



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
CAROLINA RAULINO PERES

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE NA
DESAPROPRIAÇÃO DE ÓRGÃOS PARA FINS DE TRANSPLANTES**

Florianópolis
2020

CAROLINA RAULINO PERES

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE NA
DESAPROPRIAÇÃO DE ÓRGÃOS PARA FINS DE TRANSPLANTES**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito, da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Gisele Rodrigues Martins Goedrt, MSc.

Florianópolis

2020

CAROLINA RAULINO PERES

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE NA
DESAPROPRIAÇÃO DE ÓRGÃOS PARA FINS DE TRANSPLANTES**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Graduação em Direito, da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Florianópolis, (dia) de (mês) de (ano da defesa).

Professor e orientador Nome do Professor, titulação
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Nome do Professor, titulação
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Nome do Professor, titulação
Universidade do Sul de Santa Catarina

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE NA DESAPROPRIAÇÃO DE ÓRGÃOS PARA FINS DE TRANSPLANTES

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca deste Trabalho de Conclusão de Curso.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Florianópolis, dia de mês de ano.

CAROLINA RAULINO PERES

Pelo carinho, afeto, dedicação e cuidado que meus amados pais e avós me deram durante toda a minha existência, dedico esta monografia a eles. Com muita gratidão. A presença de minha mãe durante essa jornada tornou tudo mais fácil e meu pai, embora não tenha participado do processo fisicamente, se fez presente em todos os momentos, dentro de meu coração.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente gostaria de agradecer a Deus, o norte, a razão e o sentido da minha vida.

Aos meus pais Marluce e Antonio (*in memoriam*) que sempre estiveram ao meu lado me apoiando ao longo de toda a minha trajetória, que sempre acreditaram em mim e formaram quem sou. Agradeço pelo amor incondicional e pelos nobres valores transmitidos.

Agradeço a minha orientadora Gisele Martins Goedert, por aceitar conduzir o meu trabalho de conclusão de curso e por ser um grande exemplo de profissional e de mulher.

A todos os meus professores do curso de direito da Universidade do Sul de Santa Catarina, pela excelência da qualidade técnica de cada um.

As minhas queridas amigas Joana, Carini e Ana, que trilharam comigo a jornada acadêmica, com todo o companheirismo, amor e afeto que uma amizade pode ter.

“Porque sou eu que conheço os planos que tenho para vocês’, diz o Senhor, ‘planos de fazê-los prosperar e não de causar dano, planos de dar a vocês esperança e um futuro. Então vocês clamarão a mim, virão orar a mim, e eu os ouvi-rei. Vocês me procurarão e me acharão quando me procurarem de todo o coração.” (Jeremias 29:11-13).

RESUMO

O presente trabalho tem como tema A aplicação do princípio da autonomia da vontade na desapropriação de órgãos para fins de transplantes, onde o objetivo é apresentar a importância da aplicação do princípio da autonomia da vontade na desapropriação dos órgãos, para a finalidade de transplantação, devido a importância do princípio dentro no ordenamento jurídico brasileiro e, principalmente, devido aos benefícios que isso pode gerar para a sociedade, uma vez que a doação de órgãos tem o poder de salvar vidas e o objetivo principal do direito é, acima de tudo, a proteção da vida humana. O trabalho expõe conflitos legislativos que envolvem o tema, bem como as principais questões que cercam a questão, como por exemplo as principais causas de recusa familiar, em razão do desconhecimento do assunto, o que ainda é muito comum. O presente trabalho foi elaborado de acordo com método qualitativo e a escolha do tema surgiu da necessidade de compreender e conhecer a importância do tema, motivada por seu impacto social, pelo benefício que representa à coletividade, e, ainda, pelos debates construtivos que suscita no âmbito jurídico. Pretende-se, diante disso, buscar soluções para os conflitos legislativos atuais referentes ao tema, por meio de sugestões de adequação, a fim de que o princípio da autonomia da vontade seja aplicado na decisão de autorização de retirada dos órgãos, para que a doação de órgãos se torne uma prática difundida e, com isso, seja possível salvar cada vez mais vidas.

Palavras-chave: Doação. Órgão. Princípio. Autonomia. Vontade.

LISTA DE SIGLAS

ABTO – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS

CFM – CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

DAV – Diretiva Antecipada de Vontade

CNCDOs – Centro de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos

SNT – Sistema Nacional de Transplante

CET – Centro Estadual de Transplantes

CNT – Centro Nacional de Transplantes

CTU – Cadastro Técnico Único

SUS – Sistema Único de Saúde

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil 1988.

