

**REFLEXÕES JURÍDICAS SOBRE A AUTONOMIA NA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS
POST MORTEM NO BRASIL****LEGAL REFLECTIONS ON AUTONOMY IN THE DONATION OF POST MORTEM
ORGANS IN BRAZIL**Tatiane Gomes Silva Santos¹

RESUMO: O trabalho consiste em análise acerca da autonomia para doação de órgãos e tecidos *post mortem* à luz da legislação brasileira. Assim, é necessário compreender a autonomia, bem como analisar a autonomia na doação de órgãos *post mortem*. Realiza-se uma pesquisa hipotético-dedutiva. Verifica-se que a legislação dos transplantes, ao condicionar a doação de órgãos *post mortem* à autorização familiar, não está em consonância com os valores da Constituição Federal, o que impõe a necessidade de alteração da lei de transplantes, para permitir que a própria pessoa decida sobre a doação de seus órgãos após a morte.

Palavras-chave: Constituição; Dignidade; Autonomia Doação; Órgãos.

ABSTRACT: *This work proposes a reflection on the autonomy to donate organs and tissues post mortem in the Brazilian legislation. To this end, it is necessary to understand autonomy, as well as elucidate existential autonomy and analyze autonomy in the donation of post-mortem organs in Brazil. A hypothetical-deductive research is then carried out. Therefore, it can be seen that the transplant legislation, when conditioning the donation of post-mortem organs to family authorization, is not in line with the constitutional ideals brought by the Federal Constitution of 1988, which imposes the need to amend the Transplant Act to allow the person himself to decide whether or not to donate his or her organs after death.*

Keywords: *Federal Constitution. Autonomy. Donation of Organs and Tissues*

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 AUTONOMIA. 3 AUTONOMIA EXISTENCIAL. 4 AUTONOMIA NA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS POST MORTEM NO BRASIL. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A Bioética é presença constante nas discussões e reflexões sobre as questões da vida e do cuidado com a saúde. Nesse cenário, alguns temas têm sido objeto de preocupação, entre os quais pode-se citar o transplante e doação de órgãos. Observa-se que, com o progresso

¹ Mestranda em Direitos Fundamentais e Alteridade pela Universidade Católica do Salvador (UCSal/BA). Membro integrante do Grupo de Pesquisa JusBioMed – Direito, Bioética e Medicina.



científico na medicina, os transplantes tornaram-se uma realidade, sendo possível doar órgãos depois da morte e também em vida, melhorando a saúde de muitas pessoas que necessitam desse procedimento.

A doação representa, muitas vezes, a última esperança para pacientes com problemas de saúde graves. Trata-se de um ato de solidariedade que pode salvar vidas ou ao menos propiciar um melhor bem-estar ao indivíduo receptor.

No entanto, o número de órgãos não é suficiente para atender à demanda por transplantes no Brasil, o que contribui para longas filas de espera por doações. Fato é que a quantidade de transplantes poderia aumentar se houvesse maior número de doadores. Contudo, o desrespeito à autonomia da pessoa que deseja doar seus órgãos após a morte, revelado pela Lei nº 9.434/1997, conhecida como Lei de Transplantes, representa um empecilho para doação de órgãos e tecidos no país, quando a família está em desacordo.

Isso porque, do exame da referida legislação, depreende-se que não há previsão de que a pessoa manifeste a sua vontade prévia e validamente quanto à doação de seus órgãos para utilização posterior a sua morte, ficando com a família a total responsabilidade por essa decisão, mesmo que ela contrarie o desejo do eventual doador. Nessa linha de intelecção, a legislação brasileira não garante efetivamente a vontade do potencial doador, uma vez que a doação de órgãos somente será realizada após a autorização familiar.

Nesse mesmo sentido, foi editado o Decreto nº 9.175/2017 prevendo que a doação de órgãos após a morte somente poderá ser realizada com o consentimento livre e esclarecido da família do falecido. Verifica-se uma postura paternalista por parte do legislador infraconstitucional, ao excluir o potencial doador de órgãos de figurar como protagonista desta relação.

Ocorre que o ordenamento jurídico brasileiro, pautado na dignidade da pessoa humana, reconhece a autonomia e a liberdade individual como características inerentes à pessoa, que devem ser respeitadas e promovidas. Da temática abordada, pode-se extrair o seguinte problema de pesquisa: A limitação da autonomia imposta pela legislação dos



transplantes, ao condicionar a doação de órgãos *post mortem* à autorização familiar, está em consonância com os valores consagrados pela Constituição Federal?

Este estudo tem por objetivo compreender o que seria a autonomia, bem como demonstrar que ela vem sendo arrefecida no que consiste à doação de órgãos após a morte no Brasil.

