

TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E A VONTADE DO DOADOR

Taís Bianca Bressler¹

Liana Maria Feix Suski²

Sumário: 1 INTRODUÇÃO. 2 PROTEÇÃO DA PESSOA HUMANA. 3 INTEGRIDADE FÍSICA E OS DIREITOS SOBRE O CORPO. 4 CRITÉRIOS DETERMINATIVOS E FORMALIDADE NA CERTIFICAÇÃO DA MORTE. 5 DOAÇÃO E TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS *POST MORTEM*. 6 DIVERGÊNCIA ENTRE A LEI DE TRANSPLANTES E O CÓDIGO CIVIL. 7 CONSENTIMENTO NO TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS *POST MORTEM* E O RESPEITO À AUTONOMIA. 8 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

Resumo: Após diversas polêmicas e a quebra de alguns tabus impostos na sociedade a respeito do transplante de órgãos, conseguiu-se nos últimos anos uma maior conscientização das pessoas a respeito desse assunto e, como resultado, o Brasil tornou-se um dos países referência nesse tema. Atualmente, existe previsão legal no Código Civil, que em seu art. 14 menciona que é livre a disposição do próprio corpo, no todo ou em parte para depois da morte. Porém, apesar de existir a possibilidade do indivíduo manifestar durante a vida sua vontade em doar seus órgãos, a legislação brasileira após a modificação da Lei 9.433/97 (Lei de Transplantes), acabou com a doação presumida e passou a exigir a autorização dos familiares para que ocorra o transplante de órgãos. Neste sentido, estabelece a Lei de Transplantes que o consentimento informado é decorrente do direito fundamental de cada cidadão decidir a respeito de seu corpo e sua saúde, entretanto, caberá à família do de cujus reconhecer qual era a vontade do mesmo, bem como autorizar ou não a doação. Assim, o presente artigo busca esclarecer a temática, fazendo breves considerações sobre a proteção da pessoa humana e sua integridade física e direitos sobre o corpo para, em seguida, apontar critérios determinativos da morte, abordando a doação e o transplantes de órgãos *post mortem*. Utilizou-se como método de abordagem o dedutivo, métodos de procedimento o histórico e o analítico, e técnica de pesquisa a documental indireta.

Palavras-chave: Doação de Órgãos. Proteção da Pessoa Humana. Transplante *Post Mortem*.

1 INTRODUÇÃO

Com o passar dos anos a ciência da saúde evoluiu de forma grandiosa, com isso surgiu uma facilidade em tratar e curar várias doenças que no passado foram consideradas fatais. Porém, apesar de todos os avanços, hoje quando uma doença atinge um órgão humano vital e como consequência este deixa de exercer suas funções, a única solução para que se consiga a cura do paciente é o transplante de órgãos.

¹ Acadêmica do oitavo semestre do curso de direito da FAI Faculdades de Itapiranga, SC. E-mail: taais.bianca@hotmail.com

² Mestre (2012) e Bacharela (2009) em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), campus de Santo Ângelo, RS. Professora e coordenadora do NUPEDIR – Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito da FAI Faculdades de Itapiranga, SC. Advogada. Pesquisadora. Membro do Grupo de Pesquisa registrado no CNPq Tutela dos Direitos e sua Efetividade. Organizadora de obras jurídicas e autora de capítulos de livros e artigos científicos publicados em periódicos nacionais e estrangeiros. Parecerista Ad Hoc de periódicos jurídicos.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

Na realidade brasileira, a remoção de órgãos para fins de transplantes sempre foi motivo de debates polêmicos. Por se tratar de um assunto delicado que envolve uma série de valores morais e éticos para nossa sociedade, ainda tem uma série de questões a serem esclarecidas sobre este tema.

Neste sentido, faz-se necessária uma análise mais profunda a respeito deste assunto, uma vez que sua complexidade torna-se mais delicada quando se envolvem preceitos culturais e religiosos no comportamento das pessoas, bem como quando entram nestas discussões os direitos fundamentais do ser humano.