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE NO CÓDIGO CIVIL	12
2.1 OS EFEITOS DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE TUTELADOS PELA ORDEM JURÍDICA	19
2.2 A AUTONOMIA DA VONTADE ATRELADA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .	21
2.3 A EXIGÊNCIA DE CONSENTIMENTO LIVRE E INFORMADO.....	23
2.4 DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS	26
3 BIOÉTICA	29
3.1 BIOÉTICA E DIREITO	31
3.2 TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS.....	33
3.2.1 Transplante: Conceito e modalidades	34
3.2.2 Importância dos transplantes de órgãos e tecidos	36
3.2.3 Transplantes na legislação brasileira.....	37
4 A IMPORTANCIA DA VONTADE DO INDIVÍDUO POR MEIO DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE FRENTE À DESAPROPRIAÇÃO DE ÓRGÃOS PARA FINS DE TRANSPLANTES	44
4.1 CONFLITO APARENTE ENTRE A AUTONOMIA DA VONTADE DO DOADOR E AUTORIZAÇÃO DA FAMÍLIA DO DOADOR	50
4.1.1 Atos de disposição do próprio corpo.....	53
4.1.2 A violação dos direitos fundamentais quando a família não autoriza a doação previamente autorizada pelo indivíduo	55
4.1.3 O benefício social da aplicação do princípio da autonomia da vontade em acordo com a vontade do doador	61
5 CONCLUSÃO.....	65
REFERÊNCIAS	67

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso pretende expor a importância da aplicação do princípio da autonomia da vontade na decisão que autoriza a desapropriação de órgãos e tecidos de corpo humano para fins de transplantes.

A aplicação do referido princípio na decisão que autoriza a retirada de órgãos é importante porque, com ela, mais pessoas podem ser beneficiadas pela doação de órgãos, pois a prática será mais difundida e, conseqüentemente, desmistificada.

O trabalho está dividido em três capítulos de desenvolvimento. O primeiro diz respeito ao princípio da autonomia da vontade, sua contextualização dentro do Código Civil, os aspectos essenciais da manifestação de vontade do indivíduo, os efeitos do princípio da autonomia da vontade tutelados pela ordem jurídica, a autonomia da vontade atrelada aos direitos fundamentais, a exigência de consentimento livre e informado na doação de órgãos e, por fim, a figura das diretivas antecipadas de vontade.

O segundo capítulo trata do conceito de bioética, das questões bioéticas em debate nos dias atuais, uma vez que a doação de órgãos encontra-se diretamente relacionada com a bioética e, ainda, dos transplantes de órgãos propriamente ditos, bem como a legislação vigente sobre o tema. Inicialmente é trabalhada a bioética e seu conceito, após, a bioética relacionada ao direito, em seguida, os transplantes de órgãos, como funciona essa prática, suas modalidades e etc. Em seguida, ainda no segundo capítulo, é abordada a importância dos transplantes de órgãos e tecidos, os transplantes na legislação brasileira e, por fim, o perfil jurídico do transplante de órgãos e tecidos.

O terceiro e último capítulo versa sobre a importância da vontade do indivíduo por meio da aplicação do princípio da autonomia da vontade frente a desapropriação de órgãos para fins de transplantes, que é a ideia central a ser defendida na elaboração do presente trabalho. É trabalhado também o conflito aparente entre a autonomia de vontade do doador e a autorização da família do mesmo, os atos de disposição do próprio corpo, interpretados a luz da doutrina civilista pátria, a violação dos direitos fundamentais que ocorre quando a família não autoriza a doação previamente autorizada pelo indivíduo e, por fim, para expor a principal motivação do tema, expõe-se o benefício social da aplicação do princípio da autonomia da vontade em acordo com a vontade do doador.

O método de elaboração utilizado foi o método qualitativo, de modo a buscar a descrição do tema, aprofundando-se nele para obter informações e proporcionar uma compreensão mais detalhada das perguntas da pesquisa.

Como será abordado no segundo capítulo, atualmente, na legislação brasileira, o art. 4º da Lei n. 9.434/97 confere à família do potencial doador o poder de decisão para autorizar o processo de retirada de órgãos para fins de transplante, de modo a anular, completamente, a vontade do indivíduo falecido, ainda que tenha ele formalizado a vontade de doar seus órgãos, em vida, por meio das ferramentas legais cabíveis.

Desse modo, a possibilidade de decisão é sequestrada de seu próprio titular, de modo a censurar o exercício de sua autonomia privada, em detrimento da vontade e das crenças e convicções de seus familiares.

Ao adotar esse critério de autorização, a legislação brasileira ignorando, inteiramente, a existência do princípio da autonomia da vontade, positivado no código civil.

Para legitimar a importância da aplicação do princípio da autonomia da vontade, o presente trabalho denota a forte ligação que a autonomia da vontade possui com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e também os direitos fundamentais e, ainda, pretende demonstrar que por violar princípios previstos na constituição, o art. 4º da Lei n. 9.434/97 é inconstitucional.

Em razão desse conflito, as normas legais relacionadas ao tema apresentam controvérsias entre si, pois foram formuladas em desarmonia com os princípios constitucionais que norteiam o ordenamento jurídico brasileiro, desse modo, não podem ser recepcionadas pela Constituição.

