



**Disciplina jurídica da doação de órgãos *post mortem*:
uma análise bioético-jurídica da condição de submissão à autorização pela
família ratificada pelo Decreto 9.175/2017**

*Legal discipline of after death organ donation:
a bioethical-legal analysis of the condition of submission to authorization by the family
ratified by Decree 9.175/2017*

Ana Thereza Meirelles Araújo
Universidade Católica do Salvador
Pós-Doutora em Medicina, Doutora em Direito
Salvador, Bahia / Brasil
anatherezameirelles@gmail.com

Matheus Alexandrino Nascimento
Faculdade Baiana de Direito
Pós-graduando em Direito Processual Civil
Salvador, Bahia / Brasil
mathalexandrino@gmail.com

Resumo: Esta pesquisa parte da necessidade de investigação das motivações jurídicas que justificaram o não reconhecimento da validade da vontade do doador para fins de doação dos seus órgãos. A pesquisa tem como objetivo demonstrar a medida de violação da autonomia do sujeito doador, quando o Estado brasileiro ratificou a necessidade da autorização familiar na doação de órgãos por meio do Decreto 9.175/2017, tornando esse pressuposto condição essencial para a que o ato de doação aconteça. Para isto, se revisa o regramento legislativo que recai sobre a doação de órgãos, a partir também de conceitos e fundamentos relacionados à doação, além de se propor uma retomada às bases da bioética, demonstrando, assim, o princípio da autonomia e, por conseguinte, os modelos de autonomia, para que se promova, de forma aprofundada, uma análise crítica acerca do assunto. Por fim, se observa o movimento legislativo, jurídico e social para alterar a concepção vilipendiosa que foi recentemente ratificada em prol de garantir a possibilidade de respeito à autonomia por meio da adoção de um regramento adequado. Como caminho metodológico, adotou-se o método hipotético-dedutivo e o uso de referencial teórico especializado.

Palavras-chave: autonomia; consentimento; doação de órgãos; vontade da família; Decreto 9.175.

Abstract: This research starts from the need to investigate the legal motivations that justified the non-recognition of the validity of the donor's will for the purpose of donating their organs. The research aims to demonstrate the measure of violation of the donor's autonomy, when the Brazilian State ratified the need for family authorization in the donation of organs through Decree 9.175/2017, making this presupposition an essential condition for the act of donation to be performed happen. For this, the legislative regulation that falls on organ donation is reviewed, also from concepts and fundamentals related to donation, in addition to proposing a return to the bases of bioethics, thus demonstrating the principle of autonomy and, therefore, the models of autonomy, in order to promote, in a deep way, a critical analysis on the subject. Finally, there is a legislative, legal and social movement to change the vilifying conception that was recently ratified in order to guarantee the possibility of respecting autonomy through the adoption of an appropriate regulation. As a methodological path, the hypothetical-deductive method and the use of a specialized theoretical framework were adopted.

Keywords: autonomy; consent; organ donation; family will; Decree 9.175.

Para citar este artigo (ABNT NBR 6023:2018)

ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles; NASCIMENTO, Matheus Alexandrino. Disciplina jurídica da doação de órgãos *post mortem*: uma análise bioético-jurídica da condição de submissão à autorização pela família ratificada pelo Decreto 9.175/2017. **Revista Thesis Juris – RTJ**, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 96-113, jan./jun. 2022. <http://doi.org/10.5585/rjt.v11i1.19225>

1 Considerações iniciais

A doação de órgãos é um tema de grande profundidade e de alto impacto social. O assunto envolve um dos maiores alicerces vitais que se pode disponibilizar em vida ou em morte - os órgãos. A possibilidade de disposição dos órgãos é algo ainda sujeito a uma regulamentação em formação, a exemplo dos casos de transplantes de rostos que carecem de procedimento especificado em lei por ser uma técnica ainda experimental. Por conta de situações como essa, trata-se de uma disciplina ainda carente de atenção em seus detalhes mais complexos. Dito isto, é válido discorrer acerca da evitável ratificação de institutos que já foram amplamente debatidos e racionalizados, tal como se dá, no caso a ser tratado por este trabalho, na ratificação da necessidade de autorização familiar na doação de órgãos pelo Decreto 9.175/2017.

No Brasil, os transplantes de órgãos são feitos por meio do Sistema Nacional de Transplantes (SNT) do Sistema Único de Saúde (SUS), o que faz do país o 2º maior transplantador de órgãos do mundo. No entanto, milhares de pacientes se encontram na fila de espera para transplantes.

Diversas medidas socioeducativas foram historicamente promovidas pelo governo em prol de destituir a resistência social quanto à possibilidade de doação de órgãos, entre elas, é possível encontrar: o site do Ministério da Saúde – que disponibiliza interface intuitiva com diversos dados e informações sobre os transplantes de órgãos, além de ensinar o passo a passo de coisas como a consulta do nome do paciente na lista de espera; ação das Organizações de Procura de Órgãos (OPO) – que são compostas obrigatoriamente por médico, como coordenador, e visa promover o levantamento dos possíveis doadores em hospitais; a ação de Comissões Intra-hospitalares de Doação de Órgãos e Tecidos para Transplantes (CIHDOTTs) – que, de igual modo às OPOs, promovem a busca dos possíveis doadores e notificam o governo o mais rápido possível; e as Políticas de Educação Permanente, promovidas no Estado do Paraná, que tem, como alguns de seus objetivos, a capacitação profissional para a determinação da morte encefálica e a entrevista familiar para doação de órgãos e tecidos para transplante que visa, além de dar as más notícias e auxiliar no processo de luto, conscientizar a família, através

de aulas expositivas, sobre a importância da doação de órgãos.

