

**DOAÇÃO DE ÓRGÃOS *POST MORTEM* E AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DA VONTADE: UM CONFLITO ENTRE AUTODETERMINAÇÃO E A VONTADE FAMILIAR**

*DONATION OF POST-MORTEM ORGANS AND THE EARLY DIRECTIVES OF WILL: A CONFLICT BETWEEN SELF-DETERMINATION AND FAMILY WILL*

**Izabella Affonso Costa**

Mestranda no Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina - UEL. Pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade de Londrina. Advogada. Paraná (Brasil).  
E-mail: izacosta1405@hotmail.com.  
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8568430908041327>.

**Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral**

Doutora em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Professora e Pesquisadora do Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina - UEL. Paraná (Brasil).  
E-mail: anaclaudiazuin@live.com.  
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2316621807060725>.

Submissão: 17.03.2021.

Aprovação: 14.10.2021.

**RESUMO**

---

A legislação atual acerca dos transplantes de órgãos no Brasil condiciona a retirada dos órgãos após a constatação de morte encefálica do paciente à autorização familiar, nada prevendo acerca da possível existência de manifestação de vontade em vida do próprio falecido pela realização da doação, através das diretivas antecipadas de vontade. Ao abordar esse conflito, constata-se um embate entre a autodeterminação existencial e a heterodeterminação, manifesta pela vontade familiar. Através do método dedutivo, com o enfrentamento dessa divergência entre a vontade expressa do falecido pela doação de órgãos *post mortem* e a recusa da família na autorização para a realização do procedimento, esteve comprovada a necessidade de alteração legislativa que sobreponha a vontade pessoal do falecido, caso existente, com vistas sempre na valorização da pessoa humana e das escolhas existenciais que permitem o livre desenvolvimento da personalidade, com projeções, inclusive, para após a morte.

**PALAVRAS-CHAVE:** Doação de órgãos *post mortem*. Autodeterminação. Vontade familiar.

**ABSTRACT**

---

*Current legislation regarding organ transplants in Brazil conditions the removal of organs after the patient's brain death is confirmed by family authorization, providing nothing about the possible existence of a willingness in life of the deceased himself for the donation, through the directives anticipated will. In addressing this conflict, there is a clash between existential*

*self-determination and heterodetermination, manifested by family will. Upon the deductive method, with the confrontation of this divergence between the expressed will of the deceased by the donation of post-mortem organs and the family's refusal to authorize the procedure, there was a need for legislative change that overlaps the personal will of the deceased, existing case, always with a view to valuing the human person and the existential choices that allow the free development of the personality, with projections, even, for after death.*

**KEYWORDS:** *Post-mortem organ donation. Self-determination. Family will.*

---

## INTRODUÇÃO

Ao longo dos anos, o desenvolvimento científico na área da medicina apresenta notáveis avanços de toda a natureza, através de novas descobertas que propiciam verdadeiras revoluções no tratamento e cura de doenças, para melhoria da qualidade de vida dos indivíduos.

Assim também ocorreu em relação aos transplantes de órgãos, sendo notável o avanço observado tanto em relação às técnicas cirúrgicas, quanto aos procedimentos de doação, retirada e recepção dos órgãos, desde o primeiro deles realizado no Brasil, um transplante renal feito no Rio de Janeiro, em 1964.

Desse modo, o presente estudo tem como objeto a compreensão da doação de órgãos *post mortem* para fins de transplante, com especial ênfase na ligação entre a vontade do falecido e o consentimento familiar, envolvendo assim, questões jurídicas e bioéticas de relevância e cujo estágio de desenvolvimento atual sobre o tema apresenta-se ainda lacunoso.

No desenvolvimento do tema, inicialmente aborda-se uma breve introdução aos direitos da personalidade para identificação da proteção jurídica dada ao corpo humano morto e as disposições legais referentes aos transplantes de órgãos, tecidos e partes do corpo, identificando que a problemática envolvendo a questão encontra-se justamente no consentimento.

Para fundamentação da discussão acerca do consentimento, traz-se à baila as diretivas antecipadas da vontade, nos aspectos que envolvem o testamento vital e o mandato duradouro ou procuração de cuidados da saúde, procurando identificar a possibilidade desses documentos indicarem a vontade expressa do falecido pela realização da doação.

Na sequência, direcionando-se para o foco do problema, discute-se o direcionamento dado para os casos de conflito entre a vontade expressa do falecido, manifestada em vida, de forma verbal ou escrita, e a vontade familiar *post mortem*, buscando compreender qual a

solução jurídica atualmente existente para o imbróglio e se essa solução é compatível com a proteção integral da personalidade humana.

## **1 DIREITOS DA PERSONALIDADE E A INTEGRIDADE FÍSICA: DA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS PARA FINS DE TRANSPLANTE**

O estudo atinente à doação de órgãos envolve as disposições legais de natureza civil e constitucional, na medida em que relaciona os direitos da personalidade, em especial o direito à integridade psicofísica e o direito ao próprio corpo, também com o direito à vida e a própria dignidade humana.

Não se ignoram as distinções existentes entre aqueles que compreendem os direitos da personalidade com matriz eminentemente privada<sup>1</sup> e também outra parcela da doutrina que os compreende com ligação direta com a dignidade humana que se configura como verdadeira cláusula geral de tutela da personalidade, da qual emanam e na qual se fundamentam os direitos da personalidade que, em razão disso, vão muito além dos que se encontram previstos no Código Civil.<sup>2</sup>

Para fins do presente estudo, essa segunda vertente melhor fundamenta e dá concretude aos direitos da personalidade na medida em que considera o sujeito de acordo com uma noção ontológica, não subjacente à lei, tutelando o ser humano de forma mais ampla, justamente pelo fundamento da dignidade da pessoa. (ASCENSÃO, 2014, p. 3)

A valorização do ser humano enquanto pessoa e conseqüentemente a proteção ao seu corpo físico construiu-se durante a evolução histórica da humanidade. Em Roma, por exemplo, até certo período os devedores eram a própria garantia de suas dívidas, sendo que eventual falta de pagamento gerava direito ao credor sobre o próprio corpo do devedor, podendo inclusive escravizá-lo ou matá-lo, o que somente encerrou-se com o advento da *Lex Poetelia Papiria* em 326 a.C (SÁ, 2003, p. 42).

---

<sup>1</sup> Nesse sentido, aponta Otávio Luiz Rodrigues Júnior (2018, p. 683), quando afirma que o recurso imediato à dignidade humana para fundamentar os direitos da personalidade não seria necessário, uma vez que “No caso brasileiro, porém, o Direito Privado possui os elementos adequados à conformação normativa dos principais casos”.

