pesquisar&secao=G O&proc=10398620134013500>. Acesso em: 01 jun. 2013.

GOMES, Orlando. **Introdução do Direito Civil**. Rev., atual. e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2001, por Evaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **Sucessões**. Rev., e atualizada, por Mario Roberto Carvalho de Faria. Coordenado: Edvaldo Brito. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 1: parte geral. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução de Edison Bini. São Paulo: Edipro, 2003

LINGERFELT, David; HUPSEL, Laís; MACEDO, Lucas; MENDONÇA, Marcela; RIBEIRO, Raissa; GUSMÃO, Yuri; MOURA, Yuri. Terminalidade da vida e diretiva antecipadas de vontade do paciente. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UNIFACS**. Fev./2013, n. 152. Disponível em: <www.revistas.unifacs.br >. Acesso em: 16 mai. 2013. –

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

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

REIS, Sérgio Nogueira ; AGUIAR, Monica. **Bioética no Cinema**. 1.ed. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 2009.

REIS, Sergio Nogueira; EUFRÁSIA, Jane. Biodireito. **Revista da OAB BAHIA**. Salvador: Ag, Nº 18, 2012, p.14 e 15.

RIO GRANDE SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70039634951, Segunda Câmara Cível. Relator: Sandra Brissolara Medeiros. Julgado em 02 mai. 2011. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19290861/apelacao-civel-ac-70039634951-rs-tjrs>. Acesso em: 11 nov. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006

SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética**. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2002.

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

SOARES, Ricardo Mauricio Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUTO, Hanna; FIALHO NETO, Jorge; MOTA, Lorena Gomes Pereira; PRAZERES FLHO, Luiz Alberto; COSTA PINTO, Marcella Lopes; MAFRA, Natália Dalcum; MIRANDA, Raphael de Almeida. Considerações ético-jurídicas sobre o transplante de órgãos e tecidos à luz da dignidade da pessoa humana. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UNIFACS**. Nov.2010, n. 125. Disponível em: <www.revistas.unifacs.br >. Acesso em: 16 mai. 2013.

STANCIOLI, Brunello; CARVALHO, Nara Pereira; RIBEIRO, Daniel Mendes; LARA, Mariana Alves . O Sistema Nacional de Transplantes: Saúde e Autonomia em discussão. **Revista de Direito Sanitário**. São Paulo; v.11, n. 3, Nov.2010/Fev. 2011, p. 123-154.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TORRES, Adriana de Freitas. O princípio da autonomia e o termo de consentimento livre e esclarecido. **Jornal do CRM-PB**. Jun./2007, nº 72. Disponível em: <www.crm-pb.cfm.org.br >. Acesso em: 19 mai. 2013.