Todas as exposições apresentadas e todos os pensamentos tecidos no corpo presente trabalho de conclusão de curso tem como objetivo principal incitar a reflexão a respeito da importância da aplicação do princípio da autonomia da vontade no poder de decisão da desapropriação de órgãos para finalidades terapêuticas, diante de todos os benefícios sociais que podem resultar disso, tendo em vista que, para o direito, nada deve importar mais que a possibilidade de preservar, sobretudo, a vida humana.

Sobre o tema, enfatiza-se a sua importância, em razão de seus impactos significativamente benéficos à sociedade, às mudanças que ele pode provocar, de modo a contribuir significativamente para com o prolongamento de milhares de vidas.

Por fim, destaca-se, carinhosamente, as razões especiais que motivaram a escolha do tema, pois o presente trabalho de conclusão de curso iniciou-se, na verdade, a partir de uma decisão altruísta de salvar vidas humanas, alimentada pela empatia, pelo respeito, pela solidariedade, pelo amor ao próximo, pelo amor a vida humana e, ainda, pela possibilidade de deixar fisicamente viva uma pequena parte de um ente tão amado e inesquecível.

2 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE NO CÓDIGO CIVIL

Para a compreensão do tema, é necessário contextualizar o princípio da autonomia da vontade, sua conceituação e evolução histórica. Conforme Lindajara Ostjen Couto:

A concepção da vontade como expressão suprema do indivíduo alcançou sua síntese no Código de Napoleão: sendo a lei e o contrato as fontes das obrigações, os efeitos jurídicos que não fluíssem da vontade seriam derivados da norma, elevando-se a vontade, com esse procedimento, à categoria de lei; a origem das normas jurídicas, que por definição são obrigatórias, é o acordo de vontades; o relacionamento social desenvolve-se sobre um fundamento voluntário, isto é, contratual. Nisso está a razão de o contrato ser considerado fonte primordial das obrigações como e enquanto manifestação da vontade. (COUTO, 2009, s. p.).

Na época “a regra era a liberdade contratual, sendo amplas as possibilidades das partes para fixar o conteúdo do contrato, que era considerado intangível pelo Estado, salvo em casos de vícios de consentimento”. (COUTO, 2009). Vivia-se o primado do princípio *pacta sunt servanda*, que estipulava que o contrato fazia lei entre as partes e não conhecia relativizações. Nessa linha, a autora segue a exposição:

Inicialmente, a expressão ‘autonomia da vontade’ foi adotada no mundo jurídico pelo Direito Internacional Privado. Os jus-internacionalistas utilizavam este princípio vinculado à idéia de livre determinação, pelas partes envolvidas, das leis aplicáveis aos atos internacionais. A adoção do princípio da autonomia da vontade pelo Direito Internacional Privado compreende duas fases. O princípio da autonomia na vontade era passivo e atuava como elemento justificador dos motivos pelos quais a lei determinava a aplicação de tal ou qual regra ao caso concreto. (COUTO, 2009, s. p.).

Conforme Pereira (1998, p. 10) a “autonomia da vontade funcionava como elemento *a posteriori* da aplicação da lei”. Em seguida, o princípio da autonomia da vontade transformou-se em um princípio ativo e passou a “[...] ser solucionador de conflitos, buscando-se, *a priori*, qual a vontade que autonomamente determinava a aplicação desta ou daquela lei.” (PEREIRA, 1998 *apud* COUTO, 2009). De acordo com Couto (2009) “o chamado declínio da ‘autonomia da vontade’ iniciou-se já ao final do século XIX pela obra dos autores socialistas, da doutrina social cristã da Igreja nas suas encíclicas papais e, sobretudo, pela obra da sociologia solidarista de Comte, Durkheim e seus seguidores Duguit, etc., já no século XX”.

O declínio do liberalismo econômico e o surgimento da sociedade de massas, na maior parte dos países ocidentais, corroboraram com uma reformulação do princípio da autonomia privada, que precisou ser adaptado à nova realidade:

[...] deveria existir observando os limites do ordenamento jurídico estatal, que seriam bem mais restritos e regulados pelo Estado se comparado com o seu papel no século XIX. Foi, portanto, no século XX que a concepção acerca do contrato mudou radicalmente: o contrato é a manifestação, por excelência, da autonomia privada. Com a massificação das relações sociais e o tráfico em massa, verificou-se que a liberdade de escolha mostrava-se, para muitos juristas (e legisladores), ilusória diante da desigualdade de condições fáticas existentes entre as partes. A inexistência de qualquer intervenção importava a ampla liberdade tão-somente da parte mais forte na relação contratual, enquanto que à parte economicamente mais frágil restava a submissão ao que fora acordado. (COUTO, 2009, s. p.).