<sup>2</sup> “Os direitos da personalidade devem ser entendidos como especificação analítica da cláusula geral de tutela da personalidade prevista no Texto Constitucional contida nos arts. 1º, III (dignidade humana como valor fundamental da República), 3º, III (igualdade substancial) e 5º, §2º (mecanismo de expansão do rol dos direitos fundamentais). Com base nessa cláusula geral, deverá o intérprete romper com a ótica tipificadora seguida pelo Código Civil, ampliando a tutela da pessoa humana para além do rol de direitos subjetivos previstos pelo legislador”. (OLIVA, TEPEDINO, 2020, p. 154)

## DOAÇÃO DE ÓRGÃOS *POST MORTEM* E AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DA VONTADE: UM CONFLITO ENTRE AUTODETERMINAÇÃO E A VONTADE FAMILIAR

Durante o período das Guerras Mundiais, em especial durante a Segunda Guerra, marcada pelas atrocidades cometidas pelos regimes autoritários, o ser humano foi objeto de tratamento degradante e de lamentáveis episódios de torturas físicas. Em razão disso, é que no pós-guerra reforçou-se ainda mais a necessidade de proteção ao ser humano, com garantias de proteção à vida e à liberdade, e conseqüentemente ao próprio corpo, conforme estabelecido na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).<sup>3</sup>

A Constituição Brasileira de 1988 incorporou o ideário de proteção aos direitos fundamentais, estabelecendo a dignidade da pessoa humana como fundamento da República (art. 1º, III, CF) e os direitos fundamentais, à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, dentre outros, no rol de direitos previstos no artigo 5º.

Essa proteção específica dada ao ser humano não era objeto da legislação civil no Código de 1916, mas foi incorporada expressamente no Código Civil de 2002, através dos artigos 11 a 21, que consubstanciam em um rol não taxativo, mas meramente exemplificativo dos chamados direitos da personalidade.

Em face da preocupação extrema com a proteção ao ser humano, a disposição do artigo 11 do Código Civil de 2002 prevê que os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo sofrer limitação voluntária. Trata-se de uma disposição extrema, que visa proteger o indivíduo contra ele próprio, em relação a certas questões que envolvem direitos essenciais, como por exemplo na comercialização ilegal de órgãos (SCHREIBER, 2013, p. 26).

Por óbvio que tal disposição acerca da impossibilidade de limitação voluntária comporta flexibilizações, como a que se observa no artigo 13/CC que trata da proteção ao corpo humano e estabelece a vedação, exceto por exigência médica, da disposição do corpo que importe em diminuição permanente da integridade física, prevendo, ainda, no parágrafo único do citado artigo, a exceção que envolve a questão da disposição de “parte” do corpo para fins de transplante.

Nesses casos, haverá disposição existencial, que não tem o mesmo valor de uma disposição patrimonial, especialmente porque o consentimento não pode presumido, mas de ser sempre “efetivo e pessoal, espontâneo e consciente” (PERLINGIERI, 2002, p. 298).

---

<sup>3</sup> Assim prevê o artigo 5 da citada Declaração: “Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”.

## DOAÇÃO DE ÓRGÃOS *POST MORTEM* E AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DA VONTADE: UM CONFLITO ENTRE AUTODETERMINAÇÃO E A VONTADE FAMILIAR

A disposição do corpo para fins de transplante de órgãos é prevista também na Constituição Federal, em seu artigo 199, §4º<sup>4</sup>, que veda qualquer tipo de comercialização, bem como regulamentada por meio de lei especial, a Lei n.º 9.434 de 05 de fevereiro de 1997, que foi posteriormente alterada em partes pela Medida Provisória n.º 2.083-32 de 2001, convertida na Lei n.º 10.211/2001, e também pelo Decreto n.º 9.175/2017 da Presidência da República. Existe, ainda, a previsão de normas médicas que orientam o processo de doação de órgãos, como a Resolução n.º 2.173/2017 do Conselho Federal de Medicina.

Dispõe o artigo primeiro da Lei dos Transplantes que é permitida a disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou *post mortem*, na forma estabelecida pela lei, a ser realizada por equipes médicas próprias, previamente autorizadas pela gestão nacional do Sistema de Saúde e cumprindo rigorosos protocolos.

No caso do corpo vivo, é permitida a disposição de órgãos duplos ou partes de órgãos, tecido ou partes do corpo que não impeçam a vida do doador, apenas de pessoas capazes, para transplante em cônjuge ou parente consanguíneo de até quarto grau, ou para qualquer pessoa desde que mediante autorização judicial.

Em casos de doação *post mortem*, ou seja, após a morte do doador, que se constitui no objeto de estudo aqui pretendido, a retirada de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano ocorrerá após a constatação da morte encefálica atestada por dois médicos que não participem da equipe de remoção e transplante.

A constatação da morte encefálica ocorre com a “cessação irreversível de todas as funções do encéfalo, incluindo o tronco encefálico, onde se situam estruturas responsáveis pela manutenção dos processos vitais autônomos, como a pressão arterial e a função respiratória” (SÁ, 2003, p. 57).

Assim, antes que se defina pela doação de órgãos, exige-se a comprovação da morte encefálica, diagnóstico que é feito com a comprovação de lesão encefálica irreversível, com impossibilidade de tratamento, sendo que a confirmação, somente vem após observação e monitoramento do paciente por no mínimo seis horas, temperatura corporal superior a 35 graus e saturação arterial de acordo com os critérios estabelecidos na Resolução n.º 2.173/2017 do CFM. (RODRIGUES JÚNIOR, 2018, p. 693)

A constatação da morte cerebral do paciente poderá ser acompanhada também por médico de confiança da família, sendo que após essa constatação é que será feita a detecção

---

<sup>4</sup> § 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização. (BRASIL, 1988)

da possibilidade e avaliação da viabilidade da existência de tecidos, órgãos e parte do corpo que sejam passíveis de doação e transplante.

Desse modo, para além da mera constatação de que a existência da pessoa natural termina com a morte (art. 6º/CC), ainda após a morte, o corpo humano agora cadavérico, também está submetido à proteção legal, com repercussão inclusive dos direitos da personalidade (SERRA; SILVA, 2017, p. 91).

Assim, também após a morte é dado um reconhecimento da personalidade do falecido, garantindo em certos casos que haja legitimidade para proteção da memória daquele que se foi (ASCENSÃO, 2020, p. 19). Mais do que a memória, muitas vezes a persecução de uma “vontade” pós morte, consubstancia-se em verdadeiro reconhecimento do desenvolvimento da personalidade, em especial quando se trata de inequívoca vontade manifestada em vida.

A disposição do parágrafo único do artigo 12 do Código Civil, inclusive, garante a legitimidade do cônjuge sobrevivente ou qualquer parente até quarto grau para requerer medidas para que se cesse a lesão ou ameaça aos direitos da personalidade, resguardando assim a projeção de proteção *post mortem*.

Também o artigo 14 do Código Civil traz a previsão da proteção do corpo após a morte, garantindo a validade da disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte, com objetivo científico ou altruístico, podendo esse ato de disposição ser revogado a qualquer tempo antes da morte.