Portanto, diante de todo esse contexto em discussão, o presente trabalho visa apontar soluções e apresentar maneiras capazes de efetivar o desejo de alguém em doar seus órgãos, quando este manifestou essa vontade durante sua vida, fazendo com que seus familiares respeitem sua última vontade e não proibam que isso ocorra.

2 PROTEÇÃO DA PESSOA HUMANA

Após diversos avanços tecnológicos e científicos da época contemporânea, possibilitou-se a descoberta, cura e o tratamento de diversas doenças. Conseguiu-se também uma série de melhorias nas técnicas cirúrgicas e um progresso na imunologia do paciente

Assim, graças a todas essas evoluções, existe a possibilidade de manter a vida ou um organismo vivo, além de um tempo previamente imaginado. Nos dias atuais quando uma doença atinge um órgão vital do ser humano e este como consequência deixa de exercer suas funções, existe a possibilidade de se realizarem transplantes de órgãos e também de tecidos. No entanto, apesar de todas essas melhorias, diversos impasses foram criados.

O presente tema, já foi inúmeras vezes alvo de debates polêmicos, isso por que o transplante de órgãos, antes de qualquer outra área da medicina, envolve vários valores fundamentais da sociedade humana.

Neste sentido, o direito como ciência, busca encontrar um meio capaz de unir os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, inviolabilidade, igualdade, informação, proteção à saúde, consentimento do sujeito, entre outros, como uma resposta aos possíveis conflitos existentes sobre este tema.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

De tal modo, conforme menciona a Revista Instituto dos Advogados de São Paulo:

O ato de transplante constitui um momento paradoxal, em que, para afastar a dor e o sofrimento, a vida busca socorrer-se da morte. Este notável avanço da ciência médica precisou de segurança da lei, sobretudo sob a ótica ético-jurídica. A medicina e o direito, por feliz simbiose, se interligam e se completam, porque lidam com os relevantes fatores da vida e da personalidade humanas. Benditos haverão de ser os que ajudam a suavizar a dor do próximo.³

O ser humano, titular de seus direitos, é entendido como alguém que se constitui de corpo e alma. A proteção dos direitos físicos de cada cidadão, como o da personalidade, por exemplo, é de extrema importância, tanto que desde a concepção garante-se a integridade física do nascituro.

Para Maria Helena Diniz, a ideia de “personalidade é o conceito básico da ordem jurídica, que a estende a todos os homens, consagrando-a na legislação civil e nos direitos constitucionais de vida, liberdade e igualdade”⁴. Assim, trata-se de uma cláusula pétrea constitucional, não se admitindo sua extinção por não uso e sequer é possível estabelecer prazos para sua aquisição ou defesa.

Salienta-se que o desenvolvimento do princípio da dignidade da pessoa humana, ocorre graças aos direitos fundamentais subsequentes, conhecidos como o direito de liberdade e igualdade, onde estes se desenvolvem para proteger a vida individual.⁵ Esses direitos, interpretados como autodeterminações projetam-se sobre a escolha que se encontra em causa do sentido da vida e morte, nestas que se manifestam os direitos sobre o corpo.

Conforme Adriana Caldas Maluf:

Representa na visão moderna o direito ao corpo humano, um direito da personalidade, onde a preservação de sua higidez encontra-se diretamente ligada ao direito à vida, à saúde, à morte, à integridade psicofísica,

³ FARAH, Elias. Transplante de Órgãos e Tecidos Humanos. **Revista Instituto dos Advogados de São Paulo: RIASP**. São Paulo, nº. 27. Janeiro-Junho, 2011. p. 95

⁴ Diniz (2008) apud MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 114.

⁵ BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá. **A Questão Jurídica do Consentimento no Transplante de Órgãos**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 18-19.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

considerando o complexo corpóreo sem os quais a pessoa não pode se desenvolver.⁶

Pertence, portanto, à esfera dos direitos privados de personalidade os direitos ao corpo vivo (em sua dimensão geral), bem como ao corpo morto⁷, este que se torna submisso ao ordenamento jurídico. Porém, a preservação de sua dignidade dar-se-á pelo direito ao funeral, a paz em sua sepultura⁸ ou quando o indivíduo for entregue aos institutos científicos para estudo.