Com isso, algumas constituições do século XX, como a portuguesa e a espanhola, estipularam a solidariedade e a justiça como metas do Estado, que passou a intervir nas relações privadas, impondo limitações à liberdade de contratar a fim de coibir os abusos, com o intuito de implementá-las. Assim, Lindajara Osjen Couto segue:

Além disso, foram constituições que passaram a prever direitos positivos, atuações no Estado. Essas constituições modernas (apoiadas também em convenções da ONU sobre direitos humanos) passaram a indicar o respeito à dignidade da pessoa humana como princípio fundamental dos respectivos Estados, como, por exemplo, a Constituição brasileira, que mais interessa aqui. Aparecem, então, os princípios como da boa-fé, da função social, da onerosidade excessiva, do abuso de direitos como mecanismos de regulação estatal na esfera privada, todos reduzindo a esfera de auto-regulação (autonomia privada). O conceito e a origem do princípio da autonomia privada são vinculados com os de sujeito jurídico e de propriedade. O capitalismo trouxe uma universalização do conceito de sujeito jurídico e de propriedade. Nas palavras de Ana Prata, “todos passam necessariamente a ser proprietários, ou de bens que lhes permitam subsistir, ou de força de trabalho que vendam”. O negócio jurídico não é mais uma mera declaração de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos, mas, sim, o ato de autonomia privada que obriga o sujeito ou os sujeitos que o praticam ter conduta conforme ao regulamento dos seus interesses fixado com a prática do ato. (COUTO, 2009, s. p.).

Destarte, constata-se que o princípio da autonomia da vontade nasceu no Direito Romano, e conforme (GONÇALCES, 2009, p. 29) expressa à liberdade que os cidadãos possuem para contratar, podendo fazê-lo com quem escolherem, determinando o direito que desejarem a respeito da matéria que elegerem, criando de forma livre e autônoma o objeto do negócio jurídico.

Autonomia da vontade tem como base a sociedade liberal dos séculos XVIII e XIX, com notável ideologia individualista, onde o homem era o centro do direito, sendo a sua vontade livre e respeitada pelo Estado. Eurico Pina Cabral afirma que (2004, p. 87) a autonomia da vontade é “[...] fenômeno interior e psicológico gerador da ação finalística contida no âmbito da autonomia privada, capaz produzir efeitos jurídicos particulares nos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico”. Ou seja, A autonomia da vontade significa que a obrigação contratual tem uma única fonte: a vontade das partes. A vontade humana é o núcleo, a fonte e a legitimação da relação jurídica, e não a lei. Desta forma, a força que obriga as partes a cumprirem o contrato encontra seu fundamento na vontade livremente estipulada no instrumento jurídico, cabendo à lei apenas assegurar os meios que levem ao cumprimento da obrigação, possuindo posição supletiva.

É necessário examinar de perto conceitos referentes à liberdade, uma vez que estes são à base do desenvolvimento desse princípio, pois é preciso liberdade para que o indivíduo possa expressar sua vontade e, assim, possa nascer à autonomia em relação a ela, a fim de legitimá-la. De acordo com Heráclito Mota Barreto Neto:

É que, para Kant, o Direito existe como expressão da liberdade e do respeito ao imperativo categórico. Vejamos por quê. Kant harmoniza liberdade e coerção [heterônoma] desenvolvendo um raciocínio lógico de acordo com o qual as restrições advindas do direito são uma extensão desta mesma liberdade. Consoante suas teorias, as normas jurídicas existem para combater as violações à autonomia dos indivíduos. Se o direito existe para impedir ataques à liberdade, então também é ele exercício de liberdade. (BARRETO NETO, 2015, p. 64).

Nessa linha, Heráclito Mota Barreto Neto tece algumas ideias acerca do conceito de autonomia individual:

A autonomia individual é valor sedimentado na experiência contemporânea ocidental, fruto dos reclamos liberalistas por maior valorização intrínseca dos indivíduos e das liberdades humanas, em suas variadas manifestações. Com esta natureza, a autonomia tem ganhado notável relevância axiológica e argumentativa nas discussões jurídicas dos últimos anos. Muitas vezes proclamada como um dos valores de maior preeminência do indivíduo contemporâneo, a autonomia é referência conceitual inescapável nos campos da moral, do Direito, da sociologia e até das teorias da comunicação social. A consagração dos valores liberais fez florescer na cultura ocidental, há mais de duzentos anos, uma especial consideração pela liberdade de autodeterminação dos sujeitos e pelo poder de conduzir a vida de acordo com as normas que o indivíduo haja escolhido para si. Internalizada como decorrência dos modelos socioeconômicos e políticos que se consolidaram na tradição do Ocidente, a autonomia alcança, então, relevo entre os valores

acolhidos pela sociedade como fundamentais à sua constituição e manutenção. (BARRETO NETO, 2015, p. 1).

Conforme os ensinamentos de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2012), “o homem não deve ser protegido somente em seu patrimônio, mas, principalmente, em sua essência”, infere-se, pois, que a liberdade faz parte da essência humana, por ser algo inerente à natureza do homem. Tal afirmação fica evidente na consagrada história bíblica de Adão e Eva, onde Deus confere ao homem, no momento de sua criação, o livre arbítrio. Outro exemplo da necessidade de liberdade dos homens é a própria história da humanidade, onde inúmeras vidas foram sacrificadas em nome do direito de ser livre, em nome da luta pela liberdade.