Da análise do texto do citado artigo, conjuntamente com a disposição do artigo 4º da Lei dos Transplantes, surge a principal problemática que envolve a doação de órgãos *post mortem* e os transplantes, a questão do consentimento. Isso porque, enquanto o Código Civil concederia liberdade plena para a disposição de parte do corpo, a previsão do citado artigo da lei especial trata que a retirada dos órgãos “dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive”.

## **2 DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE E A AUTODETERMINAÇÃO**

As chamadas diretivas antecipadas de vontade são consideradas um gênero do qual, em geral, podem se extrair duas espécies que são o “testamento vital” e o “mandato duradouro” ou também denominado de “procuração para cuidados da saúde”.

A origem das diretivas é norte-americana, em um primeiro momento denominada *living will* (testamento vital) e posteriormente abrangendo as *advance directives*, como um

## DOAÇÃO DE ÓRGÃOS *POST MORTEM* E AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DA VONTADE: UM CONFLITO ENTRE AUTODETERMINAÇÃO E A VONTADE FAMILIAR

gênero de documentação médica que trata das preferências do paciente relativas à intervenção médica caso o paciente não tenha consciência (PONA, 2015, p. 36).

Consustanciam-se, assim, em um instrumento pelo qual um paciente em fim de vida manifesta sua vontade por meio de um documento, que pode ser público ou não ou mesmo por meio de uma declaração verbal que deve ser anotada em prontuário. (DADALTO; PIMENTEL; SARSUR, 2018, p. 532).

Com o movimento de expansão e conhecimento sobre esse instrumento jurídico é certo dizer que não mais se fala apenas em situações de “fim de vida”, sendo possível que qualquer indivíduo que deseje possa formalizar suas vontades, independente de sua condição de saúde atual, possa manifestar-se acerca de questões que envolvem os tratamentos médicos e demais situações que possam ocorrer em caso de doenças incuráveis ou situações de falta de consciência.

Nos Estados Unidos, em 1967, surge o primeiro tipo de documento manifestando vontade acerca de interrupção de procedimentos médicos, proposto pela Sociedade Americana pela Eutanásia, sendo que em 1976, o Estado da Califórnia aprovou a primeira lei a reconhecer efetivamente o testamento vital, o *Natural Death Act* e posteriormente, em 1991, aprovou-se a *Patient Self-Determination Act (PSDA)*, primeira lei federal norte americana a tratar sobre o tema das diretivas antecipadas de vontade. (DADALTO, 2013a, p. 107-108)

Não há no Brasil uma norma jurídica específica que trate acerca das diretivas antecipadas de vontade, sendo que a Resolução n. ° 1.955/2012 do Conselho Federal de Medicina é a única estipulação sobre o tema, trazendo disposições que são direcionadas aos médicos e com isso não têm um caráter obrigatório, mas facultativo e indicativo de conduta ética.

A citada resolução, por se tratar de norma deontológica direcionada à classe médica, encontra limites na legislação ordinária, sendo que o conteúdo das diretivas antecipadas, por óbvio, não poderá contrariar disposições legais expressas, como por exemplo, a vedação à eutanásia. (DADALTO, 2013a, p. 109)

A definição de diretivas antecipadas da vontade trazida pela resolução é “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” (BRASIL, 2012).

Há na Resolução do Conselho Federal de Medicina a indicação de que o médico deverá anotar no prontuário as diretivas que forem comunicadas pelo paciente, sendo que só

## DOAÇÃO DE ÓRGÃOS *POST MORTEM* E AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DA VONTADE: UM CONFLITO ENTRE AUTODETERMINAÇÃO E A VONTADE FAMILIAR

poderão elas ser desconsideradas se estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica.

Admite-se, ainda, segundo o parágrafo 1º do artigo 2º da Resolução n.º 1995/2012 a nomeação de pessoa indicada para resguardar as vontades do paciente em caso de ausência de consciência<sup>5</sup>, o que é doutrinariamente designado como procuração para cuidados de saúde ou mandato duradouro.

As diretivas antecipadas de vontade precisam ter fundamento na autonomia do paciente, no respeito à pessoa, na lealdade, e implicam em um resguardo da relação médico-paciente, além de trazer maior segurança aos próprios familiares que possam demonstrar insegurança na tomada de decisões sobre a vida de um outro familiar. (DADALTO, 2013a, p. 107). Além disso, a interpretação delas, seja feita de forma escrita ou verbal anotada em prontuário deve ser feita com base nos princípios bioéticos, da autonomia, da beneficência, da não-maleficência e da justiça.

Na distinção realizada através dos estudos sobre o tema das diretivas antecipadas, encontram-se a indicação sobre o conteúdo do chamado testamento vital que,

[...] não tem caráter exclusivamente rejeicionista, mas está destinado a suprir, como manifestação antecipada de vontade, a deficiência de autonomia em quaisquer situações nas quais o paciente não possa expressar-se por si próprio, estabelecendo quaisquer tratamentos deseja receber ou não, bem como os procedimentos aos quais está ou não disposto a submeter-se'. (PONA, 2015, p. 45)

Já a procuração para cuidados de saúde abrange uma manifestação inequívoca, normalmente por escrito em que o paciente indica que quando eventualmente estiver incapaz de expressar autonomamente sua vontade, a pessoa indicada como procurador possa representa-lo indicando aos médicos sobre as vontades relativas aos tratamentos médicos necessários (PONA, 2015, p. 52).

Em relação à diferenciação entre o testamento vital e a procuração para cuidados de saúde, ainda que ambos sejam relacionados à impossibilidade de manifestação autônoma de vontade de um paciente, o testamento vital contém disposições relativas à situações de fim de vida, sendo que o mandato duradouro não se restringe a isso, relacionando-se à nomeação de um terceiro que poderá tomar decisões pelo paciente em casos de temporária ou definitiva perda de consciência daquele, sem conexão necessária com o fim de vida. (DADALTO, 2013a, p. 107).

---

<sup>5</sup> “§ 1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico”. (BRASIL, 2012)

## DOAÇÃO DE ÓRGÃOS *POST MORTEM* E AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DA VONTADE: UM CONFLITO ENTRE AUTODETERMINAÇÃO E A VONTADE FAMILIAR

Importante destacar também que não há que se confundir o chamado “testamento vital” com o testamento previsto nos artigos 1.857 e seguintes do Código Civil que tratam de disposições de última vontade de natureza patrimonial, pela qual a parte pode dispor da totalidade ou de parte de seus bens, indicando seu destino após sua morte.

No caso do testamento vital, diferentemente, estar-se-á diante de disposição acerca de questões existenciais, de natureza personalíssima, ligados à integridade psicofísica, o direito ao próprio corpo e a autodeterminação do paciente, incluindo, portanto, a possibilidade de manifestação de vontade pela doação de órgãos.

Identificado que carece o Brasil de uma legislação ordinária específica para tratar do tema das diretivas antecipadas da vontade, apesar de reconhecer a importância da Resolução CFM 1.995/2012, Luciana Dadalto (2013a, p. 111) aponta alguns dos problemas e lacunas da norma, que demandam esclarecimentos sobre “uma exemplificação de cuidados e tratamentos que podem ou não ser recusados, aos critérios para aceitação e recusa dos mesmos, ao registro das diretivas antecipadas e à extensão da participação do médico da feitura das diretivas”.