No quesito da doação de órgãos, em âmbito jurídico, algumas legislações surgiram e consequentemente também alterações legislativas. No entanto, é possível perceber que a disciplina normativa da doação de órgãos no Brasil ainda aponta resquícios que não coadunam princípios contemplados pela Ordem Jurídica e reconhecidos como fundamentais à construção das relações sociais.

A matéria da doação de órgãos é regulada, em sua maior parte, pela Lei 9.434/97, alterada significativamente ao longo de alguns anos. Na lei, era contemplada a lógica da doação presumida, frontalmente colidente com a autonomia do sujeito candidato a doador. Hoje, a mudança para um sistema de doação consentida ainda evidencia pontos de discussão importantes, sendo o mais delicado deles a submissão da doação à condição de autorização familiar, independentemente da vontade do sujeito manifestada em vida.

Pode-se, então, afirmar que o problema de pesquisa investigado parte do questionamento que segue: Condicionar a doação de órgãos ao requisito da autorização familiar, em vilipêndio da vontade real manifestada previamente pelo doador, avilta pressupostos constitucionais e fundamentos da bioética? A proposta é promover uma investigação que sinalize as motivações para a manutenção de um sistema de doação que não reflita a vontade do titular dos órgãos a serem doados.

Tanto a lei 9.434/1997 quanto o Decreto 9.175/2017 não contemplaram a autonomia da vontade do doador ao reiterarem que a autorização para a doação pressupõe a condição de que essa seja a vontade da família, ainda que a decisão seja contrária à vontade manifestada previamente pelo sujeito potencial doador.

Como percurso metodológico, a pesquisa parte da abordagem hipotético-dedutiva, consubstanciando uma revisão bibliográfica a partir do uso de fontes que corroboram a necessidade de avaliar o fundamento da autonomia como essencial ao ato de doar órgãos.

Serão analisadas, também, a legislação e o decreto em prol de uma construção crítico-reflexiva, quanto à decisão do legislador brasileiro de submeter o ato de doação à condicionante da autorização familiar. Por meio da dedução, verificar-se-á se as motivações usadas para não reconhecer a vontade do doador como determinante à doação de seus órgãos encontram guarida normativa e violam fundamentos da Constituição e da legislação infraconstitucional.

Contemplados os fatos, é de elevada importância a análise sobre os institutos que antecederam a situação atual da disposição de órgãos e sobre as bases da bioética, para que se possa construir um raciocínio crítico e coerente acerca do assunto e para que se demonstre a necessidade de mutação do que atualmente é previsto com o objetivo de uma posterior

preservação digna da autonomia pura do indivíduo.

A Lei 9.434/97 contou com conteúdos adicionados e retirados ao longo de sua vigência. Institutos, como a supracitada doação presumida, que demonstravam um desrespeito à livre autonomia, foram revogados. É sobre este aspecto que incide a grande problemática: se o condicionamento da doação de órgãos à autorização familiar, conforme o Decreto 9.175/2017, avilta a autonomia do sujeito doador.

2 Notas elementares sobre doação de órgãos e tecidos

A doação de órgãos, regulada pela Lei 9.434/97, pode ser entendida como o ato de altruísmo praticado por indivíduo que, conscientemente, e livre de vícios, externou vontade de dispor seus órgãos (SILVEIRA, 2009, p. 68), em vida ou após sua morte (DINIZ; GUILHEM, 2005), de forma não onerosa (BRASIL, 2020c) e respeitando as regras básicas de sobrevivência digna do organismo próprio em caso de disposição em vida.

A doação de órgãos recai sobre o direito ao corpo vivo e sobre o corpo morto, chamada de *inter vivos* e *post mortem* (DINIZ; GUILHEM, 2005). O direito de doar órgãos tem como pressuposto a ideia de direito da personalidade (BRASIL, 2020e) e recebe o veto da sua disposição onerosa, sendo, então, o ato da disposição, um ato altruístico. O ato então de dispor sobre o próprio corpo está situado, a partir da teoria dos direitos da personalidade contemplada pelo Código Civil brasileiro, numa dimensão pessoal, numa esfera da individualidade não comunicável.

Assim, se entende que somente é permitida a disposição de órgãos com objetivos científicos, nos termos dos art. 11 e 13 do Código Civil, e que esta deve ser gratuita, promovida em vida ou em morte, com o fim exclusivo de tratamento ou transplante (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2020; BRASIL, 2020c).

A dinâmica da sistemática dos direitos da personalidade, construída no Código Civil, evidencia alguns pressupostos importantes que estão diretamente relacionados à doação de órgãos, seja *inter vivos* ou *post mortem*. Um primeiro pressuposto é a compreensão de que o fundamento da ideia de direito da personalidade está na dignidade da pessoa humana, noção de difícil conceituação, por evidenciar conteúdo plúrimo, polissêmico e multifatorial, mas, ainda sim, essencial à dimensão mais elementar de qualquer proteção jurídica destinada ao ser humano.