A questão envolvendo doação de órgãos e autonomia representa um dos assuntos mais instigantes na Bioética e no Direito. Dada a importância do assunto, o tema justifica um estudo mais criterioso. O trabalho é atual e significativo na medida em que contribui para o debate e aponta como sendo fator fundamental a adequação da legislação dos transplantes aos ditames constitucionais.

Tendo como método o hipotético-dedutivo, a pesquisa terá uma abordagem qualitativa, buscando na relação realidade e teoria as respostas ao problema central. Para isso será utilizada uma pesquisa bibliográfica, que servirá para maior embasamento teórico e científico do tema, bem como livros e artigos sobre o tema.

Com o objetivo de facilitar a compreensão do estudo, inicialmente, será abordada a questão da autonomia em seu sentido amplo. Em um segundo momento, será feita a análise da autonomia existencial. Em seguida, propõe-se análise da autonomia na doação de órgãos *post mortem* à luz do direito brasileiro.

2 AUTONOMIA

A autonomia é um atributo do ser humano e constitui um dos fundamentos da dignidade humana. Disso decorre a necessidade de ser respeitada e promovida, na medida em que possibilita o desenvolvimento pleno da existência. Com efeito, a autonomia é um dos grandes temas da contemporaneidade.

Observa-se que, entre os séculos XVIII e XIX, a autonomia era basicamente da vontade, que consistia na capacidade de realizar livremente negócios jurídicos, da maneira como se queria, sem grandes interferências externas. (FARIAS; ROSENVALD, 2010). Nesta época,



predominava o ideal liberal burguês, notadamente patrimonialista. Acreditava-se que a ampla liberdade contratual seria suficiente para garantir a igualdade e, em decorrência disso, a intervenção estatal era mínima no âmbito privado.

Assim, o exercício da autonomia era restrito à capacidade de realizar negócios econômicos, tendo no contrato o principal instrumento para a acumulação de riqueza. Observa-se que “[...] o sujeito não era considerado em sua singularidade, mas, ao contrário, era igualado na letra da lei, de tal forma que as variáveis que o tornavam singular eram desconhecidas e ignoradas pelo Direito” (MORAES; CASTRO, 2014, p. 786-787).

Ocupava-se o direito civil da preservação do patrimônio dos sujeitos de direitos, com base no paradigma do individualismo e do absolutismo da vontade. Neste sentido, o Código Civil de 1916, refletindo os valores do liberalismo econômico, tinha a autonomia como sinônimo de liberdade individual para realizar transações comerciais, já que na época o maior valor almejado era o patrimônio, em que a propriedade privada e a liberdade contratual tinham a máxima proteção.

Nessa perspectiva, a concepção da autonomia positivada se baseava em uma visão do sujeito de direito isolado, contemplado de forma abstrata, na medida em que a pessoa não era considerada em todas as suas particularidades pela ordem jurídica. Não é difícil notar que a autonomia tinha correspondência com a manifestação de vontade para negociar, em que se observava apenas a igualdade formal.

Ocorre que os valores morais e econômicos se alteraram com a massificação da sociedade, fazendo surgir a necessidade de uma maior intervenção estatal, com o intuito de preservar o convívio humano e o Estado de Bem-Estar Social, o que ocasionou a diminuição do papel da vontade (LIMA; BAEZ, 2016). Associado a esta conjuntura, vários acontecimentos surgiram; considera-se, por exemplo, o pós-guerra, o fascismo, o comunismo e o nazismo, que tinham uma forte intervenção estatal, o que impôs mudança nas relações econômicas privadas (TEIXEIRA, 2018).

Outrossim, em âmbito nacional, a Constituição Federal de 1988 deu início a uma nova era humanitária, assumindo o compromisso de efetivar a igualdade e a liberdade (MORAES;



CASTRO, 2014). Nesse contexto, as transformações ocorridas na sociedade exigiram a releitura de alguns institutos clássicos do direito civil, especialmente no que concerne ao conceito de autonomia da vontade, que era concebida sob o prisma patrimonial, liberal e individualista.

Diante disso, houve a necessidade de transformação interna dos institutos e conceitos fundamentais do direito civil, para que fossem compatíveis com os novos valores previstos pela Constituição Cidadã. Destarte, em razão da valoração da pessoa humana em todos os âmbitos, consolidou-se uma nova concepção de autonomia, que teve de se compatibilizar com princípios previstos na Constituição Federal de 1988. Nesse passo, o Código Civil de 2002 abandonou a perspectiva patrimonialista ao buscar promover a pessoa humana também no âmbito das relações privadas (FARIAS; ROSENVALD, 2010).