3 INTEGRIDADE FÍSICA E OS DIREITOS SOBRE O CORPO

Para definir o que é o corpo humano, ensina Daisy Gogliano que existem duas posições. A primeira refere-se ao reconhecimento do corpo como um direito de propriedade, absoluto, personalíssimo, não pecuniário, inalienável e, a pessoa detentora deste, poderia dispor do mesmo da melhor forma que entendesse, sendo vedada a venda. A segunda posição seria referente ao ser humano como uma entidade essencialmente biológica, econômica ou sociológica, criada com algumas utilidades superiores e visando o proveito coletivo. Desta posição, tira-se a ideia que transplante é um bem, um dever moral de ajudar ao próximo, um ato de benemerência.⁹

No mesmo sentido, a autora Adriana Caldas Maluf, menciona em uma de suas obras que:

A ordem jurídica, para garantir o direito sobre o corpo, restringe consideravelmente os efeitos da vontade da pessoa sobre ele. As normas jurídicas atinentes à matéria não asseguram a ampla liberdade para o homem ou para a mulher decidir sobre o que fazer com o seu próprio corpo, ao contrário, restringem-na enormemente. As disposições normativas

⁶ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 333-334.

⁷ À luz do disposto nos arts. 13 e 14 do Código Civil: “As partes separadas do corpo accidental ou voluntariamente são consideradas res, passando assim para a propriedade do seu titular, ou seja, da pessoa da qual elas foram destacadas, e que por sua vez delas poderá dispor, gratuitamente, desde que não lhes cause dano à sua integridade física, não lhe acarrete perda de um sentido ou órgão, tornando-o inapto para sua função natural”.

⁸ Gogliano (2013) apud MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 121.

⁹ Gogliano (2013) apud MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 2.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

aplicáveis à matéria estabelecem proibições genéricas e abrem umas poucas exceções permitindo certos atos de disposição sobre o corpo. A começar pela proibição no plano constitucional, de qualquer tipo de comercialização de órgãos, tecidos e substâncias humanas. Na realidade, para assegurar que as pessoas vão usufruir de seus corpos, proíbe-se a venda de órgãos e partes destes. Toda disposição de órgãos ou tecidos deve ser gratuita.¹⁰

Maria Helena Diniz também entende que o corpo é disponível dentro de determinados limites, desde que ocorra de forma gratuita para salvaguardar interesses de outrem, atendendo um estado de necessidade, visando à proteção da saúde e conservação da vida, ou para fins terapêuticos e científicos.¹¹

4 CRITÉRIOS DETERMINATIVOS E FORMALIDADE NA CERTIFICAÇÃO DA MORTE

A morte termina com a existência da pessoa natural e, conforme o art. 6º do Código Civil Brasileiro¹² põe termo à personalidade civil, onde se extingue a pessoa natural. Porém, embora a personalidade da pessoa seja extinta, ainda existem bens de personalidade (físicos e morais) que continuarão influenciando nas relações sociais, devendo estas ser protegidas pelo direito.¹³

Deste modo, para que se possa utilizar algum corpo em benefícios da saúde de outrem, deverá ser a morte juridicamente comprovada e científica, caso não estejam presentes estes requisitos, corre risco do médico cirurgião praticar homicídio.

A Lei de Transplantes em seu art. 3º¹⁴ menciona que somente será possível a retirada dos órgãos de alguém, quando comprovar-se que houve morte encefálica, devendo esta ser confirmada por dois médicos (devendo um destes ser especialista em neurologia reconhecido no país) conforme os critérios clínicos e tecnológicos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina.

¹⁰ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 335-336.

¹¹ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 397.

¹² Art. 6º: A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.

¹³ BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá. **A Questão Jurídica do Consentimento no Transplante de Órgãos**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 87.