A condição humana protegida sempre como fim e nunca como meio (KANT, 2002) agrega manifestações pertencentes à esfera íntima e, portanto, relacionadas, por vezes, às

dimensões existencial, espiritual e moral dos sujeitos. Assim, múltiplas situações passaram a compor o panorama protetivo da personalidade humana, na medida em que a evolução legislativa foi, paulatinamente, reconhecendo dimensões variadas da personalidade. “As velhas divergências em torno da categoria dogmática perderam muito de sua importância quando os direitos da personalidade passaram a ser reexaminados com um olhar destinado a extrair suas diferentes potencialidades”. Dessa maneira, “no conjunto (embora sempre aberto e mutável) de atributos essenciais que integram a dignidade humana, os juristas souberam enxergar a oportunidade de melhor compreender seu conteúdo [...]” (SCHREIBER, 2011, p. 9-10).

A ideia de direito da personalidade, então, não pode sofrer dissociação dos pressupostos de abertura, dinamicidade, mutabilidade e extensão. Tais características corroboram a complexidade da proteção à esfera íntima e existencial dos indivíduos, na medida em que estão relacionadas com suas crenças e anseios.

A doação de órgãos e tecidos, como expressão de um direito da personalidade, tem como ponto de partida o reconhecimento da proteção ao corpo. É irrefutável que a disciplina jurídica reconhecida ao corpo humano esteve frontalmente associada à influência de fundamentos religiosos. O rompimento (ainda que muitas vezes parcial) desse paradigma se estabelece no momento que passa o Direito a reconhecer, através da legislação, a autonomia como fator elementar às relações que envolvam o corpo. Nesse sentido, passou-se a usar a expressão “direito ao próprio corpo”, no sentido de vinculá-lo à “realização da própria pessoa, e não aos interesses de qualquer entidade abstrata, como a Igreja, a família ou o Estado” (SCHREIBER, 2011, p. 32).

A disposição de órgãos pode ser tanto o transplante quanto o enxerto, sendo que o transplante se refere à amputação ou ablação de órgãos funcionais de um organismo para o outro, com o objetivo de exercer as mesmas funções no destinatário final, e o enxerto é o corte de uma porção do organismo próprio ou alheio, que será instalada no mesmo organismo ou no de outrem, com fins estéticos ou terapêuticos, não possuindo, assim, função autônoma (DINIZ; GUILHEM, 2005).

Maria Helena Diniz (2017, p. 446-447) classifica o transplante como: autotransplante, onde o órgão ou tecido é transferido de uma parte do organismo para outra; isotransplante, que é o transplante de órgãos ou tecidos entre gêmeos univitelinos; alotransplante, onde o transplante ocorre entre doador e receptor de características genéticas diferentes; e xenotransplante, que é a transferência de órgão ou tecido de animal para ser humano.

A história dos primeiros transplantes está muito ligada ao desenvolvimento do conceito de morte encefálica (BRASIL, 2020c), que é a cessação da atividade do encéfalo, critério que

substituiu a morte cardiorrespiratória (MALUF, 2013); ao avanço dos conhecimentos imunológicos de rejeição – referentes à utilização de imunossuppressores que facilitam a compatibilidade de tecidos, a exemplo da ciclosporina (MIES, 1998), descoberta em 1978, que promoveu uma revolução nos transplantes de medula óssea e órgãos sólidos; à possibilidade do diagnóstico pré-natal; e às descobertas psicofarmacológicas.

A sistemática da doação presumida foi instituída por meio de previsão do art. 4º da Lei 9.434/97, até meados de 2001, sofrendo posterior alteração. Neste sistema, em caso de não expressão em vida do indivíduo quanto à doação de órgãos, presumia-se que sua vontade era doar, o que autorizava o Estado a fazê-la. A origem da doação presumida pode ser imputada à influência da legislação espanhola, visto que, no país, o sistema significou aumento da captação e aproveitamento expressivo dos órgãos (ALVES, 2020, p. 1).

À época, a instituição do modelo da doação presumida era explicada pelos dados trazidos pela Secretaria de Assistência à Saúde do Ministério da Saúde, em 1997, onde apenas 29% de brasileiros manifestava rejeição à doação, mas apenas 15% das captações de órgãos culminavam na doação. O objetivo do Estado era elevar esta porcentagem a 75% (ALVES, 2020, p. 1). Em outras palavras, o Estado brasileiro, para conseguir captar todos os órgãos disponíveis, passou a crer que, em prol da saúde coletiva, era válido ultrapassar os limites de respeito a autonomia do indivíduo, presumindo, assim, sua vontade quando não expressada previamente.

O consentimento do indivíduo é a mais pura forma de expressão de sua vontade sobre os atos relacionados à sua vida e se entende como o ato de decisão voluntária, realizado por pessoa competente, embasada em informação adequada e que seja capaz de deliberar tendo compreendido a informação revelada, aceitando ou recusando ações que afetem ou possam afetá-la (SILVEIRA, 2009, p. 65). O sistema de doação presumida aviltava esse pressuposto e, portanto, sofreu alteração para estabelecer a necessidade do consentimento como elemento central ao ato de solidariedade de doar. O problema é que a recepção do consentimento não revelou a proteção da vontade do sujeito decidido, mas transferiu a outrem o poder decisório.

3 Bioética principialista e modelos de autonomia

A discussão sobre doação de órgãos demanda a incursão sobre as bases importantes, relacionados a um elemento fundamental - a autonomia. A Bioética, em sua proposta epistemológica, trouxe fundamentos essenciais ao estudo da autonomia, expressada pela ideia de consentimento, ao longo dos últimos anos.