Neste raciocínio, a autonomia não é mais da vontade, uma vez que a vontade tem de estar em conformidade com a lei; é mais do que isso, ela deve estar em consonância com o princípio da dignidade humana. Por consequência, a autonomia da vontade deu lugar à autonomia privada, que consiste na liberdade que as pessoas têm para estabelecer relações jurídicas dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

Com efeito, atualmente tem-se o entendimento de que autonomia tem relação com a autodeterminação da pessoa em decidir sobre as questões relacionadas à sua vida, à sua saúde, à sua integridade física e psíquica, em escolher sobre os aspectos sociais, econômicos e culturais que regerão a sua existência. Deste modo, a autonomia consiste em um espaço de liberdade conferido à pessoa para gerir a sua vida, quer seja no campo existencial ou patrimonial.

Portanto, a partir do texto constitucional, a autonomia situa-se no campo da liberdade conferida à pessoa para estabelecer relações jurídicas patrimoniais e existenciais. Os fundamentos constitucionais para os atos de autonomia são distintos, motivo pelo qual devem ser analisados em planos diferentes.

Por oportuno, cabe destacar que não existe relação jurídica exclusivamente patrimonial ou existencial, razão pela qual faz-se necessário buscar qual é o seu aspecto preponderante, na medida em que existe diferença em relação ao regime de liberdade aplicado. De qualquer forma,

é importante destacar que a Constituição Federal tem feição humanista, em que se prima pela realização da pessoa humana, por sua emancipação e liberdade (TEIXEIRA, 2018), de modo que as relações patrimoniais são instrumentos para a realização da pessoa.

Com efeito, a previsão da dignidade da pessoa humana pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, promoveu mudança valorativa, estabelecendo a prevalência das situações existenciais sobre as patrimoniais (MORAES; CASTRO, 2014). Por esta razão, a dimensão patrimonial da autonomia diz respeito à liberdade para disciplinar as relações patrimoniais, mas sempre dentro do âmbito da solidariedade, utilidade social, segurança e dignidade humana.

Nesse sentido, constata-se que existem limites ao exercício da autonomia patrimonial, que são postos pela função social e pela boa-fé. Então, percebe-se que no âmbito patrimonial a proteção da autonomia está condicionada à realização de interesses socialmente relevantes e de valores que fundamentam a ordem democrática, como a dignidade da pessoa humana e solidariedade social, indicando que na autonomia patrimonial os limites não são somente externos, mas, ao contrário, integram a própria estrutura do direito subjetivo (CASTRO, 2017).

Por outro lado, no plano existencial, a autonomia visa garantir a realização de interesse pessoal do seu titular, tendo como fundamento o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Nessa perspectiva, a autonomia existencial tem por objetivo “[...] a realização direta da dignidade, conforme as próprias aspirações, valores e *modus vivendi*, enfim, têm como função imanente a livre realização da personalidade, segundo o estilo de vida individual” (TEIXEIRA, 2018, p. 87).

3. AUTONOMIA EXISTENCIAL

Atualmente, entende-se que cada pessoa pode construir a sua história com liberdade, de acordo com os seus valores e sua autonomia, uma vez que todos são coautores constantes da construção da sociedade (TEIXEIRA, 2018). Essa liberdade individual de construir a si mesmo foi prioritariamente consagrada pela Constituição Federal.

A Constituição da República de 1988 promoveu uma verdadeira inovação na dogmática jurídica ao incluir o princípio da dignidade da pessoa humana em seu bojo (artigo 1^o, inciso III). Com efeito, tal princípio fundamental ocupa atualmente lugar central no ordenamento jurídico brasileiro, constituindo fundamento do Estado Democrático de Direito.

A dignidade da pessoa humana é considerada um valor jurídico supremo, que serve de parâmetro para toda ordem jurídica brasileira. Logo, a pessoa humana ocupa o lugar de vértice da pirâmide normativa, de modo que todo Direito, seja no âmbito público ou privado, deve ser desenvolvido com a finalidade de proteger e promover a pessoa humana (MORAES; CASTRO, 2014).

Assim, a elevação do ser humano ao centro de todo o sistema jurídico impõe o reconhecimento de que as normas são feitas para a pessoa e para a sua realização existencial, garantindo para tanto a autonomia e o livre desenvolvimento da personalidade (FARIAS; ROSENVALD, 2010). Está contido no princípio da dignidade humana o respeito integral pela pessoa, por sua identidade e pela forma como se projeta no mundo (TEIXEIRA, 2018).

Neste passo, reconhece-se o direito de liberdade da pessoa para decidir sobre o que entende ser o melhor para a sua vida, para a manifestação de sua individualidade e para a utilização do seu corpo. Nesse contexto, a concretização da dignidade passa necessariamente pela autonomia, isto é, por respeitar e promover a forma como a pessoa deseja se expressar no mundo, considerando suas escolhas e decisões e deixando-a livre para decidir sobre o que entende ser melhor para sua autorrealização.