¹⁴ 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.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

Ademais, permite-se a presença de um médico que seja da confiança da família do *de cuius* ou de um doutor indicado pela direção local do SUS, para o ato de comprovação da morte encefálica. Porém, proíbe-se que participe deste processo de verificação da morte encefálica, os médicos que façam parte das equipes especializadas em retirada, transplante ou enxerto de tecidos, órgãos e partes.¹⁵

Com o aumento do número dos doadores, aumentou-se também a preocupação da equipe médica, tendo em vista que em determinadas circunstâncias, o transplante se torna a única forma terapêutica para o paciente e, grande parte dos pacientes chega a óbito por estarem na espera do transplante.

Deste modo, menciona Ana Cláudia Pirajá que:

Uma razão da escassez de órgãos é o alto índice de negativa familiar para a doação. A certeza de que todos os critérios para a realização da morte encefálica e formalidades para a doação estão sendo observados pelos integrantes das equipes de transplantes, pode, entretanto, assegurar ao doador e à sua família que a morte não está sendo acelerada. Através ainda da conscientização da sociedade da importância e grandeza do ato de doação, garantir-se-á àqueles que esperam por um órgão a certeza de que conseguirão um órgão antes que seja tarde.¹⁶

Realizar o processo de procura de órgãos para transplantes é algo bastante complexo. Identifica-se inicialmente o potencial do doador e posteriormente constata-se a morte encefálica. Se confirmado este diagnóstico, deverá a equipe médica entrar em contato com a família do *de cuius*, bem como avisar a Central de Notificações, Captação e Distribuição de Órgãos da Região, esta que irá consultar uma lista e encontrará o receptor¹⁷. Posteriormente, deverá solicitar-se o consentimento da família para a doação e, caso seja permitido esse processo, inicia-se imediatamente a avaliação e condições clínicas do doador, bem como dos órgãos que serão removidos.

¹⁵ CROCE, Delton. **Manual de Medicina Legal**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 481.

¹⁶ BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá. **A Questão Jurídica do Consentimento no Transplante de Órgãos**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 104.

¹⁷ “Não há um único caminho para a doação de órgãos, mas todos envolvem sensibilidade e empatia, assim como honestidade para o ato. A família não se deve sentir pressionada a doar. CUTLER, num estudo recente, analisou os fatores que influenciam na decisão dos familiares em doar. Sugeriu que o processo de consentimento mais adequado seria: 1- notificação da morte à família pelo médico assistente; 2- suporte a família para aceitar a morte antes da solicitação; 3- solicitação de doação por coordenador de transplante”. (CUTLER apud BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá. **A Questão Jurídica do Consentimento no Transplante de Órgãos**. Curitiba: Juruá, 2001. p.105).

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

Ademais, conforme estabelece a Lei, após ser constatada a morte encefálica, poderá a equipe médica encerrar as tentativas de reanimação do paciente e passar para o procedimento de colheita dos órgãos, com a finalidade de transplante. Salienta-se, que isso deverá ser feito em conformidade com a legislação, além de serem necessárias todas as precauções para que se garanta a integridade do órgão a ser transplantado.¹⁸

Por fim, embora não mencione na Lei, é dever dos médicos realizar todos esses procedimentos o mais rápido possível, visando a devolução do cadáver devidamente recomposto aos familiares¹⁹, para que não se ofenda aos mesmos, bem como, para que se prestem as últimas homenagens ao *de cuius*.

5 DOAÇÃO E TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS *POST MORTEM*

É possível definir os transplantes como uma técnica cirúrgica, onde se introduz no corpo do paciente um órgão ou um tecido que pertence a outro ser humano²⁰ e, ocorre com a finalidade de substituir um determinado órgão que perdeu suas funções. Logo, realizar um transplante é um meio capaz de se prolongar uma vida com melhor qualidade.