O estudo da Bioética parte de diferentes matrizes teóricas e demanda contextualização sob distintos enfoques. Para grande parte dos doutrinadores, teria nascido, ao mesmo tempo, “entre 1970 e 1971, nos Estados Unidos, na Universidade de Wisconsin, em Madison, com o médico pesquisador na área de oncologia Van Potter, e na Universidade de Georgetown, em Washington, com o obstetra holandês André Hellegers” (MEIRELLES, 2014, p. 26-27).

Como uma disciplina da sociedade pós-moderna, a Bioética surge a partir de variados marcos culturais, sociais e políticos. Diversos fatores fomentam esse surgimento, como a ascensão de uma nova medicina; a eclosão dos avanços em diferentes áreas da Ciência; as mudanças sociais e políticas, que fomentam a luta por novos direitos e necessidade crescente de se resguardar a proteção deles de maneira justa e igualitária; os abusos cometidos e descortinados na concretização de pesquisas científicas envolvendo seres humanos e, ainda, o renascimento do interesse pela Ética, acentuado pela consciência social do potencial destrutivo do desenvolvimento de uma Ciência sem regras (MEIRELLES, 2014, p. 27-28).

Pragmaticamente, é possível entender a Bioética como uma disciplina focada em estudar o conflito moral no âmbito da saúde e da doença dos seres humanos e dos animais não-humanos, tendo como temas as situações de vida que sempre estiverem em discussão, a exemplo da eugenia, eutanásia, relação entre o médico e o paciente, autonomia do indivíduo e vulnerabilidade do indivíduo (DINIZ; GUILHEM, 2005, p. 17).

A Bioética principialista, matriz de forte expressão global, trouxe os modelos de autonomia como derivados do raciocínio moral. Os princípios da Bioética são resultado de um relatório que foi promovido pelo governo estadunidense após a Segunda Guerra Mundial, em 1978, por meio da “*National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*”, nomeado de Relatório Belmont. O documento partiu da necessidade de que, para solução de conflitos morais no âmbito das relações de saúde, era necessária a orientação através de princípios éticos, o respeito pelas pessoas (autonomia); a beneficência e justiça (FERRER; ALVAREZ, 2005).

O Relatório foi o ponto de partida para que Tom L. Beauchamp e James F. Childress construíssem a bioética principialista e sistematizassem modelos de autonomia dela decorrentes. Os autores ratificaram a importância da imposição destes princípios éticos e enaltecem a necessidade de respeito à autonomia do indivíduo, visto que “todos têm o direito de decidir, e suas escolhas autônomas devem ser consultadas sempre que possível como base para a decisão; uma pessoa incapaz ainda é uma pessoa com o direito de escolher”. Desta forma, a autonomia poderia ser entendida como um “fazer por si mesmo”, como o direito de se manifestar quanto ao seu próprio corpo e vida (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 195).

A análise bioeticista da autonomia no âmbito do princípalismo está diretamente relacionada com o estudo da autonomia no âmbito do Direito. É necessário ter em mente, como um fator previamente esclarecido, que a proposta subjetiva da investigação da autonomia pelo princípalismo procurou contemplar e esclarecer as diversas possibilidades conflitivas no que concerne às decisões relacionadas à vida, ao corpo e à saúde. Assim, os modelos de autonomia, relatados pelo princípalismo, refletem diversas situações também já enfrentadas pelo Direito, em especial, quando não se sabe a quem deve competir o ato de decidir.

Juridicamente, o reconhecimento da autonomia está fundamentado na sistemática constitucional, sendo expressão da dignidade da pessoa humana, mantendo especial relação com a proteção dos direitos fundamentais. No âmbito das relações cíveis, a proteção da autonomia, no que tange às situações existenciais, ganha contornos, como previamente esclarecido, na teoria dos direitos da personalidade (MEIRELLES; AGUIAR, 2018, p. 126). São, portanto, “projeções físicas ou psíquicas da pessoa, ou as suas características mais importantes. As projeções da personalidade, suas expressões, qualidades ou atributos são bens jurídicos e se apoiam no direito positivo” (BORGES, 2007, p. 20). No mesmo sentido, entende Ana Carolina Teixeira que tais direitos são como uma “projeção de algum aspecto da personalidade em espaços de subjetividade e intersubjetividade, que deve ser tutelado pelo Estado na medida da necessidade individual, de acordo com os valores que a própria pessoa estabeleceu como prioritários” (TEIXEIRA, 2010, p. 205).

A conceituação jurídica de direitos dessa natureza é confluyente às discussões que envolvem as relações de saúde em geral, onde está a relação médico-paciente. A relação médico-paciente e as decisões originadas no contexto das relações de saúde evidenciam conflitos ínsitos à Bioética e inegavelmente relacionados à autonomia.

Para o princípalismo bioético, é necessário considerar o sentido de autonomia a partir da investigação de seus elementos essenciais: o sujeito deve ser livre de influências múltiplas, tanto de interferências por parte de outros sujeitos, quanto de limitações capazes de impedir ou de viciar a sua manifestação de vontade, como a compreensão inadequada. (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 138-139).

As relações entre médicos e pacientes são naturalmente consolidadas pela manifestação do consentimento, que se reduz à assinatura de um termo, tradicionalmente conhecido como Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE). A autonomia então é manifesta a partir de uma expressão direta da vontade do paciente, que é o responsável por ler, compreender, preencher e assinar este documento. No entanto, nem sempre quem assina o termo de consentimento compreendeu adequadamente e/ou em totalidade toda a informações prestadas no instrumento. A compreensão então pode passar a ser técnica e automática e longe de um alcance cognitivo ideal (MEIRELLES; AGUIAR, 2017, p. 729).