Deste modo, a autonomia consiste no direito de cada pessoa elaborar, de forma racional e livre, as normas que guiarão a sua vida, e que não vão afetar o direito de terceiros, normas estas que conviverão com as normas ditadas pelo Estado (TEIXEIRA, 2018). “É como se se tratasse de um espaço vazio que a lei precisa garantir para que possa vir a ser preenchido individualmente” (MORAES; CASTRO, 2014, p. 795).

Assim, a autonomia é um meio de emancipação pessoal, pois permite que a pessoa construa sua identidade, sua singularidade e desenvolva o seu projeto de vida de acordo com a sua personalidade. Por esta razão, operou-se uma proteção aos espaços existenciais de maior



intimidade da pessoa humana, que estão salvaguardados de interferências do legislador infraconstitucional e de ato de terceiros, pois ninguém sabe as reais necessidades de cada um, cabendo a cada pessoa a vivência da própria autonomia (TEIXEIRA, 2018).

De fato, a autonomia é bastante desenvolvida na privacidade, por ser o espaço adequado para a realização dos direitos da personalidade de acordo com os valores escolhidos pelo indivíduo. Vale destacar que ela é um atributo essencial ao desenvolvimento pleno da existência do ser humano, por ser manifestação da liberdade e meio de concretização da dignidade da pessoa humana (MEIRELLES; AGUIAR, 2018).

É possível afirmar que a autonomia existencial é espécie do gênero autonomia privada e se configura como instrumento da liberdade individual para realização das potencialidades da pessoa humana e de seus interesses não patrimoniais, incidindo nas situações jurídicas subjetivas situadas na esfera extrapatrimonial, cujo referencial objetivo é o próprio titular no espaço de livre desenvolvimento da personalidade. (CASTRO, 2017, p. 101).

Por isso, “[...] a possibilidade de escolha precisa ser assegurada, seu conteúdo é que deve ser escolhido pelo indivíduo” (MORAES; CASTRO, 2014, p. 795). Compete a cada pessoa construir seu projeto de livre desenvolvimento pessoal.

Ressalte-se, ainda, que a sociedade atual é plural, aberta, diversa, o que traz consigo a possibilidade de cada pessoa construir o seu ideal próprio de vida digna. Ademais, constitui objetivo da República construir uma sociedade livre, justa e solidária, bem como promover o bem de todos, sem quaisquer formas de discriminação, o que “[...] impõe, a priori, o respeito às concepções pessoais de felicidade e ao livre desenvolvimento da própria personalidade” (TEIXEIRA; KONDER, 2010, p. 5).

Logo, concretizar a dignidade é atribuir a cada pessoa a ampla liberdade para que ela construa a própria vida, realize suas necessidades, faça suas escolhas e “adone-se” de sua existência, dirigindo-a da forma como entender que lhe traga maior realização, pois as concepções de cada um devem ser consideradas, uma vez que todos os valores são possíveis no Estado Democrático de Direito que, como visto, tem o pluralismo como um dos pilares fundamentais (TEIXEIRA, 2018, p.81-82).

Contudo, faz-se necessário destacar que a autonomia tem uma perspectiva relacional, na medida em que cada pessoa forma sua identidade e interfere na construção da personalidade



do outro. Portanto, a autonomia, atualmente, tem como função orientar as relações sociais, de modo que o reconhecimento recíproco da condição de sujeito possibilite que a sociedade de forma democrática usufrua de espaço autônomo de desenvolvimento pessoal (MORAES; CASTRO, 2014).

Nesse contexto, o exercício da autonomia pode gerar consequências jurídicas na vida de terceiros, implicando em repercussão que ultrapassa a esfera jurídica do seu titular. Assim, como qualquer outro ato de liberdade, a autonomia pode ser limitada, em situações excepcionais e somente quando presentes requisitos que comprovem de forma concreta a necessidade dessa restrição (CASTRO, 2017).

Com efeito, “[...] quando entram em cena terceiros, aspectos de solidariedade já devem ser invocados de modo a vedar o exercício amplo da liberdade; trata-se da interferência da alteridade, que tem sua justificativa na intersubjetividade” (TEIXEIRA, 2018, p. 102). Contudo, ressalte-se o pleno exercício da liberdade quando refere-se aos aspectos existenciais do próprio titular, que não afeta a esfera jurídica de terceiros.

Nesse sentido, as decisões de foro pessoal, que não repercutem na esfera jurídica de terceiros, somente podem ser tomadas pela própria pessoa, por ser algo intrínseco à sua vida privada. Esta área reservada para as decisões pessoais está protegida pela Constituição Federal, inclusive de interferências externas, por estar inserida no âmbito da vida privada, em que se constrói a intimidade e a personalidade.

Logo, é uma escolha que não compete a terceiros ou ao legislador decidir, sob pena de caracterizar intervenção paternalista, que impede a emancipação pessoal. O paternalismo não está em consonância com as orientações contemporâneas, por contrariar a dignidade e a liberdade, na medida em que a pessoa só se faz digna enquanto ser livre, que tem possibilidade de decisão, para traçar o rumo da sua vida.