Quanto ao objeto do presente estudo, a doação de órgãos *post mortem*, também há evidente lacuna, em especial quanto ao eventual conflito entre a vontade familiar, disposta pela Lei dos Transplantes, e a autodeterminação do paciente, prevista no Código Civil e que poderá ser objeto de inclusão nas diretivas antecipadas de vontade.

Esse último aspecto, relacionado à possibilidade de inclusão expressa da doação de órgãos nas diretivas antecipadas de vontade envolve a autonomia do paciente, aspecto diretamente relacionado à autodeterminação, que ao longo dos anos ganhou contornos de importância, em especial a partir da ideia de repersonalização do direito civil, de modo que o ser humano assume o papel central de todo o ordenamento civil.

A evolução observada, inclusive, avançou de uma ideia inicialmente de autonomia da vontade, sempre conexa com interesses patrimoniais e liberdade contratual, passando por uma autonomia privada, já limitada em alguns critérios de ordem pública, considerando um viés um pouco mais social, até chegar a ideia de autodeterminação, com maior ligação às situações de natureza existencial do que patrimonial, esfera na qual a atuação do Estado mostra-se limitada, de modo que:

[...] pensar em autodeterminação representa admitir a capacidade de cada indivíduo para regulamentar uma esfera participar e tão íntima em relação à qual não poderia o Estado intervir para impor limitações, especialmente quando as condutas se referirem, de maneira exclusiva, ao indivíduo, sem atingirem, de forma direta ou indireta de modo a violar a igual liberdade,

## DOAÇÃO DE ÓRGÃOS *POST MORTEM* E AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DA VONTADE: UM CONFLITO ENTRE AUTODETERMINAÇÃO E A VONTADE FAMILIAR

terceiros, uma vez que reconhecido hoje o pluralismo do estilo de vida [...] (PONA, 2015, p. 153)

Assim, o advento da autodeterminação enquanto uma preocupação fundamental na perspectiva principalmente das escolhas existenciais, no que concerne ao livre desenvolvimento da personalidade, compõem-se também com a possibilidade de manifestação de vontade de um paciente que esteja em cuidados médicos acerca dos tratamentos aos quais deseja ou não se submeter, incluindo-se nisso, na perspectiva do presente estudo, também a escolha acerca da doação de órgãos *post mortem*.

Nesse sentido, o que se observa é que “Só existe verdadeira autonomia no âmbito de uma situação jurídica determinada, no diálogo entre fato e norma que considera a pessoa em suas peculiaridades, tutela suas vulnerabilidades e assim garante que ela tenha efetivas condições de um exercício pleno da sua liberdade” (KONDER, TEIXEIRA, 2010, p. 3).

A valorização dessa autonomia existencial ou autodeterminação configura-se como a realidade atual em especial em relação aos direitos da personalidade, fundados na dignidade humana, prevista no artigo 1º, III da Constituição Federal e considerada como cláusula geral de personalidade.

Do ponto de vista da garantia constitucional, portanto, o conteúdo da liberdade individual, no que se refere às decisões pessoais, é um espaço, uma possibilidade de escolha que pode se expressar de modos variados: é liberdade tanto a possibilidade de realizar tudo o que não é proibido como a exigência de não intervenção na vida privada do indivíduo, ou ainda a possibilidade de autodeterminação ou obediência a si mesmo (isto é, ao próprio regulamento). (CASTRO, MORAES, 2014, p. 794-795)

Segundo Luciana Dadalto (2013b, p.3), a “[...] manifestação de vontade do paciente encontra limites na objeção de consciência do médico, na proibição de disposições contrárias ao ordenamento jurídico e disposições que já estejam superadas pela medicina”, não parecendo que a doação de órgãos *post mortem* possa se enquadrar em qualquer dessas exceções ou limites, entendendo-se como viável que seja ela disposta nas diretivas antecipadas de vontade.

Nesse sentido, no aspecto que envolve as normas sobre a doação de órgãos para fins de transplante no Brasil e a ideia de autodeterminação, manifestada de forma expressa através das diretivas antecipadas de vontade, sejam elas escritas (formais) ou verbais, o estado da arte demonstra a existência de uma situação conflituosa e ainda sem um direcionamento claro doutrinário, que permite um campo para discussão e análise, objeto do presente estudo, conforme adiante melhor delineado.

### **3 DA DISPOSIÇÃO DA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS *POST MORTEM* NAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: AUTODETERMINAÇÃO OU VONTADE DA FAMÍLIA**

Uma vez identificado o âmbito das divergências que envolvem à doação de órgãos *post mortem*, consistente no consentimento e o conflito entre a autodeterminação e a vontade familiar, é preciso realizar uma linha evolutiva da legislação que trata dos transplantes até a atual normativa da lei brasileira que envolve a disposição geral do Código Civil de 2002, em seu artigo 14, e também as disposições da Lei n.º 9.434 de 1997 que detalham a regulamentação específica sobre as formas de captação e destino dos órgãos e tecidos humanos.

A primeira lei brasileira acerca dos transplantes, a Lei n.º 4.280/1963, previa em seu artigo primeiro a necessidade de declaração por escrito do falecido ou ausência de oposição por parte dos parentes até segundo grau<sup>6</sup>, o que denotava claramente a valorização da vontade do doador, deixando a família em segundo plano (DADALTO; PIMENTEL; SARSUR, 2018, p. 531).

Posteriormente, tanto a Lei n.º 5.479/1968, quanto a Lei n.º 8.489/1992 mantiveram a necessidade de manifestação em vida do falecido no intuito de que seus órfãos fossem doados após sua morte, sendo que esta última expressou que deveria ser o desejo expresso em documento pessoal ou oficial<sup>7</sup>.

Com a Constituição Federal de 1988 o artigo 199, §4º dedicou-se à questão dos transplantes de órgãos e tecidos, dispondo que a regulamentação do tema seria feita por legislação específica, o que ocorreu primeiramente com a citada Lei n.º 8.849/1992 e posteriormente com a atual legislação em vigor, a Lei nº 9.434/1997.

No texto originário da atual Lei dos Transplantes, aprovada em 1997, a previsão era a chamada “autorização presumida”, sendo que apenas aqueles que tivessem manifestado expressamente de forma contrária à doação, em documento oficial, é que não seriam doadores e todos os demais, aqueles que tivessem se manifestado positivamente ou não tivessem

<sup>6</sup> Art. 1º É permitida a extirpação de partes de cadáver, para fins de transplante, desde que o de cujus tenha deixado autorização escrita ou que não haja oposição por parte do cônjuge ou dos parentes até o segundo grau, ou de corporações religiosas ou civis responsáveis pelo destino dos despojos.