Doar os órgãos do corpo após a morte visando a salvação ou diminuição dos males enfrentados pelos necessitados é um gesto nobre. Porém, apesar de hoje a doação não ser mais algo estranho às pessoas, nem sempre é possível se disseminar esta prática. O Brasil, apesar de todas as barreiras a serem ultrapassadas

¹⁸ “É dever dos médicos assegurar uma correta conservação do doador de órgãos; primeiro, para evitar a perda de potenciais doadores, dos quais pode depender a vida de outros pacientes, que esperem por um órgão e, segundo, para que os órgãos se encontrem em melhor estado possível para que sejam transferidos aos receptores” (BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá. **A Questão Jurídica do Consentimento no Transplante de Órgãos**. Curitiba: Juruá, 2001. p 105).

¹⁹ Art. 21. Efetuada a retirada, o cadáver será condignamente recomposto, de modo a recuperar, tanto quanto possível, sua aparência anterior, com cobertura das regiões com ausência de pele e enchimento, com material adequado, das cavidades resultantes da ablação. (BRASIL. Decreto Lei nº 2.268, de 30 de junho de 1997. Brasília, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/d2268.htm>. Acesso em: 2 set. 2016.)

²⁰ BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá. **A Questão Jurídica do Consentimento no Transplante de Órgãos**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 28.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

sobre esse assunto, é um dos países campeões em transplantes, porém, ainda são necessários muitos doadores.²¹

Responsável pela restauração da saúde de inúmeras pessoas e por salvar muitas vidas, o transplante de órgãos envolve princípios de liberdade, caridade, solidariedade, dignidade da pessoa humana e outros.

Por ser um ato complexo, esse procedimento inicia com a ablação ou extirpação de um órgão do corpo humano e termina com a implantação deste mesmo órgão em outro cidadão com finalidade terapêutica²². Percebe-se que os transplantes além de serem excepcionais, significam também o fim, ou seja, significa que só recorre-se a essa técnica quando todas as outras formas terapêuticas estiverem esgotadas.

6 DIVERGÊNCIA ENTRE A LEI DE TRANSPLANTES E O CÓDIGO CIVIL

Ao analisar a Disposição Geral da Lei de Transplantes, nota-se que a mesma faz menção a tecidos, órgãos, transplante e enxerto²³, os quais podem ser entendidos do seguinte modo: Os tecidos abrangem todos os grupos de células semelhantes que se unem para determinadas funções. Órgão, por sua vez, significa uma combinação de tecidos. Já o transplante significa a retirada de um órgão ou algum material anatômico de um corpo vivo ou morto e utiliza-lo com finalidades terapêuticas em algum indivíduo. Por fim, entende-se que enxerto significa uma coisa inserida em outra a ponto de tornar-se parte integrante desta última.²⁴

Neste sentido, são inúmeros os termos utilizados no que se refere a classificação dos transplantes, porém, a lei não contempla a todas essas categorias, sendo, portanto, normatizados pela legislação nacional os seguintes: autotransplante,

²¹ NALINI, José Renato. **Reflexões jurídico-filosóficas sobre a morte: pronto para partir?** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 186.

²² BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá. **A Questão Jurídica do Consentimento no Transplante de Órgãos.** Curitiba: Juruá, 2001. p. 29.

²³ Art. 1º: A disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou post mortem, para fins de transplante e tratamento, é permitida na forma desta Lei. Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, não estão compreendidos entre os tecidos a que se refere este artigo o sangue, o esperma e o óvulo. (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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm>. Acesso em: 2 set. 2016).

²⁴ DORÓ, Tereza N. R. **Você Sabia o que é Doador de Órgãos?** São Paulo: Copola Editora, 1998. p. 14-15.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

transplante isógeno ou isotransplante, alotransplante ou homotransplante e xenotransplante ou heterotransplante.

Referindo-se a legislação acerca da matéria de transplante, é necessário destacar o conflito existente nas normas legais que abordam esse tema.²⁵ No atual Código Civil Brasileiro menciona-se que é livre a disposição do próprio corpo no todo ou em parte para depois da morte, visando à finalidade científica, altruística ou de transplantes²⁶.

Por outro lado, a Lei nº 9.434/97 em seus artigos faz referência à necessidade de autorização de pessoas da família do *de cuius*, para que seja possível a retirada de órgãos, tecidos e partes do corpo do indivíduo para realização de transplantes.