Neste contexto, observa-se que a autonomia existencial tem algumas peculiaridades jurídicas. Sobre esse ponto, Rose Melo Vencelau Meireles identifica alguns princípios aplicáveis ao instituto: a gratuidade do ato, o consentimento qualificado, a confiança e a autorresponsabilidade. (TEIXEIRA, 2018).

Portanto, para exercer a autonomia, a pessoa tem de ter discernimento, isto é, capacidade de compreender e querer. Para que a autonomia seja válida, considerando os indivíduos normais, é necessário que haja entendimento e que a decisão seja tomada sem influências de condicionantes externos.

Em âmbito médico, “[...] o respeito à autonomia exige que os profissionais informem adequadamente, verifiquem e se assegurem quanto ao esclarecimento e à voluntariedade e estimulem a tomada da decisão” (PEDROSA, 2016, p. 8). Por seu turno, o consentimento livre e esclarecido é uma das ferramentas do exercício da autonomia. Contudo, o consentimento tem de ser precedido de informações claras e objetivas para que a pessoa tome sua decisão de forma segura.

4 AUTONOMIA NA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS *POST MORTEM* NO BRASIL

Diante do exposto, faz-se necessário analisar a autonomia do eventual doador de órgãos *post mortem* na legislação brasileira. A primeira lei a tratar de doação de órgãos no Brasil foi a Lei nº 4.280, de 6 de novembro de 1963.

Posteriormente esta lei foi revogada, dando lugar a Lei nº 5.479, de 10 agosto de 1968. Com efeito, observa-se que a “Lei nº 5.479/1968 exigia, tal como a legislação anterior, o consentimento expresso do doador e a subsidiariedade da manifestação familiar em casos de omissão daquele doador quando ainda em vida” (MAYNARD; LIMA; LIMA; COSTA, 2015, p.127).

Neste contexto, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve a proibição expressa da comercialização de órgãos, conforme previsão do artigo 199, § 4º, na esteira da gratuidade, já prevista pela Lei nº 5.479/1968. Assim, na vigência da Constituição, houve a revogação expressa da Lei nº 5.479/1968 com a edição da Lei nº 8.489, de 18 de novembro de 1992.

Em relação ao consentimento para doação *post mortem*, a Lei nº 8.489/1992 previa em seu artigo 3º a necessidade de consentimento expresso do doador, por meio de documento

peçoal ou oficial. Mas, na ausência do referido documento, a doação de órgãos poderia ainda assim ser procedida, caso não houvesse manifestação em contrário da família.

Em seguida, chega-se à Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que rege a matéria atualmente. O texto original desta lei, em seu artigo 4º, previa a doação presumida de órgãos *post mortem*, já que seriam considerados doadores todos que não manifestassem sua vontade em sentido contrário. Desta forma, quem não queria ser doador deveria registrar sua vontade em documento oficial, sendo possível alterar essa decisão.

Contudo, a doação presumida de órgãos *post mortem* recebeu bastante crítica da sociedade, sendo apontada por violar a autodeterminação da pessoa e intervir de maneira exagerada na vida privada. Então, isso “[...] contribuiu para a alteração do referido dispositivo, através da Medida Provisória (MP) nº 1718-1/1998, seguida pela MP nº 1.959-27/2000 e, por fim, pela edição da Lei nº 10.211/2001” (MAYNARD; LIMA; LIMA; COSTA, 2015, p.129).

Desta forma, atualmente, a doação de órgãos no Brasil é regulamentada pela Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, conhecida como Lei dos Transplantes, que trata das questões relacionadas a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplantes e tratamento, sendo que a redação atual do artigo 4º da referida legislação foi dada pela Lei nº 10.211/2001.

Nesse passo, admite-se a disposição de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou depois da morte, com a finalidade de transplantes e tratamentos, desde que sejam gratuitas e tenham intuito humanitário ou científico. Além disso, para realizar a doação de órgãos é imprescindível a confirmação do diagnóstico de morte encefálica (ME) do possível doador, conhecida também como morte cerebral, caracterizada pela perda irreversível das funções que mantêm a vida, como a consciência e a capacidade de respirar (SILVA, 2016).

Assim, após a declaração da morte encefálica, a família é consultada sobre a possibilidade de doação de órgãos. Quando a família recusa, o processo para doação dos órgãos é finalizado, mas, quando a família autoriza, prossegue-se o processo de doação. Logo, a doação de órgãos *post mortem* no Brasil é do tipo consentida, na medida em que a lei exige o

consentimento da família para realizá-la. Nesse sentido, dispõe o artigo 4º da Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997:

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

Desta forma, compete à família a decisão sobre a doação, “[...] o que alija o possível doador da escolha fundamental do destino de seus órgãos e acaba por privá-lo de completa autodeterminação” (MARINHO, 2011, p. 121). Sublinhe-se que, ao analisar a legislação atual sobre o tema, percebe-se o silêncio do legislador ao não prever a manifestação de escolha do eventual doador, desconsiderando a sua autonomia.