Disso resulta o dever de consciência quanto à complexidade das situações que envolvem a aferição da condição de autonomia de pacientes que precisam tomar decisões de extrema relevância em contextos clínicos.

Três são os modelos de autonomia previstos por Beauchamp e Childress: O modelo da autonomia pura, o modelo do julgamento substituto e o modelo dos melhores interesses. Os modelos tomam como pressuposto “a necessária observância da vontade do paciente, caso tenha manifestado, a busca por aquela que seria a sua vontade, caso pudesse manifestar, ou, ainda, a vontade de alguém que possa saber o que é melhor para ele, por meio do julgamento dos melhores interesses”. (MEIRELLES; AGUIAR, 2017, p. 731).

O modelo de julgamento substituto é aquele que deve ocorrer na impossibilidade de expressão de vontade daquele que se encontra sujeito a enfermidade ou a outra situação incapacitante, efetivando-se por meio dos familiares. Segundo Beauchamp e Childress, o julgamento substituto traz o entendimento de que as decisões concernentes ao tratamento pertencem ao próprio paciente incapacitado ou não-autônomo. Ele continua com o direito de decidir, mas é incapaz de fazê-lo. Assim, se, em determinado momento, um paciente é incapaz de tomar decisões, outro decisor deverá ser indicado e tomá-las (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 196).

Interessante o registro de que, no principialismo, ainda que a decisão deva ser tomada por terceiro, através do julgamento substituto, a expressão dessa vontade deve revelar o espelho da vontade do substituído. É modelo de autonomia que deve ter como pauta a busca pela expressão da vontade do paciente. “Nesse caso, a intimidade do decisor substituto com o paciente deve ser suficientemente profunda e relevante para que o julgamento reflita os objetivos e as opiniões do paciente”. (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 197). Este modelo deve ser aplicado para pacientes que já foram capazes e rejeitado para pacientes que nunca puderam preencher a condição de capacidade. O julgamento substituto deve ser a revelação projetada da autonomia que respeita as escolhas anteriores do sujeito que não está, no momento ou a partir desse momento, em condições de exercê-las.

O modelo da autonomia pura representa fielmente a autonomia do indivíduo, ou seja, deve representar a expressão mais genuína e fidedigna da vontade do sujeito. “Ele se aplica exclusivamente a pacientes que já foram autônomos e que expressaram uma decisão autônoma ou preferência relevante” (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 199). O modelo representa o respeito pela decisão previamente tomada e não comporta maiores dificuldades como no caso do julgamento substituto. Existindo uma manifestação conhecida e não uma mera conjectura, as diretrizes devem ser seguidas.

No modelo da autonomia pura, é necessário identificar que, quando em condição de capacidade, o sujeito manifestou autonomamente suas preferências por meio de uma diretriz de ação. (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 204). Os autores trazem reflexões importantes sobre quais documentos e quais comprovações podem ser admitidas para que se possa reconhecer a diretriz previamente apontada, ponto a ser retomado posteriormente a partir da normativa brasileira sobre doação de órgãos.

O terceiro e último é o modelo dos melhores interesses, no qual, “um decisor substituto deve determinar o maior benefício entre as opções possíveis, atribuindo diferentes pesos aos interesses que o paciente tem em cada opção e subtraindo riscos e os custos inerentes a cada uma” (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 204). Se entende que, em casos-limite, deve ocorrer a decisão sobre os interesses de bem-estar do paciente naquele momento e não buscar aquilo que ele teria escolhido. O julgamento dos melhores interesses “não deve se basear apenas em preferências subjetivas conhecidas ou em outros tipos de valores pessoais”. Assim, neste modelo, “as preferências autônomas só devem ser consideradas na medida em que afetam as interpretações da qualidade de vida”, devem, pois, “ser preferências conhecidas e não inferências sobre o que o paciente pensaria feitas com base nos valores que expressou abertamente” ((BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 205).

A conexão entre os modelos de autonomia emanados da bioética principialista e a fundamentação adequada quanto à tomada de decisão sobre a doação de órgãos é evidente. As bases de justificação de qualquer deslocamento do direito de decidir em ato que concerne à esfera da individualidade precisam ser compreendidas e levadas à discussão jurídica. No principialismo, a regra é o respeito pela esfera da autonomia pessoal e a exceção é a transferência do poder decisório a outra pessoa.

4 A condição da autorização familiar para a doação

A partir do advento da Medida Provisória n. 2083-32 de 2001, em mesmo ano em que se revogou a disposição da doação presumida, se introduziu, no art.4º da Lei 9.434/97, a necessidade da autorização familiar para que se efetive a doação de órgãos, tecidos e partes do corpo de pessoa falecida - somente sendo alterada pela Lei 10.211/2001 para se impor obediência à linha sucessória dos familiares.

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, 2020c).

A necessidade da autorização familiar para se efetivar a disposição de órgãos *post mortem* foi ratificada em 2017 pelo Decreto n. 9.175, que dispõe que “a retirada de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano, 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” (BRASIL, 2020b).

O conteúdo do Decreto não reconhece o direito do paciente de decidir em vida sobre a destinação de seus órgãos, assim como previamente dispôs a Lei, transpondo o consentimento para retirada à decisão da sua família. Pode-se, então, verificar que a norma brasileira pugnou pelo não reconhecimento da incidência da autonomia, em seu modelo puro, transferindo a um decisor ou a vários decisores a tarefa de resolver a questão.