Assim como o princípio da autonomia da vontade aplica-se a vontade individual das partes em um contrato, com o intuito de legitimar sua liberdade, o presente trabalho apresenta que o referido princípio deve aplicar-se, da mesma forma, à vontade do indivíduo que se declara doador de órgãos, fazendo valer a autonomia de sua decisão, que nada mais é senão o reflexo da sua vontade, ao momento da retirada efetiva dos órgãos, para fins de transplante, por meio de sua Diretiva Antecipada de Vontade (DAV).

O princípio da autonomia da vontade possui direta relação com o direito que o indivíduo possui de realizar suas próprias escolhas, sejam elas existenciais ou morais, traçando os rumos de sua própria vida, possibilitando o livre desenvolvimento de sua personalidade e assumindo os riscos das decisões. Para que isso efetivamente ocorra, é necessário que sejam asseguradas as mínimas condições, para que a possibilidade de se autodeterminar, por fazer escolhas livres, realmente exista. Thadeu Weber (2012, p. 17) apresenta a sua interpretação a respeito de tal concepção kantiana:

Autonomia, portanto, significa escolher aquelas máximas que podem ser queridas como leis universais. A essência do princípio de autonomia é a sua função autolegisladora. Cumprir a lei da qual se é autor é o núcleo chave da concepção de liberdade como autonomia.

Para Azevedo (2010, p. 13) dignidade trata-se de uma junção de autonomia e liberdade. Portanto, cada direito fundamental contém uma expressão de dignidade, isto é, de autonomia e de liberdade. Quando a vontade de um indivíduo é respeitada, sua dignidade também o é. Dessa forma, é possível concluir que da liberdade advém da autonomia, onde a autonomia legitima a liberdade e, com isso, a dignidade da pessoa humana se faz viva.

Evidencia-se que a autonomia do indivíduo está intimamente ligada à dignidade da pessoa humana, que, por sua vez, se entrelaça com a proteção dos direitos da personalidade.

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana, por sua vez, guia todos os Direitos Fundamentais, pois é considerado fonte primária do Direito, por excelência. Desse modo, é possível concluir que autonomia e liberdade integram a dignidade. Assim, cada direito fundamental traz consigo uma expressão da dignidade, isto é, de autonomia e de liberdade.

Portanto, o direito à vida, garantido no art. 5º, *caput*, CRFB/88, pressupõe não apenas o direito de um indivíduo existir biologicamente, pois, se o direito à vida é um direito fundamental alicerçado na dignidade humana, a vida assegurada pela Constituição é a vida com autonomia e liberdade, conforme afirma (AZEVEDO, 2010, p. 13).

2.1 ASPECTOS ESSENCIAIS DA MANIFESTAÇÃO DA VONTADE

Uma grande ferramenta que assegura a livre manifestação da vontade do indivíduo são os direitos da personalidade. Acerca do tema, expõe Carlos Roberto Gonçalves:

A concepção dos direitos da personalidade apoia-se na ideia de que, a par dos direitos economicamente apreciáveis, destacáveis da pessoa de seu titular, como a propriedade ou crédito contra um devedor, outros há, não menos valiosos e merecedores da proteção da ordem pública, inerentes à pessoa humana e a ela ligados de maneira perpétua e permanentemente. São os direitos da personalidade, cuja existência tem sido proclamada pelo direito natural, destacando-se, dentre outros, o direito à vida, à liberdade, ao nome, ao próprio corpo, à imagem e à honra. (GONÇALVES, 2010, p. 183).

Os direitos da personalidade “[...] têm por objetivo os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si em suas projeções sociais” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 184). Com previsão legal no Código Civil/2002, Capítulo II do Livro I, Título I, da sua Parte Geral, historicamente, os direitos da personalidade representam sintomas de modificação axiológica da codificação brasileira, que, segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

[...] deixa de ter um perfil essencialmente patrimonial, característico do Código Civil de 1916, concebido para uma sociedade agrária, tradicionalista e conservadora, para se preocupar substancialmente com o indivíduo, em perfeita sintonia com o espírito da Constituição Cidadã de 1988. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 183).

A exposição demonstra a importância da matéria, pois a previsão legal dos direitos da personalidade confere dignidade ao homem. A natureza dos direitos da personalidade é um tema bastante discutido na doutrina e a tese dominante é que se trata de “poderes que o homem exerce sobre a sua própria pessoa” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 184). Entretanto, a segunda linha de pensamento salienta que os direitos da personalidade dizem respeito às faculdades praticadas de forma natural pelo indivíduo, verdadeiros atributos embutidos à condição humana. O posicionamento sofre forte influência do jusnaturalismo e tem encontrado respaldo na doutrina. Seja qual for a linha adotada, na visão Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 186):

Independente da linha adotada, o importante é compreender que a dimensão cultural do Direito, como criação do homem para o homem, deve sempre conservar um conteúdo mínimo de atributos que preservem essa própria condição humana como um valor a ser tutelado.