Com efeito, “[...] por meio do atual artigo 4º da Lei de Transplantes, as famílias dos potenciais doadores passaram a ser as únicas responsáveis pelos órgãos do ente falecido, assumindo a responsabilidade pelo destino destes” (MAYNARD; LIMA; LIMA; COSTA, 2015, p. 130). Nesse passo, “[...] ainda que o falecido tenha, em um gesto de solidariedade, exprimido o desejo de doar seus órgãos, esta manifestação será desconsiderada se a família não concordar expressamente com o transplante” (TEIXEIRA; KONDER, 2010, p. 12).

Destarte, compete à família decidir sobre doar ou não os órgãos do falecido, independentemente do desejo exteriorizado do eventual doador. Por outro lado, o Código Civil de 2002, em seu artigo 14, assegura a validade da disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte, com objetivo científico ou altruístico. Nesta linha, o Enunciado nº 277, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal, em 2006 dispõe que:

O art. 14 do Código Civil, ao afirmar a validade da disposição gratuita do próprio corpo, com objetivo científico ou altruístico, para depois da morte, determinou que a manifestação expressa do doador de órgãos em vida prevalece sobre a vontade dos familiares, portanto, a aplicação do art. 4º da Lei nº 9.434/97 ficou restrita à hipótese de silêncio do potencial doador. (CJF, 2006, n.p.).

Assim, de acordo com o referido Enunciado, somente quando não houvesse manifestação prévia do possível doador é que deveria prevalecer a decisão dos familiares. Contudo, essa orientação doutrinária, por não ter força de lei, não é observada na prática, na medida em que é a vontade da família que prevalece, conforme previsão legal.

Nessa senda, as campanhas publicitárias de incentivo à doação de órgãos, em observância à Lei de Transplantes, são realizadas no intuito de que o possível doador informe à família o seu desejo de dispor gratuitamente de seus órgãos, para que seus entes se sensibilizem com a sua vontade e a respeite, já que a decisão final é sempre da família. Saliente-se que, em 2012, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução nº 1.995, que disciplinou as diretivas antecipadas da vontade (DAV).

Com isso, houve bastante discussão quanto à possibilidade de o eventual doador manifestar o desejo de doar órgãos em DAV. Com efeito, a DAV é um instrumento em que o paciente manifesta a sua vontade sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber quando estiver incapacitado de expressar livre e autonomamente a sua vontade, conforme previsão do artigo 1º da referida Resolução.

Fato é que resolução não é lei, mas simples ato administrativo. Então, o foco da discussão volta para a Lei de Transplantes, que não contemplou a autonomia do potencial doador na doação de órgãos *post mortem*. Ademais, em contínua inobservância à autonomia do possível doador, o Decreto 9.175, de outubro de 2017, que regulamenta a Lei 9.434/1997, dispõe, em seu artigo 20, que a doação de órgãos, após a morte, somente poderá ser realizada com o consentimento livre e esclarecido da família do falecido, consignado de forma expressa em termo específico de autorização.

Em suma, no Brasil, para a doação de órgãos após a morte, é obrigatória a autorização dos familiares, independentemente da vontade do possível doador. Contudo, a exigência de consentimento familiar para a doação de órgãos após a morte, nesses moldes, não é compatível com os ideais constitucionais trazidos pela Constituição Federal de 1988.

Com efeito, é flagrante o desrespeito à autonomia do possível doador, ao seu direito de autodeterminação, em que devem ser observadas as suas escolhas pessoais, inclusive após a



morte. Percebe-se que a temática envolvendo órgãos e tecidos no Brasil é bastante influenciada por valores cristãos, notadamente a sacralidade do corpo e a sacralidade da vida, que inspiram a concepção da existência corpórea e seus fins, imprimindo um viés ideológico à questão, em vez de focar no aspecto científico e ético-jurídico (STANCIOLI; CARVALHO; RIBEIRO; LARA, 2011).

Ademais, faz-se necessário lembrar que o Estado é laico, não podendo legislar sob fundamento de ordem religiosa. Ora, a ciência é organizada através de regras metodológicas, que devem estar dispostas de forma sistemática, racional e objetiva (POPPER, 1999). Assim, “[...]se os dogmas religiosos não se propõem à argumentação na esfera pública, não podem ser fruto de um consenso racional e, por conseguinte, não devem ser assumidos pelo Estado como sendo ético ou juridicamente relevante” (STANCIOLI; CARVALHO; RIBEIRO; LARA, 2011, p. 126-127).