<sup>7</sup> Art. 3º A permissão para o aproveitamento, para os fins determinados no art. 1º desta lei, efetivar-se-á mediante a satisfação das seguintes condições:

I - por desejo expresso do disponente manifestado em vida, através de documento pessoal ou oficial;

II - na ausência do documento referido no inciso I deste artigo, a retirada de órgãos será procedida se não houver manifestação em contrário por parte do cônjuge, ascendente ou descendente.

## DOAÇÃO DE ÓRGÃOS *POST MORTEM* E AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DA VONTADE: UM CONFLITO ENTRE AUTODETERMINAÇÃO E A VONTADE FAMILIAR

declarado sua vontade, seriam considerados doadores, sendo permitida a reformulação dessa vontade a qualquer tempo. (DADALTO; PIMENTEL; SARSUR, 2018, p. 532).

Assim constava no artigo 4º na versão original: “Salvo manifestação de vontade em contrário, nos termos desta Lei, presume-se autorizada a doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, para finalidade de transplantes ou terapêutica *post mortem*” (BRASIL, 1997).

O intuito da lei, certamente de fomentar o número de doadores, acabou por surtir efeito totalmente contrário, disseminando uma quantidade enorme de pessoas que procuraram declarar sua vontade através da inclusão em documentais oficiais da declaração de “não doadores”, muitas vezes por mero desconhecimento acerca do funcionamento do sistema de doação e transplantes de órgãos.

Apontava Marconi do Ó Catão (2004, p. 244) que “com poucos meses após a aprovação da Lei nº 9.434/97, os meios de comunicação já noticiam que as filas de não-doadores começavam a se formar em frente aos Institutos de Identificação de vários Estados brasileiros”.

Precisou o legislador, então, agir novamente de modo a retirar a obrigatoriedade de manifestação em sentido contrário da pessoa em vida, afastando o consentimento presumido, bem como a exigência de anotação da opção no documento de identidade, inicialmente através da Medida Provisória 2.083-32 de 2001, que após algumas emendas, converteu-se na Lei n.º 10.211/2001.

A citada lei trouxe significativa alteração no texto da lei dos transplantes, da forma que hoje vigora, alterando a disposição do artigo 4º, para retirar definitivamente o consentimento presumido e prever que a doação de órgãos *post mortem* dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade.

No texto original da Lei n.º 10.211/2001 havia a inclusão do parágrafo único no artigo 4º, que traria a disposição de que o doador, em vida, poderia manifestar sua vontade, registrando-a, nos termos do regulamento<sup>8</sup>, mas houve veto presidencial à essa disposição, prevalecendo unicamente o *caput* do artigo, ou seja, a necessidade de expressa autorização dos familiares da realização da doação de órgãos.

Nas razões do veto apresentadas, o então presidente da República Fernando Henrique Cardoso, informando ter consultado o Ministro da Saúde à época, José Serra, informava que:

---

<sup>8</sup> Art. 4º, Parágrafo único da Lei n.º 10.211/2001, na redação original: " A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas poderá ser realizada a partir de registro feito em vida, pelo de cujus, nos termos do regulamento."

## DOAÇÃO DE ÓRGÃOS *POST MORTEM* E AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DA VONTADE: UM CONFLITO ENTRE AUTODETERMINAÇÃO E A VONTADE FAMILIAR

A inserção deste parágrafo induz o entendimento que, uma vez o potencial doador tenha registrado em vida a vontade de doação de órgãos, esta manifestação em si só seria suficiente como autorização para a retirada dos órgãos. Isto além de contrariar o disposto no caput do art. 4º - a autorização familiar, contraria a prática da totalidade das equipes transplantadoras do País, que sempre consultam os familiares (mesmo na existência de documento com manifestação positiva de vontade do potencial doador) e somente retiram os órgãos se estes, formalmente, autorizarem a doação.

Nota-se, com isso, a efetiva prevalência da decisão da família sobre eventual decisão da pessoa ainda em vida, seja manifestada de forma verbal ou de forma escrita, o que afeta diretamente a autodeterminação, uma vez que mesmo diante da vontade expressa do doador, a autorização para a retirada dos órgãos só ocorre após a concordância dos familiares. (DADALTO; PIMENTEL; SARSUR, 2018, p. 532).

Reside aí a controvérsia fulcral da matéria, uma divergência que se encontra na compreensão de que, nos casos em que não houver coincidência entre a decisão do falecido, quando manifestada em vida, e a decisão da família, em relação à disposição de órgãos ou tecidos após a morte, qual deverá ser a vontade prevalente.

O cuidado e necessário embate entre essas perspectivas justificam-se, em especial, pelas garantias constitucionais de autonomia e liberdade dadas ao indivíduo, com respaldo na preocupação de que sejam elas respeitadas inclusive após a morte, uma vez que “ao se perguntar à família do possível doador, pode ocorrer de ser manifestada a vontade da família e não do morto”. (BANDEIRA, 2001, p. 139)

Nesses casos, coloca-se diante de uma situação exemplificativa em que existe uma manifestação de vontade do falecido, através de diretivas antecipadas de vontade (por escrito ou verbais anotadas em prontuário), indicando que fossem retirados aqueles órgãos que seriam passíveis de ser transplantados e, após a consulta à família, houvesse negativa da doação, por parte dos parentes próximos.

Segundo Ana Cláudia Pirajá Bandeira (2001, p. 139) “a vontade expressa do doador, em vida, prevalece sobre a vontade dos familiares, uma vez que só a pessoa tem o poder de dispor, eficazmente, sobre o seu corpo, não sendo permitido que os familiares supram esse consentimento, salvo o caso de incapacidade do doador”.

No mesmo sentido, evidente que as “[...] a manifestação de vontade feita em vida, como exercício da autonomia e da autodeterminação, é merecedora de respeito e de proteção jurídica mesmo quando o seu titular não mais possa exigí-lo pessoalmente” (SERRA; SILVA, 2017, p.97).

## DOAÇÃO DE ÓRGÃOS *POST MORTEM* E AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DA VONTADE: UM CONFLITO ENTRE AUTODETERMINAÇÃO E A VONTADE FAMILIAR

Trata-se da valorização da autodeterminação, na medida em que se está diante de uma escolha existencial realizada em vida pelo paciente que decide que, uma vez constatada sua morte encefálica, autoriza a captação de seus órgãos para fins de transplante, como consectário do direito ao próprio corpo, sobre o qual não há qualquer ingerência externa, já que:

A autonomia corporal, entendida como a capacidade de autodeterminação da pessoa em relação ao próprio corpo, está inserida na seara da existencialidade ou extrapatrimonialidade, ou seja, é espécie do gênero 'autonomia existencial' antes descrito. Contudo, ela 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 sujeitos, mas sim do sujeito sobre si mesmo. (CASTRO, MORAES, 2014, p. 796)

Ainda, a integral proteção à pessoa humana deve ocorrer mesmo após a morte, e para que ela ocorra, é necessário que uma manifestação de vontade, seja pela captação dos órgãos, seja para sua proibição, possa ser respeitada mesmo após o falecimento do indivíduo (SERRA; SILVA, 2017, p. 97)

Em que pesem esses argumentos favoráveis e integralmente fundamentados, é nítido que a atual disposição da Lei de Transplantes, com a reforma da Lei n.º 10.211/2001, faz prevalecer a vontade familiar em face da vontade individual manifestada em vida, delegando essa decisão exclusivamente aos familiares, realidade que é constatada na prática observada nos hospitais do país.