Dentre eles estão presentes o direito ao nome, a proteção à palavra e a imagem, a proteção à intimidade, à imagem, à honra, à privacidade, à integridade física, conforme (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 184) são “[...] aqueles que tem por objetivo os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais.” O ser humano possui a titularidade dos direitos da personalidade por excelência e, dentre as características dos direitos inerentes à personalidade do indivíduo, em seus aspectos físicos, mentais e morais, estão presentes: o caráter absoluto, a generalidade, a extrapatrimonialidade, a indisponibilidade, a imprescritibilidade, a impenhorabilidade e, por fim, a vitaliciedade.

Analisando o caráter absoluto, ele “[...] se materializa na sua oponibilidade erga omnes, irradiando efeitos em todos os campos e impondo à coletividade o dever de respeitá-los” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 193). Ele mantém correlação com a indisponibilidade, pois não é permitido ao titular do direito renunciá-lo ou cedê-lo com o intuito de beneficiar terceiro.

A generalidade representa que os direitos da personalidade são conferidos a todo indivíduo, simplesmente por existir. A extrapatrimonialidade é uma característica muito forte e consiste na ausência de conteúdo patrimonial no direito em questão, aferível objetivamente, ainda que sua lesão produza consequências de cunho econômico. Entretanto, cabe destacar que essa característica não impede que as manifestações econômicas de determinadas espécies de direitos possam ingressar no comércio jurídico. Acerca da indisponibilidade dos direitos da personalidade, afirmam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2012, p. 194):

Preferimos utilizar a expressão genérica “indisponibilidade” dos direitos da personalidade, pelo fato de que ela abraça tanto a intransmissibilidade (impossibilidade de modificação subjetiva, gratuita ou onerosa – inalienabilidade) quanto a irrenunciabilidade (impossibilidade de reconhecimento jurídico da manifestação volitiva de abandono do direito).

Isto é, mesmo que o próprio indivíduo queira, o direito não pode mudar de titular, o que coloca os direitos da personalidade em um diferenciado patamar dentre os demais direitos privados, pois não podem ser abdicados, o que caracteriza a irrenunciabilidade, e nem pode ser transmitidos, o que configura a intransmissibilidade.

A imprescritibilidade deve ser interpretada do seguinte modo: inexistente prazo para o seu exercício, não se extinguindo pelo seu não uso e, também, não se deve condicionar a sua aquisição ao decurso do tempo, pois conforme a interpretação da doutrina, são inatos, nascem com o indivíduo. Não se deve confundir essa imprescritibilidade com a prescritibilidade de pretensão de reparação por eventual violação a um direito da personalidade.

A impenhorabilidade é a consequência lógica da indisponibilidade. Há determinados direitos que se manifestam patrimonialmente, como os direitos autorais do autor, acerca do tema, Gagliano e Pamplona Filho afirmam (2012, p. 196):

Os direitos morais do autor jamais poderão ser penhorados, não havendo, porém, qualquer impedimento legal na penhora do crédito dos direitos patrimoniais correspondentes. Sob o mesmo argumento, há que se admitir a penhora dos créditos da cessão de uso do direito à imagem.

E, por fim, a vitaliciedade, que consiste no fato de que os direitos da personalidade são inatos e permanentes, acompanhando a pessoa desde sua primeira manifestação de vida até seu pensamento. São inerentes à pessoa e extinguem-se, em regra, com o seu desaparecimento, entretanto, destaca-se que há direitos da personalidade que se estendem mesmo após a morte do indivíduo, como é o caso do direito ao corpo morto (cadáver). Dentro da classificação dos direitos da personalidade está o direito a integridade física e, dentro dele, o direito ao corpo humano morto (cadáver).

O direito ao corpo humano morto estende-se aos órgãos, para fins de doação, onde a indisponibilidade dos direitos da personalidade deve prevalecer, não sendo possível ao cônjuge ou familiares decidir sobre a destinação dos órgãos de outro indivíduo, o que reforça o seu próprio poder de decidir sobre seu próprio corpo, com base em sua livre convicção para formação de sua vontade.

Com o argumento de que é necessário proteger a dignidade do ser humano – e seus restos mortais são a sua representação *post mortem* – tem-se admitido a preservação, como direito da personalidade, do cadáver. “O direito ao cadáver diz respeito ao próprio defunto, à sua memória, pois em certas ocasiões podem ocorrer atentados à memória do morto”. (SZANIAWSKI, 1993, p. 305). E, em muitos casos, a decisão de uma pessoa, ao doar seus órgãos, pode ser uma manifestação se suas convicções pessoais e até mesmo religiosas, o que, de certa forma, preservará a sua memória.