Além do que, cumpre lembrar que “[...] 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” (STANCIOLI; CARVALHO; RIBEIRO; LARA, 2011, p. 137). Destarte, o corpo é a expressão material da identidade da pessoa, sendo um fiel tradutor de sua biografia (BARBOZA, 2012).

Então, quando o legislador condiciona a doação de órgãos após a morte à autorização familiar, ele também acaba autorizando uma invasão à vida privada do eventual doador e o consequente desrespeito à sua autonomia, já que esta situa-se no âmbito da existencialidade e diz respeito à autodeterminação da pessoa sobre as questões relacionadas ao seu próprio corpo.

Outrossim, a autonomia corporal “compõe o terreno de atuação concreta da liberdade, que se exprime, originariamente, na esfera de seu titular, não sendo parte necessária de uma relação entre sujeito, mas sim do sujeito sobre si mesmo” (MORAES, CASTRO, 2014, p. 796). Por isso, “[...] o corpo deve ser espaço de autoapropriação e servir para a concepção de vida boa. Isso porque a dignidade não é algo “dado” (pelo Estado, pela ciência etc.); ao contrário, é uma busca de autorrealização” (STANCIOLI; CARVALHO; RIBEIRO; LARA, 2011, p. 127).

Desta forma, a decisão de doar órgãos após a morte está inserida no campo da autonomia do próprio titular do corpo, sendo uma decisão pessoal, cuja repercussão não ultrapassa a esfera jurídica do possível doador, não gerando consequência negativa na esfera jurídica de terceiros. “Trata-se de situação que não produz efeitos jurídicos diretos e imediatos que acarretem lesão ou ameaça de lesão a esferas jurídicas de terceiros, não admitindo a incidência de elementos limitadores da autonomia” (CASTRO, 2017, p. 103).

Por essa razão, o exercício da liberdade deve ser “[...] mais genuíno possível, sem atitudes paternalistas da família, do governo ou de qualquer outra entidade intermediária” (TEIXEIRA, 2018, p. 95). Assim, a decisão sobre a doação de órgãos após a morte, por estar situada em um espaço privado para as decisões pessoais, está protegida pela Constituição Federal e deve ser uma decisão livre de interferências externas que visam tolher e suprimir a manifestação do indivíduo.

Ademais, a tutela da autonomia existencial não tem por finalidade satisfazer a realização de interesses alheios ao do seu titular (CASTRO, 2017). Portanto, “[...] a doação de órgãos é um ato de solidariedade que deve ocorrer por vontade do próprio doador, dado seu caráter incontestavelmente personalíssimo” (MAYNARD; LIMA; LIMA; COSTA, 2015, p. 140).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo procurou contribuir para a reflexão acerca da autonomia na doação de órgãos *post mortem* no Brasil. Para tanto, esclareceu-se que a dignidade da pessoa humana deve representar um paradigma jurídico que orienta todo o sistema jurídico.

Assim, levando em consideração o estudo realizado, chegou-se ao entendimento de que o ordenamento jurídico brasileiro tem como fundamento a proteção e promoção da pessoa humana, o que implica necessariamente o respeito à liberdade, para que todos, de forma autônoma, construam sua individualidade e vivam de acordo com seus valores e princípios. Nesse contexto, verificou-se que a Constituição Federal conferiu autonomia ao indivíduo, para que este escolha o percurso da própria vida.

Destarte, as pessoas são livres para decidirem sobre as questões atinentes às suas vidas, para traçarem seus projetos de livre desenvolvimento pessoal. Com efeito, percebeu-se que a Constituição conferiu um espaço exclusivo para que a pessoa possa construir sua vida privada, sua intimidade, sua personalidade, por meio da autonomia.

Por conseguinte, foi visto que a autonomia, por ser construída em uma sociedade democrática, plural e aberta, possibilita que cada pessoa desenvolva sua própria concepção de vida digna. Demonstrou-se também que tem um aspecto relacional, de maneira que, como qualquer espécie de liberdade, pode eventualmente ser restringida, em caráter excepcional, e desde que fique demonstrado que o seu exercício acarrete lesão ou ameaça de lesão a esferas jurídicas de terceiros.

Em sendo assim, verificou-se que o ato de doação de órgãos *post mortem* não comporta limitação da autonomia do potencial doador, na medida em que não foram constatados os requisitos que autorizariam a limitação de seu exercício. Por esta razão, o ato de doação de órgãos *post mortem* não comporta interferências externas, devendo-se garantir a autonomia plena do eventual doador, de modo que ele escolha se vai doar ou não os seus órgãos após a morte.

A decisão de doar os órgãos *post mortem* é de cunho pessoal do eventual doador, pois, caso contrário, haveria interferência paternalista e indevida, sem fundamento constitucional. Entretanto, verificou-se que a legislação dos transplantes, ao tratar da doação de órgãos *post mortem*, determina a prevalência da vontade dos familiares, desconsiderando por completo a autonomia do potencial doador.