Ou seja, pela atual disposição legal não se permite “[...] que o doador manifeste sua escolha, não prevendo documento lícito para que se cumpra o desejo do indivíduo, seja doar ou não seus órgãos, ou seja, que leve em conta a real autonomia da pessoa”. (DADALTO; PIMENTEL; SARSUR, 2018, p. 532).

Conforme já destacado, vários autores tecem diversas críticas a essa opção do legislador que, ademais, parece não se coadunar tanto com as previsões constitucionais de liberdades individuais, tampouco com o artigo 14 do Código Civil, que prevê a possibilidade de disposição gratuita do próprio corpo, uma vez que obstam o exercício da plena liberdade e da autodeterminação. Entre eles, Anderson Schreiber (2013, p. 47-48) aponta que:

É evidente o retrocesso. Exigir autorização de cônjuge ou parente, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte, é impor burocracia que dificulta ao extremo a via já tormentosa do transplante *post mortem*. Pior: como restou vetado o parágrafo único que dispensava a autorização dos familiares para a retirada de órgãos diante de registro feito em vida pelo próprio falecido, a nova redação criada pela Lei 10.211 tem sido interpretada no sentido de que o aval da família se faz

## DOAÇÃO DE ÓRGÃOS *POST MORTEM* E AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DA VONTADE: UM CONFLITO ENTRE AUTODETERMINAÇÃO E A VONTADE FAMILIAR

necessário mesmo nos casos em que o morto tenha deixado expressa autorização para o transplante.

Nesse sentido, em 2006, na IV Jornada de Direito Civil aprovou-se o Enunciado 277 que previu 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 n. 9.434/97 ficou restrita à hipótese de silêncio do potencial doador”.

Por certo, a ideia expressa no enunciado, de valorização da autonomia da pessoa em face da vontade dos familiares, prevalecendo essa última apenas em caso de silêncio, parece mais razoável e adequada no contexto da liberdade pessoal e da solidariedade, bem como da funcionalização da família respeitando-se os interesses de cada um de seus membros (MORAES, 2010, p. 133).

Nesse sentido, por ser o Código Civil norma posterior à alteração da Lei dos Transplantes, ocorrida em 2001, e não ter ele previsto a menção específica à regulamentação da lei especial, no tocante à disposição de órgãos *post mortem*, seria possível defender-se a prevalência da vontade pessoal declarada em vida em relação à decisão familiar, aplicando-se o disposto no artigo 14/CC (SCHREIBER, 2013, p. 48-49).

Analisando a legislação italiana, Adriano de Cupis (2008, p. 99) indica que a vontade familiar não prevalece sobre a do *de cuius*:

O direito de os parentes proverem a respeito do destino do cadáver tem por pressuposto negativo que a vontade do defunto, a respeito de tal destino, não se tenha manifestado. Na verdade, aquele que manifesta a sua vontade, a respeito do destino do seu corpo para depois da morte, cria um negócio jurídico que tem por objeto uma coisa futura. A vontade do defunto pode determinar o destino do cadáver mais amplamente que a vontade dos parentes.

Assim, traçando-se um paralelo com o que foi acima explanado acerca da Resolução n.º 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina, há possibilidade de indicação expressa de vontade do falecido acerca da opção pela doação de órgãos *post mortem* através das diretivas antecipadas de vontade, decisão que pode respaldar, inclusive, sua prevalência sobre a vontade dos familiares (art. 2º, §3º<sup>9</sup>).

---

<sup>9</sup> § 3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares. (CFM, 2012)

## DOAÇÃO DE ÓRGÃOS *POST MORTEM* E AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DA VONTADE: UM CONFLITO ENTRE AUTODETERMINAÇÃO E A VONTADE FAMILIAR

O embasamento desse entendimento também encontra respaldo na autodeterminação, uma vez que “[...] a decisão de doar os próprios órgãos é direito que depende da vontade da pessoa, considerada sujeito com autonomia para fazer escolhas para seu corpo, em vida e após a morte”. (DADALTO; PIMENTEL; SARSUR, 2018, p. 533).

Assim, uma heterodeterminação familiar só deverá ser aceita em caso de não existir disposição expressa de autodeterminação do falecido, “exteriorizada através de uma decisão autônoma e responsável, mesmo que ela venha a produzir efeitos após a sua morte” (KONDER, TEIXEIRA, 2010, p. 17-18).

Entretanto, ainda que se encontrem fundamentos para a defesa da prevalência da autodeterminação, é certo que as justificativas do veto ao parágrafo único do artigo 4º da Lei de Transplantes, acima mencionado, que detalham também que a prática das equipes de transplantes na época e sabe-se que ainda hoje, demonstram que a vontade familiar é prevalente sobre eventual decisão pessoal manifestada em vida.

Tal entendimento, ainda que contrário à autodeterminação e ao livre desenvolvimento da personalidade, foi reforçado, em 2017, quando a Presidência da República, nos termos do artigo 84, IV, da Constituição Federal, publicou o Decreto n.º 9.175, que trouxe consigo diversas regulamentações acerca do Sistema Nacional de Transplantes – SNT, regulamentando-o em nível federal, estadual e municipal.

Quanto à doação *post mortem* e o consentimento para captação dos órgãos, o citado decreto manteve como imprescindível para a autorização familiar para a doação *post mortem*, conforme artigo 17, que prevê que “A retirada de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano poderá ser efetuada após a morte encefálica, com o consentimento expresso da família, conforme estabelecido na Seção II deste Capítulo” (BRASIL, 2017).

Desse modo, para além de afirmar e fundamentar essa prevalência da vontade expressa do falecido, é preciso ter olhos à realidade, sendo que a disposição expressa no texto legal atua como um limitador de grande importância, em especial pelo temor dos médicos por uma responsabilização civil, caso não seja respeitada a vontade da família, mesmo que em divergência com a vontade do falecido.

A Resolução do Conselho Federal de Medicina que trata das diretivas antecipadas é norma de preceitos éticos que, em regra, tem relevância somente entre aqueles que a ela se submetem, no caso concreto, os médicos, cabendo um questionamento, inclusive, de um possível conflito entre a lei e a norma ética e, nesse caso, qual deles deverá ser seguida. Cumpre delinear que:

## DOAÇÃO DE ÓRGÃOS *POST MORTEM* E AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DA VONTADE: UM CONFLITO ENTRE AUTODETERMINAÇÃO E A VONTADE FAMILIAR

Nesse caso, argumentam os autores, a resolução contrariaria a atual Lei de Transplantes, que determina autorização familiar. Em suas palavras, a manifestação acerca da doação de órgãos em DAV geraria choque de institutos e, além disso, desnaturaria as DAV, haja vista que são, por essência, negócio jurídico, com efeito inter vivos, cujo principal objeto é garantir a autonomia do sujeito quanto aos tratamentos a que será submetido em caso de terminalidade da vida (DADALTO; PIMENTEL; SARSUR, 2018, p. 534).