Se os direitos da personalidade são indisponíveis, com caráter de intransmissibilidade, como o cônjuge tem poder para dirimir sobre os órgãos de quem faleceu? Cada indivíduo deve decidir a respeito da finalidade de seus órgãos. Se no testamento, a última vontade do indivíduo é respeitada no que tange aos seus bens, porque a mesma vontade não poderia ser respeitada, no que tange a destinação de seus órgãos, considerando que a diretiva antecipada de vontade ou o testamento vital foram assinados por ele, em vida, em momento oportuno e com consciência de tal ato, a fim de legitimar juridicamente sua vontade?

Se um indivíduo detém, por lei, poder de liberdade contratual, que possui relação direta com a vontade livre, proferida pelo próprio indivíduo sem qualquer coação externa e, ainda, a liberdade de contratar ou de se abster, de escolher a parte contratual, de estabelecer os limites do contrato, ou seja, de exteriorizar sua vontade da forma que pretender, porque não poderia este mesmo indivíduo, em vida e momento oportuno, dirimir sobre a finalidade de seus órgãos *post mortem*, levando em consideração a redação do art. 14 do Código Civil?

Por conseguinte, infere-se, pois, que os direitos da personalidade, juntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana são ferramentas que fundamentam o livre exercício da personalidade humana e a autonomia da vontade do indivíduo, bem como sua livre manifestação de vontade.

2.1 OS EFEITOS DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE TUTELADOS PELA ORDEM JURÍDICA

Além das leis e dos costumes, o direito brasileiro é composto por princípios gerais, formados por regras que vivem na consciência dos povos, e são universalmente aceitas, embora algumas delas não estejam escritas, conforme Carlos Roberto Gonçalves:

Tais regras, de caráter genérico, orientam a compreensão do sistema jurídico, em sua aplicação e integração, estejam ou não incluídas no direito positivo.

Muitas delas passaram a integrar o nosso direito positivo, como a de que ninguém pode lesar a outrem (CC, art. 186), a que veda o enriquecimento sem causa (arts. 1.216, 1.220, 1.255, 876 etc.), a que não admite escusa de não cumprimento da lei por não conhecê-la (LICC, art. 3º). (GONÇALVES, 2010, p. 76).

No entendimento de Gonçalves (2010, p. 93) “O Código Civil disciplina as relações jurídicas privadas que nascem da vida em sociedade e se formam entre pessoas, não entre pessoas e animais ou entre pessoas e coisas. São relações sociais, de pessoa a pessoa, física ou jurídica, que produzem efeitos no âmbito do direito.” Na linha de raciocínio adotada, uma vez que o princípio da autonomia da vontade faz parte do código civil, também é uma ferramenta apta a disciplinar as relações jurídicas que nascem da vida em sociedade, as quais o autor se refere. Dessa forma, também possui legitimidade para tutelar questões referentes á doação de órgãos.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 94), “o conceito de personalidade está umbilicalmente ligado ao de pessoa” e o ser humano, por sua vez, têm a necessidade de ser livre por natureza, onde a natureza possui forte relação com a personalidade, conforme afirma Carlos Alberto Gonçalves:

A personalidade é, portanto, 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. É qualidade jurídica que se revela como condição preliminar de todos os direitos e deveres. (GONÇALVES, 2010, p. 94).

Entretanto, o cenário não foi sempre esse, como expõe Gonçalves (2010, p. 94):

No direito romano o escravo era tratado como coisa. Era desprovido da faculdade de ser titular de direitos e ocupava, na relação jurídica, a situação de seu objeto, e não de seu sujeito. O reconhecimento, hoje, dessa qualidade a todo ser humano representa, pois, uma conquista da civilização jurídica. O Código Civil de 2002 reconhece os atributos da personalidade com esse sentido de universalidade ao proclamar, no art. 1º, que ‘toda pessoa’ é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

Essas afirmações trazem à tona as vitórias da humanidade ao longo dos anos, sua evolução, no que diz respeito à liberdade do homem, ao direito que ele tem de exercer suas vontades, legitimando a sua liberdade. Dai, então, a importância do princípio da autonomia da vontade, para tutelar tais situações, orientando a compreensão do sistema jurídico, em sua aplicação e integração.

Portanto, constata-se que o efeito da tutela jurídica do princípio da autonomia da vontade é a garantia jurídica do homem de exercer seus próprios atos, com base em suas próprias vontades e convicções, por meio da aplicação do referido princípio.

2.2 A AUTONOMIA DA VONTADE ATRELADA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A expressão “direito fundamental” se aplica a todo direito entendido como direito básico do ser humano, reconhecido e positivado no direito constitucional de um Estado. Destaca-se que esse termo se difere do termo “direitos humanos”, embora sejam muito confundidos e até mesmo utilizados como sinônimos. Sobre o conceito de direitos fundamentais:

Os Direitos Fundamentais, ou Liberdades Públicas ou Direitos Humanos é definido como conjunto de direitos e garantias do ser humano institucionalização, cuja finalidade principal é o respeito a sua dignidade, com proteção ao poder estatal e a garantia das condições mínimas de vida e desenvolvimento do ser humano, ou seja, visa garantir ao ser humano, o respeito à vida, à liberdade, à igualdade e a dignidade, para o pleno desenvolvimento de sua personalidade. Esta proteção deve ser reconhecida pelos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais de maneira positiva. (SILVA, 2006, p. 2).