4.1 O vilipêndio à autonomia do doador

A condicionante da autorização familiar é alvo de críticas severas desde sua imposição pela Medida Provisória n.2083-32 de 2001. Diversas são as motivações que autorizam a composição de tal panorama crítico. Esta sistemática promove intenso desrespeito à já reconhecida autonomia do sujeito, em suas diversas dimensões de existência, visto que a expressão da vontade de doar é uma delas.

Antes mesmo do Decreto, múltiplos posicionamentos apontavam para o fato de que “havendo uma manifestação da vontade do possível doador, em vida, essa deve ser respeitada após sua morte. Não cabe aos familiares decidir contrariamente” (HERCULES, 2011, p. 182). A decisão sobre a destinação dos órgãos pela família “alija o possível doador da escolha fundamental do destino de seus órgãos e acaba por privá-lo de completa autodeterminação.” (MARINHO, 2011, p. 120-122).

Pesquisa promovida entre os dias 1º e 31 de agosto de 2018, pelo Instituto DataSenado, investigou a opinião pública sobre a necessidade da ratificação familiar na disposição de órgãos *post mortem*. Nesta, 83% entenderam que a família não pode ser contrária à manifestação do indivíduo feita em vida, 15% entenderam a possibilidade da prevalência familiar e apenas 2% não souberam responder (MATURAMA, 2020).

A pesquisa foi além e demonstrou que o problema da autorização familiar reside apenas na doação *post mortem*, visto que foi visto como justo o fato de que a família é a entidade plenamente apta para se aproximar da vontade do indivíduo incapacitado para decidir sobre a disposição de seus órgãos, desde que, este, em vida, não tenha declarado sua vontade. Neste caso, 78% entenderam que a família pode definir se ocorrerá doação ou não, 17% entenderam

a impossibilidade da decisão familiar e 5% não souberam responder. (MATURAMA, 2020).

Partindo do Sistema Jurídico, é possível perceber flagrante inadequação em submeter a possibilidade de doação à autorização familiar. A construção da proteção aos direitos da personalidade atesta a recepção da autonomia do próprio sujeito para dispor sobre o seu corpo, ressalvadas as limitações legais pertinentes. O artigo 14 do Código Civil determina que “é válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte” (BRASIL, 2020e).

A normativa versa sobre a disposição gratuita do corpo a partir da ótica da decisão individual. Essa deve ser a primeira dimensão interpretativa do conteúdo do artigo. A expressão “do próprio corpo” está inegavelmente relacionada à esfera da personalidade e não à esfera substitutiva.

O conteúdo da Lei 9.434/1997 “subordina a autonomia corporal do indivíduo à vontade de terceiros, atribuindo a cônjuges e parentes um inusitado ‘direito sobre o corpo alheio’, capaz de prevalecer mesmo contra a vontade do falecido”. A previsão normativa representa “grave atentado contra o valor constitucional da dignidade humana, que pressupõe a plena autodeterminação individual em tudo aquilo que não gere risco para si ou para a coletividade” (SCHREIBER, 2011, p. 47-48).

A legislação sobre transplante de órgãos é anterior ao Código Civil e manteve-se, todo esse tempo, em descompasso a ele. O Decreto de 2017 corroborou a impropriedade da Lei mantendo-se, também, em desalinhamento. Há entendimento na doutrina, inclusive, de que o conteúdo do Código Civil permite uma interpretação consentânea aos valores constitucionais e, embora não tenha expressamente revogado a legislação especial, reconheceu “sem qualquer tipo de ressalva a validade do ato de disposição do próprio corpo para depois da morte” (SCHREIBER, 2011, p. 48).

Assim, deve-se pensar que a proposta emanada do artigo 4º da lei especial teria incidência nos casos em que não houve manifestação de vontade prévia do sujeito. Quando a pessoa manifestou sua vontade, não há porque incidir qualquer substituição quanto à legitimidade de sua decisão.

Analogamente, dentro da lógica da construção bioética do princípalismo, o Código Civil recepcionou o modelo da autonomia pura, na medida em que valorou prementemente a decisão pessoal, e a legislação 9.434 manteve-se mais próxima ao modelo da autonomia substituta, adotando como condicionante à doação a manifestação da família. É necessário lembrar, no entanto, que, mesmo no modelo substituto, não há desvencilhamento da necessidade de aproximação da vontade do sujeito. O decisor substituto não está autorizado a

decidir sem que considere aquilo que “supostamente o sujeito gostaria”.

A legislação especial brasileira deveria, pois, adequar-se ao conteúdo do Código Civil, recepcionando a autonomia pura como modelo a ser seguido, proposta que melhor reafirma os valores constitucionais.

Como resposta à inadequação da legislação especial, o Projeto de Lei do Senado 453/2017 prevê que, quando uma pessoa manifestou em vida a vontade de ser doadora de órgãos, não há que se falar em subordinação da decisão à vontade da família. A proposta do Projeto é alterar a legislação especial para limitar a incidência da vontade da família nos casos em que não houve prévia manifestação de vontade do sujeito. O Projeto foi aprovado em decisão final na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) e está agora submetido à apreciação pela Câmara dos Deputados.

No artigo 14 do Código Civil, não há nenhum registro quanto à imprescindibilidade de que esta vontade seja escrita ou, ainda, formalizada por algum tipo de documento. Independentemente disso, necessário analisar a possibilidade de que Documentos já recepcionados pela Ordem Jurídica como válidos passem a poder conter diretrizes com a manifestação de vontade de doação.