Importante consignar que com base nas disposições legais existentes, é possível que se compreenda pela impossibilidade da disposição acerca da doação de órgãos, uma vez que diferentemente de outros países em que essa decisão é personalíssima, no Brasil ela se condiciona ao arbítrio dos familiares (DADALTO, 2013b, p. 4), o que indica que em caso de conflito, deve prevalecer, pela legislação, a vontade familiar.

Essa ideia de heterodecisão, delegada à família e não ao próprio indivíduo:

Trata-se de 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. Subordinar a vontade do doador em matéria corporal à autorização do Estado-juiz (no caso de doação em vida) ou ao consentimento de cônjuge ou parentes (no caso da disposição *post mortem*) é desconsiderar a vontade individual naquilo que possui de mais próprio e íntimo: a sua autonomia corporal. (SCHREIBER, 2013, p. 48)

E, ainda que se argumente pela suposta ausência de personalidade jurídica do falecido que justifique uma proteção à sua personalidade, é certo que a vontade, desde que manifestada em vida, configura-se como um reconhecimento da projeção dos direitos da personalidade *post mortem* justificando essa proteção, uma vez que “[...] o que estará em causa será um direito da pessoa viva a ser respeitada sua manifestação de vontade, como uma forma de expressão da dignidade humana, independente de carência de personalidade jurídica” (CATÃO, 2004, p. 217).

Observa-se que para uma efetiva consonância entre a disposição do artigo 14 do Código Civil, a Lei de transplantes e as normas editadas pelo Conselho Federal de Medicina, entende-se necessária uma alteração legislativa que reconheça a possibilidade e a prevalência da autodeterminação, quando houver manifestação de vontade do falecido, em vida, devendo ocorrer consulta à família, tão somente nos casos de ausência de declaração do potencial doador.

Cumprido salientar que tramita na Câmara dos Deputados o projeto de lei n.º 3.643/2019<sup>10</sup> que pretende valorizar a manifestação de vontade em vida do doador, ao

---

<sup>10</sup> O referido projeto de lei disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2208696> e encontra-se pronta para pauta no plenário (PLEN)

## DOAÇÃO DE ÓRGÃOS *POST MORTEM* E AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DA VONTADE: UM CONFLITO ENTRE AUTODETERMINAÇÃO E A VONTADE FAMILIAR

contrário, da atual disposição que valoriza o consentimento familiar. A proposta, “Altera o caput do art. 4º da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997”, a fim de tornar explícito que o consentimento familiar, no caso de doação de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para depois da morte, só se faz necessário quando o potencial doador não tenha, em vida, se manifestado expressa e validamente a respeito.

A proposta de alteração da redação do artigo 4º assim se configura:

Art. 4º A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoa falecida para transplante ou outra finalidade terapêutica somente dependerá de autorização do cônjuge ou de parente maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por 2 (duas) testemunhas presentes à verificação da morte, nos casos em que o doador não tenha se manifestado em vida expressa e validamente a respeito (BRASIL, 2019).

A discussão e necessidade de revisão da Lei dos Transplantes parece necessária e urgente na realidade atual, como forma de plena realização da personalidade humana, que inclui a possibilidade de decisões sobre seu próprio corpo seja durante a vida, sejam projetadas para após a sua morte.

Até mesmo porque, no momento da constatação da morte encefálica e comunicação a família sobre o falecimento do ente querido, o impacto da perda influenciará sobremaneira na consequente decisão, ainda que haja um sensível trabalho das equipes de transplantes, sendo que é essencial que, em havendo uma manifestação de vontade anterior do próprio falecido, possa ela prevalecer (KONDER, TEIXEIRA, 2010, p. 21).

O intuito de uma necessária alteração legislativa sobre o tema, seria que:

[...] a declaração de vontade do falecido manifestada em vida, para depois da morte é um direito inerente a pessoa humana e prescrito no Código Civil Brasileiro vigente, de extrema importância, e deve ser assegurada acima de qualquer manifestação familiar em contrário, servindo apenas a declaração da família como supressora na ausência da do de cujus, para que esta não supra a liberdade de escolha e consequentemente a autodeterminação do falecido sobre seu corpo. (WEBER, 2017, p. 21)

Trata-se, assim, de fazer coexistir a proteção à autodeterminação, mediante a tutela da pessoa humana com a valorização das escolhas que o indivíduo fez para si, em vida (KONDER, TEIXEIRA, 2010, p. 7), com eventual ausência dessa manifestação, pela qual, somente nesse caso específico, é que se vislumbraria a primazia da vontade familiar.

Acrescente-se, ainda, que além da necessidade de alteração legislativa para dirimir os conflitos e lacunas existentes sobre o tema, a conscientização acerca da importância da doação de órgãos e do impacto positivo das doações *post mortem* para o sistema nacional de

## DOAÇÃO DE ÓRGÃOS *POST MORTEM* E AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DA VONTADE: UM CONFLITO ENTRE AUTODETERMINAÇÃO E A VONTADE FAMILIAR

transplantes deve ser fomentada por meio de campanhas e atuação dos órgãos governamentais e da sociedade civil organizada<sup>11</sup>. Assim,

Diante dessa nova realidade normativa, é necessário esclarecer a população sobre a doação de órgãos, para que sobretudo a família saiba que esse ato altruístico pode melhorar e prolongar a vida de outras pessoas. É preciso ainda, mediante intervenção publicitária, incentivar o potencial doador a expressar seu desejo a familiares, pedindo que seja respeitado, uma vez que ainda não há documento para tal manifestação no ordenamento jurídico pátrio. (DADALTO; PIMENTEL; SARSUR, 2018, p. 534).

Imprescindível, portanto, que ocorra uma alteração legislativa acerca do tema, prevendo a possibilidade de disposição de vontade do falecido, em vida, e dando prevalência a essa manifestação de autodeterminação sobre a manifestação posterior da família, que somente prevalecerá em caso de silêncio do falecido.

### CONCLUSÃO

A evolução das ciências médicas possibilitou a descoberta da possibilidade de substituição de órgãos afetados por doenças graves por outros órgãos saudáveis retirados de pessoas vivas ou falecidas (*post mortem*), em caso de morte encefálica, o que significou um aumento da expectativa de cura para vários pacientes.

Nesse aspecto, a decisão pela doação de órgãos após a morte relaciona escolhas que podem ser feitas pelo indivíduo sobre questões atinentes aos direitos da personalidade, como a integridade física e o direito ao próprio corpo, decorrentes da própria autodeterminação existencial, incluindo a possibilidade de que sejam elas objeto de declaração de vontade, através das chamadas diretivas antecipadas de vontade, pela qual o indivíduo estipula suas vontades em relação ao fim de vida e, no caso da doação, para além da morte.