Deste modo, visando solucionar esse conflito existente, sustenta-se que:

[...] o Código Civil regula os atos declaratórios de vontade, registrados em vida, que devem ser respeitados prioritariamente, aplicando-se a Lei de Transplantes apenas em casos da inexistência dos referidos atos, decidindo, neste caso, a família do falecido. Os dispositivos seriam, assim, compatíveis, podendo conviver no sistema jurídico vigente sem necessidade revogatória.²⁷

Percebe-se, portanto, que a Lei Civil incentiva à doação de órgãos, não podendo esta ter algum tipo de interesse pecuniário, por contraditar bens e costumes o que a tornaria nula. Trata-se, assim, de um direito potestativo a faculdade de cada cidadão decidir ou não em doar seus órgãos.

Destarte, segundo a autora Adriana Maluf:

Será idônea qualquer manifestação de vontade escrita do doador respeito de disposição de seus órgãos e tecidos após a morte, devendo seus parentes ou cônjuge autorizá-la quando da omissão da pessoa falecida. Tratando-se de disposição não patrimonial, a doação de órgãos após a morte poderá ser inserida pelo doador em testamento, como traz Silvio Venosa. Maria Helena Diniz traz que é nítida a consagração do princípio do consenso afirmativo, pelo qual cada um deve manifestar sua vontade de doar seus órgãos e

²⁵ LOUREIRO, Zuleica Regina de Araújo. **Doador de Órgãos Post Mortem: Uma Vontade Sobrestada** pelo Art. 4º da Lei 9.434/97. p. 46. Disponível em: <http://www.fesmpdf.org.br/arquivos/mono_zuleica.pdf>. Acesso em: 2 set. 2016.

²⁶ Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte. (BRASIL. **Código Civil**. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2016).

²⁷ LOUREIRO, Zuleica Regina de Araújo. **Doador de Órgãos Post Mortem: Uma Vontade Sobrestada** pelo Art. 4º da Lei 9.434/97. p. 46. Disponível em: <http://www.fesmpdf.org.br/arquivos/mono_zuleica.pdf>. Acesso em: 2 set. 2016.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

tecidos para depois da morte com objetivo científico, podendo a qualquer momento revogar essa disposição²⁸.

Portanto, apesar do doador manifestar em vida a intenção de doar seus órgãos, várias famílias impedem que essa vontade se efetive. Isso explica o motivo de que no Brasil estabelecer em Lei que todos seriam doadores não funcionou. Atualmente exige-se que a família concorde com a vontade do falecido, para que esta se realize.

7 CONSENTIMENTO NO TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS *POST MORTEM* E O RESPEITO À AUTONOMIA

A remoção dos órgãos e tecidos *post mortem* realizar-se-ão desde que permitida expressamente por ambos os pais ou por seus responsáveis legais, quando se tratar de pessoa juridicamente incapaz²⁹. Fica, porém, proibida remoção de órgãos e tecidos *post mortem* de pessoas não identificadas³⁰.

Neste sentido, entende-se por consentimento um acordo ou manifestação de vontade, séria e definitiva, por meio do qual, pessoas concordam com os desejos e vontades de outrem³¹ e, assim firmam uma espécie de contrato entre si.

Por outro lado, é imperioso mencionar que o transplante somente será realizado com o consentimento expresso do receptor, este que estará inscrito em lista única de espera.³² Deverá o médico informar ao paciente sobre o tratamento,

²⁸ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 356.

²⁹ Art. 5º: 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. (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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm>. Acesso em: 2 set. 2016.)

³⁰ Art. 6º: É vedada a remoção *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoas não identificadas. (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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm>. Acesso em: 2 set. 2016.)

³¹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 359.

³² MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 359-360.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

vantagens, desvantagens, riscos e os meios de fazê-lo.³³ Deste modo, só ocorrerá o transplante após o consentimento do paciente e depois deste avaliar os riscos do tratamento.