4.2 Diretivas antecipadas de vontade

As Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV's), enquanto documento, é o instrumento usado pelo sujeito para manifestar sua vontade no que tange ao uso de tratamentos relacionados à sua condição de doença. É, portanto, um instrumento que registra a recusa do paciente a determinados protocolos ou tratamentos. A recusa terapêutica no âmbito das doenças terminais evidencia múltiplas discussões que não são pertinentes à proposta de estudo e análise deste artigo.

A possibilidade de que o direito de recusa passasse a ser admitido veio acompanhada da dificuldade de observância da clareza necessária à delicadeza do assunto. A questão está cingida à disciplina conferida por normativa de classe, emanada da resolução 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina, e demanda esclarecimentos indispensáveis, tanto contedísticos, relacionados às circunstâncias pertinentes à recusa, quanto procedimentais, referentes aos aspectos formais da externalização da vontade. Acrescente-se que em outros países Diretivas Antecipadas de Vontade são conhecidas também como Testamento Vital e Instruções Prévias, fugindo à proposta deste artigo o estudo detalhado que possa motivar os diferentes conceitos (MEIRELLES; AGUIAR, 2017, p. 721).

Segundo a Resolução do Conselho Federal de Medicina, as Diretivas são “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” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2020).

O cerne das DAV's são as decisões relacionadas ao fim da vida, de modo que alguns estados clínicos, ou simplesmente a possibilidade de que haja a evolução para determinado estado clínico, justificam a manifestação prévia de vontade do paciente quanto à intervenção por determinados protocolos ou terapêuticas. Há, no entanto, de se registrar que a vontade do paciente quanto à não execução de determinadas terapêuticas deve coadunar os limites legais, ou seja, manter-se em alinhamento às permissões normativas. O médico, em prol de executar determinada vontade do enfermo, por exemplo, não pode, à luz da legislação, praticar eutanásia.

A Resolução determina, ainda, que “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”, de modo que “caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2020).

Sobre a possibilidade de que outra pessoa possa tomar a decisão em nome do sujeito, há ainda pressuposições normativas importantes:

§ 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 (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2020).

O intento das Diretivas Antecipadas de Vontade é garantir a vontade do sujeito em condição de doença. A proposta essencial do instrumento não é repassar a decisão a terceiro, ainda que este seja, por exemplo, um membro da família. O instrumento é, como em grande parte do mundo, mecanismo que reconhece o direito de exercício da autonomia das pessoas em situações existenciais.

As Diretivas surgiram e são aplicadas em contextos de decisões referentes ao tratamento relacionado a determinado quadro clínico, muitas vezes, em casos de doenças terminais, em pessoas que podem evoluir ou já evoluíram para coma ou estado vegetativo persistente.

É certo que não há, na Resolução, qualquer menção à possibilidade de que o instrumento possa ser usado pelo sujeito para manifestação da sua vontade quanto à possibilidade de doar

órgãos, no entanto, é necessário refletir sobre essa questão. É evidente que as Diretivas não podem contemplar todas as hipóteses que envolvem uma situação onde seja viável uma doação de órgãos. As Diretivas são orientações incidentes em contextos de doença instaurada. No Brasil, não é um documento usualmente construído pelas pessoas. Assim, fatalmente, não poderia ser considerado um mecanismo único de manifestação de vontade para fins de doação de órgãos, mas um dos mecanismos.

As Diretivas, dentre outras formas de manifestação de vontade, inclusive, informais, deve ser, também, encarada como mais um mecanismo válido para fins de aferição do entendimento do sujeito quanto à doação de órgãos, já que é documento cujo conteúdo se refere a decisões que revelam personalidade, intimidade e projeto de vida.

5 Considerações finais

A regulamentação específica, oriunda da Lei 9.434/1997 e do Decreto 9.175/2017, sobre doação de órgãos no país, não coaduna os princípios constitucionais e a dignidade da pessoa humana, além de ser dissonante com o conteúdo previsto pelo Código Civil. Na sistemática civilista, a decisão sobre doação de órgãos é, antes de qualquer outra digressão, ato relacionado ao próprio sujeito, tendo em vista ser uma das expressões de sua personalidade e revelar dimensão pessoal que não pode injustificadamente ser delegada a outra pessoa.

Como premissa, deve-se ter em conta que a forma com que a legislação de 1997 e o Decreto, que a regulamentou dez anos depois, estipularam a lógica da autorização para a doação *post mortem* não respeita as disposições de última vontade do potencial doador, ferindo, com essência, a sua condição de dignidade, ainda que fulcrada no respeito à sua memória. A preservação da vontade do doador em vida corrobora os valores constitucionais adotados pela ideia de dignidade da pessoa humana como fundamento da República e pelo sistema de direitos fundamentais.

A bioética principialista tratou de contemplar os modelos de autonomia esmiuçando as diferentes situações em que o sujeito doente ou enfermo, familiares e terceiros podem estar inseridos. No molde principialista, é evidente o protagonismo do paciente e a coadjuvância da família, considerando o compromisso ético da preservação da autonomia pessoal como uma forma de respeito aos projetos existenciais de cada indivíduo. A autonomia pura, como aferição da manifestação genuína da pessoa, deve ser o modelo de prevalência. Ao Direito, compete repensar a sistemática da doação de órgãos regida pela lei especial por não ter adotado como paradigma a autonomia pessoal.