No entanto, a legislação acerca dos transplantes de órgãos no Brasil traz uma limitação expressa para a manifestação de vontade do falecido, quando direciona aos familiares a decisão pela doação ou não de órgãos *post mortem*, o que limita e não prestigia a possível existência de manifestação expressa do falecido no intuito de que fosse feita a doação.

Através da análise aqui realizada, observa-se para além da necessidade de conscientização acerca da importância da doação de órgãos *post mortem* e do ato de

---

<sup>11</sup> Exemplos dessas campanhas são as iniciativas do Ministério da Saúde, no ano de 2020, disponível em [https://www.youtube.com/watch?v=PcmLdV2NXww&feature=emb\\_title](https://www.youtube.com/watch?v=PcmLdV2NXww&feature=emb_title) e campanha Gugu Vive, disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=03ac24ubeCs>

## DOAÇÃO DE ÓRGÃOS *POST MORTEM* E AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DA VONTADE: UM CONFLITO ENTRE AUTODETERMINAÇÃO E A VONTADE FAMILIAR

declaração, em vida, acerca do interesse em ser doador, também a urgência pela alteração da legislação vigente acerca dos transplantes, para que possa prever a autodeterminação, como regra, prevalecendo-se a vontade expressa do falecido manifestada em vida, e a vontade familiar, como exceção, nos casos de ausência de manifestação expressa.

Essa alteração deverá proporcionar a necessária coexistência harmônica entre a legislação específica que dispõe sobre as regras acerca da doação e transplante de órgãos e tecidos com os princípios constitucionais de proteção e valorização do ser humano e de sua personalidade, através de escolhas existenciais, relacionadas com a vida e projetadas também para após a sua morte.

### REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Os direitos da personalidade no Código Civil Brasileiro*. 1997. Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-Oliveira-OS-DIREITOS-DE-PERSONALIDADE-NO-CODIGO-CIVIL-BRASILEIRO.pdf>.> Acesso em: 07 nov. 2020.

BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá. *A questão jurídica do consentimento no transplante de órgãos*. Curitiba: Juruá, 2001.

BRASIL. *Lei n.º 5.479, de 10 de agosto de 1968*. Dispõe sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes de cadáver para finalidade terapêutica e científica, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L5479.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5479.htm). Acesso em: 22 nov. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 23 out. 2020.

BRASIL. *Lei n.º 8.489/1992*. Dispõe sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, com fins terapêuticos e científicos e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1989\\_1994/L8489.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1989_1994/L8489.htm). Acesso 22 nov. 2020.

BRASIL. *Lei n.º 9.434/1997*. 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/19434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm). Acesso em: 23 out. 2020.

BRASIL. *Medida Provisória n.º 2.083-32/2001*. 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/Antigas\\_2001/2083-32.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas_2001/2083-32.htm). Acesso em 22 nov. 2020.

BRASIL. *Lei n.º 10.211/2001*. 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

DOAÇÃO DE ÓRGÃOS *POST MORTEM* E AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DA VONTADE:  
UM CONFLITO ENTRE AUTODETERMINAÇÃO E A VONTADE FAMILIAR

transplante e tratamento". Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/110211.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110211.htm). Acesso em 23 out. 2020.

BRASIL. *Mensagem n.º 252/2001*. Razões do veto ao parágrafo único do artigo 4º Lei no 9.434/97. Disponível em  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/Mensagem\\_Veto/2001/Mv252-01.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/2001/Mv252-01.htm). Acesso em 06 dez. 2020.

BRASIL. *Projeto de Lei n.º 3.643/2019*. A autoria do Senador Lasier Martins - PSD/RS. Disponível em  
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2208696>. Acesso em: 22 nov. 2020

CFM. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução n.º 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: 23 out. 2020.

CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de; MORAES, Maria Celina Bodin de. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. *Revista Pensar*, vol. 19, n.º 3, Fortaleza, Set./Dez. 2014.

CATÃO, Marconi do Ó. *Biodireito: transplantes de órgãos humanos e direitos da personalidade*. São Paulo: Madras, 2004.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008.

DADALTO, Luciana. Reflexos jurídicos da resolução CFM 1995/2012. *Revista Bioética*. 2013a, 21 (1), p. 106-12. Disponível em  
[https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1983-80422013000100012&lng=pt&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422013000100012&lng=pt&tlng=pt). Acesso em: 22 nov. 2020.

DADALTO, Luciana. Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal). *Revista de Bioética y Derecho*. n.º 28. Barcelona, May. 2013b. Disponível em  
[http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1886-58872013000200006&lng=en&nrm=iso&tlng=en](http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872013000200006&lng=en&nrm=iso&tlng=en). Acesso em 15 nov. 2020.

DADALTO, Luciana; PIMENTEL, Willian, SARSUR, Marcelo. Autonomia na doação de órgãos post mortem no Brasil. *Revista Bioética*, vol. 26, n.º 4. Brasília, Out./Dez.2018. p.530-536. Disponível em  
[https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1983-80422018000400530&script=sci\\_arttext#:~:text=A%20Lei%205.479%2F1968%2010%20manteve%20a%20autonomia%20da%20pessoa,manifestado%20em%20vida%20sua%20vontade](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1983-80422018000400530&script=sci_arttext#:~:text=A%20Lei%205.479%2F1968%2010%20manteve%20a%20autonomia%20da%20pessoa,manifestado%20em%20vida%20sua%20vontade). Acesso em: 23 out. 2020.

KONDER, Carlos Nelson; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia e solidariedade na disposição de órgãos para depois da morte. RFD- *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, vol. 18, Rio de Janeiro, 2010, p. 1-22. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1357/1145>. Acesso em: 15 nov. 2020.

DOAÇÃO DE ÓRGÃOS *POST MORTEM* E AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DA VONTADE:  
UM CONFLITO ENTRE AUTODETERMINAÇÃO E A VONTADE FAMILIAR

OLIVA, Milena Donato; TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos do Direito Civil*. v. 1. Teoria Geral do Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*. Tradução: Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PONA, Éverton Willian. *Testamento vital e autonomia privada: fundamentos das diretivas antecipadas de vontade*. Curitiba: Juruá, 2015.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Direitos fundamentais e direitos da personalidade. In TOFFOLI, José Antonio Dias (Org.). *30 anos da constituição brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos, incluindo o estudo da Lei n. 9.434/97, com alterações introduzidas pela Lei n. 10.211/01*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SERRA, Márcia de Fátima; SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. *A tutela dos transplantes sob a ótica dos direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2017.

WEBER, Fernanda. Transplante de órgãos e tecidos post mortem e a autonomia da vontade do doador versus autorização da família do de cujus. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5883, 10 ago. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61234>. Acesso em: 16 nov. 2020.