As informações repassadas deverão ser amplas conforme a gravidade do caso exija, na forma “mais acessível à cultura e ao estado psíquico-físico do paciente ajustada, em todo o momento à verdade, ainda que por razões humanitárias se suavize a situação sem falseá-la ou desvirtuá-la”³⁴.

Entretanto, ocorrem situações em que o paciente não possui plenas condições de manifestar sua vontade e é urgente a intervenção médica. Nestes casos “é lícito ao médico adotar a conduta mais adequada mesmo sem o consentimento do paciente ou de seus familiares, como no caso do estado de necessidade em face de iminente perigo de vida do paciente”³⁵, caso não se execute determinado procedimento.

Percebe-se, deste modo, que:

A informação do médico ao paciente cumpre três finalidades: a terapêutica, a humanitária e a legal. A finalidade terapêutica, uma vez explicado o problema pelo médico que tem o conhecimento da doença pode influir favoravelmente sobre a vontade do doente curar-se. A finalidade humanitária implica o fato de o enfermo conhecer a sua situação para melhor adaptá-la às suas circunstâncias, salvo se este se opuser expressamente ao direito de conhecer o seu estado. Por fim, a informação legal, implica dar ao paciente pleno conhecimento a respeito daquilo sobre o que vai consentir.³⁶

Vigora, portanto, em nosso país, a necessidade do consentimento, seja ele de forma expressa, realizado pelo falecido para que ocorra a remoção de órgãos, tecidos e partes do cadáver. Não existindo manifestação do *de cuius*, será necessário o consentimento dos familiares e, neste sentido, a Lei de Transplante e demais normas

³³ BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá. **A Questão Jurídica do Consentimento no Transplante de Órgãos**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 129.

³⁴ BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá. **A Questão Jurídica do Consentimento no Transplante de Órgãos**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 121-122.

³⁵ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 360.

³⁶ BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá. **A Questão Jurídica do Consentimento no Transplante de Órgãos**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 29

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

subsidiárias, não estabelecem uma ordem de preferência a ser observada, do parentesco para a consulta.³⁷

Porém, partindo-se do bom senso e da hierarquia de interesses pessoais recomenda-se que caso o falecido fosse casado, que se consulte primeiramente o cônjuge. Na ausência deste, serão consultados os parentes maiores de idade, respeitando a linha sucessória, reta ou colateral até o segundo grau. Tratando-se de ausente ou incapaz, pede-se aos pais do falecido. Não existindo parentes, inexistente o consentimento. Assim, deverá existir um documento subscrito por duas testemunhas presentes na verificação da morte.³⁸

Ademais, tratando-se do consentimento, prevalece o princípio da liberdade, ou seja, o importante é que ele exista, seja livre, consciente e dado por aquele que é titular do bem jurídico.³⁹ Existe o consentimento verbal, tácito e expresso, quando não prever a lei outra forma determinada, porém, na legislação brasileira, prevalece à ideia de que o consentimento deverá ser informado e preferencialmente por escrito. Isso porque este decorre do direito fundamental irrenunciável de cada cidadão em se autodeterminar sobre seu corpo e saúde.⁴⁰

8 CONCLUSÃO

Após as leituras, pesquisas e um maior domínio no assunto, percebe-se, que o destino do cadáver deixou de ser somente a sepultura. Os órgãos humanos, tecidos e partes do corpo são capazes de proporcionar uma vida com mais qualidade àqueles que necessitam e, muitas vezes são a cura dos que aguardam na fila única de transplantes.

Considerado como uma dádiva, os transplantes resumem-se em um ato de caridade e solidariedade, realizado por pessoas que doam um bem valioso a alguém que poderá continuar a viver.

³⁷ FARAH, Elias. Transplante de Órgãos e Tecidos Humanos. **Revista Instituto dos Advogados de São Paulo: RIASP**. São Paulo, nº. 27, p. 95. Janeiro-Junho, 2011. p. 67

³⁸ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 344.

³⁹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 359.