Contudo, percebe-se que esta previsão infraconstitucional não encontra respaldo no Estado Democrático de Direito, que preza pela liberdade, personalidade, pluralidade e autonomia, o que pressupõe participação ativa nas decisões. Observou-se que a temática da doação de órgãos e tecidos no Brasil ainda sofre muita influência dos valores cristãos, especialmente a intangibilidade do corpo.

Mas esse assunto ainda merece uma reflexão crítica, objetiva e estritamente científica. A legislação dos transplantes tem de ser alterada para compatibilizar-se com os valores constitucionais, notadamente a autonomia.

A Lei nº 9.434/1997 teria de prever de forma expressa a manifestação da vontade do eventual doador, por meio de algum registro formal, que fizesse prevalecer o seu desejo. Em um segundo momento, seria interessante fazer campanhas publicitárias para conscientizar as pessoas da importância da doação de órgãos, bem como incentivá-las a registrarem a sua vontade de doar, ou não, os órgãos. E, somente na hipótese de o potencial doador não manifestar o seu desejo, a família poderia vir a ser chamada a suprir a ausência dessa manifestação, porém de forma subsidiária.

Deste modo, pode-se concluir que a limitação da autonomia imposta pela legislação dos transplantes ao condicionar a doação de órgãos *post mortem* à autorização familiar, não está em consonância com os valores consagrados pela Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Heloisa Helena. Disposição do próprio corpo em face da bioética: o caso dos transexuais. In: Débora Gozzo; Wilson Ricardo Ligiera. (Org.). **Bioética e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 133.

BRASIL. **Decreto nº 9.175, de 18 de outubro de 2017**. Regulamenta a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, para tratar da disposição de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9175.htm. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997**. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. **Medida provisória nº 1.718-1, de 5 de novembro de 1998.** Acresce parágrafo ao art. 4o da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas/1718-1.htm#:~:text=MEDIDA%20PROVIS%C3%93RIA%20No%201.718,5%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201998.&text=Acresce%20par%C3%A1grafo%20ao%20art.,fins%20de%20transplante%20e%20tratamento.. Acesso em: 13 jun. 2020.

BRASIL. **Medida Provisória No 1.959-27, de 24 de outubro de 2000.** Altera dispositivos da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas/1959-27.htm. Acesso em: 13 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.211/2001, de 23 de março de 2001.** Altera dispositivos da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que "dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento". Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10211.htm. Acesso em: 13 jun. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 out. 2019.

CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. A função da cláusula de bons costumes no Direito Civil e a teoria tríplice da autonomia privada existencial. **Revista Brasileira de Direito Civil-RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 14, p. 99-125, 2017.

CJF. **Enunciados.** 2016. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/227#:~:text=O%20art.,4%C2%BA%20da%20Lei%20n.> Acesso em: 12 jun.2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM Nº 1.995/2012.** Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf. Acesso em 13 de jun. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Livro de Direito Civil - Teoria Geral.** 8.ed., 2º tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.



LIMA, Germano Alves de; BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Os limites da autonomia privada em face da perspectiva civil constitucional. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, ano 10, n. 34, p. 115-131, 2016.

MARINHO, Alexandre. Transplantes de órgãos no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**, v. 11, n. 3, p. 120-122, 1 fev. 2011.

MAYNARD, Lorena Oliveira Dantas.; LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira.; LIMA, Yara Oyrarn Ramos.; COSTA, Ediná Alves. Os conflitos do consentimento acerca da doação de órgãos post mortem no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**, v. 16, n. 3, p. 122-144, 30 dez. 2015.

MEIRELLES, Ana Thereza; AGUIAR, Mônica. Autonomia e alteridade como fundamentos da construção do sentido de dignidade existencial diante do direito à vida. **RBDA**, Salvador, v.13, n. 01, p.123-147, 2018.

MORAES, Maria Celina Bodin de; CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. **Pensar, Fortaleza**, v.19, n.3, p. 779-818, 2014.

PEDROSA, Laurício Alves Carvalho. Ética da Alteridade e Respeito à Autonomia na Relação Médico-Paciente. **Revista Direito Unifacs**, Salvador, n.192, p.1-20, 2016.

POPPER, Karl R. **A lógica da pesquisa científica**. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Editora Cultrix, 1999.

SILVA, Leonardo Borges de Barros e. **Doar órgãos: um gesto de herói**. 2016. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=26260:2016-06-23-18-17-36&catid=46 Acesso em: 12 jun.2020.

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**, v. 11, n. 3, p. 123-154, 2011.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v.16, p. 75-104, 2018.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Autonomia e solidariedade na disposição de órgãos para depois da morte. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, n.18, p.1-22, 2010.