A lei especial brasileira promoveu a submissão imediata da decisão à família, independentemente da necessidade de aferição da vontade do sujeito quanto ao próprio corpo, causando estranheza maior quando o Decreto foi editado. A mudança na legislação deve ocorrer, tendo em vista a necessidade de recolocar a decisão pessoal no centro da situação e excepcionar a participação da família nos casos em que o sujeito não manifestou sua vontade em vida. É possível perceber que a investigação delineada nesta pesquisa aponta para a ausência de motivações legítimas e, mesmo legais, capazes de justificar o descarte da vontade do sujeito manifestada com clareza quanto à sua intenção de doação.

No Brasil, é necessário, ainda, sedimentar mecanismos que propiciem a manifestação de vontade do doador. Instrumentos, como as Diretivas Antecipadas de Vontade, são uma das formas possíveis de contemplação da vontade altruísta. Cabe, dentro de um novo processo legislativo, digressão sobre outros mecanismos válidos, o que pode incluir, também, a validade de manifestações informais. Urge o alinhamento da disciplina específica com todo o sistema jurídico, incluindo a Constituição e o Código Civil, em prol do respeito ao projeto pessoal que envolve dimensões de existência e crença que não devem ser vilipendiadas.

Referências

- ALVES, Crispim. **Brasil estuda técnica de doação espanhola**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff100239.htm>. Acesso em: 15 mar. 2020.
- BEAUCHAMP, Tom; CHILDRESS, James. **Princípios de ética biomédica**. 4.ed. São Paulo: Ed. Edições Loyola, 2002.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL. **Constituição federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 02 jun. 2020a.
- BRASIL. **Decreto 9175, 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9175.htm. Acesso em: 09 mar. 2020b.
- BRASIL. **Lei 10211, 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". Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10211.htm. Acesso em: 09 mar. 2020d.



ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles; NASCIMENTO, Matheus Alexandrino. Disciplina jurídica da doação de órgãos *post mortem*: uma análise bioético-jurídica da condição de submissão à autorização pela família ratificada pelo Decreto 9.175/2017

BRASIL. **Lei 10406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 02 maio 2020e.

BRASIL. **Lei 9434, de 4 de fevereiro de 1997.** Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm. Acesso em: 09 mar. 2020c.

BRASIL. **Medida Provisória 2083-32, 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2083-32.htm. Acesso em: 12 mar. 2020f.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Dados acerca da Negativa Familiar.** Disponível em: <http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2018/junho/08/regiao-brasil/BR.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2020.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Informações sobre a doação de órgão.** Disponível em: <http://portalms.saude.gov.br/saude-de-a-z/doacao-de-orgaos>. Acesso em: 26 mar. 2020.
BRASIL. **Projeto de lei do senado nº 149, de 2018.** Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade sobre tratamentos de saúde. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7653063&ts=1553282043895&disposition=inline>. Acesso em: 26 mar. 2020g

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, **Resolução nº 1.995/2012.** Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>. Acesso em: 11 mar. 2020.

DINIZ, Debora; GUILHEM, Dirce. **O que é bioética.** São Paulo: Brasiliense, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. **Para fundamentar a bioética: teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea.** Tradução de Orlando Soares Moreira. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

HERCULES, Hygino de Carvalho. **Medicina legal.** 2.ed. São Paulo: Atheneu, 2011.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos.** São Paulo: Martin Claret, 2002.

MALUF, Adriana. **Curso de bioética e biodireito.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARINHO, Alexandre. Transplantes de órgãos no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, n. 3, p. 120-122, fev., 2011. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v11i3p120-122>. Acesso em: 10 mar. 2020.

MATURANA, Marcio. **Enquete: família deve respeitar vontade de doador.** Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/jornal/edicoes/2018/10/03/jornal.pdf>. Acesso em: 10 mar.





ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles; NASCIMENTO, Matheus Alexandrino. Disciplina jurídica da doação de órgãos *post mortem*: uma análise bioético-jurídica da condição de submissão à autorização pela família ratificada pelo Decreto 9.175/2017

2020.

MEIRELLES, Ana Thereza. **Neoeugenia e reprodução humana artificial**: limites éticos e jurídicos. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

MEIRELLES, Ana Thereza; AGUIAR, Mônica. Autonomia e alteridade como fundamentos da construção do sentido de dignidade existencial diante do direito à vida. **Revista de Direito Animal**. Salvador, v.13, n. 1, p. 123-147, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://rigs.ufba.br/index.php/RBDA/article/download/26220/15867>. Acesso em: 17 maio 2020.

MEIRELLES, Ana Thereza; AGUIAR, Mônica. Prática médica e diretivas antecipadas de vontade: Uma análise ético-jurídica da conformação harmônica entre os pressupostos autonomia e alteridade. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 17, n. 3, p.715-739, set./dez. 2017. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/5686>. Acesso em: 17 maio 2020.

MIES, S. Transplante de fígado. **Revista da Associação Médica Brasileira**, São Paulo, n. 2., p.127-134, abr./jun. 1998. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42301998000200011. Acesso em: 26 mar. 2020.

PESSINE, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian. **Problemas atuais de bioética**. 7. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Altas, 2011.

SILVEIRA, Paulo Vítor. Aspectos éticos da legislação de transplante e doação de órgãos no Brasil. **Revista Bioética**. n. 1, p. 61-75, jan./mar. 2009. Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/80. Acesso em: 21 dez. 2020.

STANCIOLI, Brunello Souza. **A relação jurídica médico-paciente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, corpo e autonomia privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