⁴⁰ CORRÊA, Elídia, Aparecida de Andrade (coord.). **Biodireito e Dignidade da Pessoa Humana**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 161.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

Por ser um tema tanto quanto recente, os transplantes de órgãos já foram responsáveis por diversos debates e discussões. Porém, nos últimos anos se conseguiu uma maior conscientização das pessoas, mostrando a grande importância da realização deste ato e, como consequência, o Brasil é um dos países campeões em transplantes.

Após a modificação da Lei nº 9.434/97 (Lei de Transplantes), eliminou-se a ideia de que todo indivíduo seria doador de órgãos, salvo manifestação em contrário. De tal modo, hoje a mesma lei menciona que dependerá da autorização das pessoas da família a retirada dos órgãos e tecidos para fins de transplantes do *de cuius*.

A Lei Civil por sua vez estabelece que seja livre a disposição do próprio corpo para fins científicos ou de transplantes, respeitando obviamente as disposições legais. Porém, embora o sujeito manifeste durante a vida seu desejo em tornar-se um doador, poderá a família impedir que este ato se consuma.

Nota-se, portanto, uma divergência legal onde por consequência fere-se o princípio da personalidade daquele que em vida manifestou sua vontade em ser doador. Ademais se faz necessário um reajuste na legislação sobre transplantes, incluindo na mesma a obrigatoriedade de respeitar a vontade do *de cuius*, bem como seus direitos fundamentais. A vontade de doação deverá partir do próprio doador e caso aconteça um desrespeito a essa vontade, configura-se lesão aos direitos individuais.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Denise Almeida et al. **Direitos Humanos in legis: Bioética – Uma Revisão Normativa Acerca da Tutela da Pessoa Humana na Área da Saúde.** Fortaleza: Faculdade Christus, 2010.

BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá. **A Questão Jurídica do Consentimento no Transplante de Órgãos.** Curitiba: Juruá, 2001.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **Direito, Sexualidade e Reprodução Humana: Conquistas Médicas e o Debate Bioético.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARDOSO, Alaércio. **Transplantes: Aspectos Éticos, Legais e Religiosos.** Disponível em: <<http://www.alaerciocardoso.adv.br/doutrina/141/>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

CORRÊA, Elídia Aparecida de Andrade. **Biodireito e Dignidade da Pessoa Humana**. Curitiba: Juruá, 2008.

CROCE, Delton. **Manual de Medicina Legal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CURIA, Luiz Roberto et al. **Vade Mecum Saraiva**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado do Biodireito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DORÓ, Tereza N. R. **Você Sabia o que é Doador de Órgãos?** São Paulo: Copola Livros, 1998.

FRANÇA, Genial Veloso de. **Medicina Legal**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2014.

GUERRA, Arthur Magno et al. **Biodireito e Bioética: uma introdução crítica**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

HABERMAS, Jurgen. **O Futuro da Natureza Humana: A Caminho de uma Eugenia Liberal?** 2.ed. São Paulo: Editora WMF, 2010.

HABIB, Gabriel. **Leis Penais Especiais**. Rio de Janeiro: JusPODIVM, 2015.

LOUREIRO, Zuleica Regina de Araujo. **Doador de Órgãos Post Mortem: Uma Vontade Sobrestada pelo Art. 4º da Lei 9.434/97**. Disponível em: <http://www.fesmpdf.org.br/arquivos/mono_zuleica.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2016.

MAGNO, Arthur. GUERRA, Silva. **Biodireito e Bioética: uma Introdução Crítica**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf. **Novos Desafios do Biodireito**. – São Paulo: LTr, 2012.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NALINI, José Renato. **Reflexões Jurídico-Filosóficas Sobre a Morte: Pronto para Partir?** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Revista de Direito Constitucional e Internacional. RDCI. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 91, 2015.

Revista Fundamentos da Bioética. São Paulo: Edições Loyola, v. 5, jul. 2013.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

Revista Instituto dos Advogados de São Paulo: RIASP. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 27, 2011.

SPENGLER, Fabiana Marion *et al.* **Conflito Jurisdição e Direitos Humanos:** (Des) apontamentos sobre um novo cenário social. Ijuí: Unijuí, 2008.