Desde o momento da decisão de doar um órgão, até o transplante, estão embutidos alguns direitos fundamentais no processo, pertinentes ao doador e ao receptor, como o direito à vida, a formação dos direitos de personalidade, a integridade física e o direito ao próprio corpo. Analisando mais de perto a questão, vem à tona o princípio da dignidade da pessoa humana. Todo e qualquer indivíduo possui dignidade humana desde o momento em que nasce, e ela sempre deve ser respeitada e defendida. É composta pela liberdade, consciência, religião do homem e, ainda, serve como base para a interpretação de nossos direitos e garantias, que são os responsáveis pela formação da constituição de cada país. Conforme o entendimento de Alexandre Moraes:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 2011, p. 61).

Sabe-se que a liberdade é um direito fundamental no homem, dessa forma, se um homem não pode fazer uso de sua liberdade, um grande direito fundamental é violado. Nessa linha de raciocínio, leciona Heráclito Mota Barreto Neto:

O imperativo categórico de Kant tem implicação necessária com os conceitos de autonomia e liberdade, na medida em que ressalta que a máxima moral (é dizer, a principal norma ética do universo) deve partir do próprio indivíduo, sem submissões a interferências externas. O imperativo categórico obriga a que os sujeitos morais formulem suas próprias leis no sentido de torná-las universais. E neste procedimento racional de constituição de padrões éticos não devem intervir fatores heterônomos. Pelo contrário, os juízos éticos individuais devem desprender-se de toda influência externa e construir-se apenas no indivíduo. Nem a coerção de elementos exteriores, nem as inclinações dos desejos sensíveis da natureza humana devem orientar a ação; esta deve surgir no indivíduo como respeito puro e simples à lei moral universal. E os sujeitos devem obedecê-la não porque querem ou porque lhes seja conveniente, mas porque assim deve ser. (BARRETO NETO, 2015, p. 4).

Entretanto, é de conhecimento geral, que a autonomia e a liberdade também possuem as suas limitações, assim, continua Heráclito de Mota Barreto Neto:

É de acordo com esta regra moral e com apoio na ideologia liberal que o filósofo proclama os limites da liberdade individual e, por conseguinte, do exercício da autonomia: a liberdade de um termina onde começa a do outro. A liberdade tem, então, limitação recíproca. E esta limitação é instrumentalizada pelo Direito. Assim, liberdade, imperativo categórico e Direito estão fortemente imbricados, o que pode ser resumido na seguinte assertiva do filósofo alemão: ‘O Direito é a limitação da liberdade de cada um como condição de seu acordo com a liberdade de todos, enquanto esta [por sua vez] é possível segundo uma lei universal.’ (KANT, 2004, p. 37) Aí reside talvez o maior contributo de Kant às teorias da autonomia: a liberdade como autonomia, que significa o desprendimento do indivíduo tanto de fatores externos quanto de vontades internas no momento em que age. Para Kant, o exercício da autonomia é a liberdade mesma; as ações autônomas são aquelas formadas pelo indivíduo em obediência ao imperativo categórico, ou seja, em respeito à sua própria lei moral. (BARRETO NETO, 2015, p. 4).

Nessa linha, o autor expõe o conceito de autonomia de Kant:

Eis o conceito de autonomia anunciado por Kant (1994, p. 85), estritamente vinculado à observância do imperativo categórico: A autonomia é aquela sua propriedade graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objetos do querer). O princípio da autonomia é, portanto, não escolher senão de modo que as máximas da escolha estejam incluídas, simultaneamente, no querer mesmo, como lei universal. (BARRETO NETO, 2015, p. 5).

Analisando mais de perto a questão dos direitos fundamentais, esses também são denominados direitos constitucionais, conforme Canela Júnior, (2009) “[...] por estarem dentro da constituição.” Os direitos fundamentais devem ser compreendidos como complexos normativos, que, por sua vez, devem ser protegidos pelo Estado. Assim, atos legislativos, administrativos e judiciais devem ser pensados e formulados em conformidade com o princípio de efetivação dos direitos fundamentais.

Os efeitos de dissipação dos direitos fundamentais são tão fortes que caso o Estado não produza a irradiação necessária para a efetivação dos direitos por meio de seus agentes, a Constituição é violada. Acerca do direito de decidir, um dos aspectos da autonomia do ser humano, através de uma interpretação de Angela Maria Martins entende-se o seguinte:

Bobbio assinala que, para o bom funcionamento da democracia, não basta que um grande número de cidadãos participe, direta ou indireta, da tomada de decisões coletivas. Não basta, também, a existência de regras de procedimento como a da maioria, isto é, da unanimidade. Para o autor, torna-se “[...] indispensável uma terceira condição: é preciso que aqueles que são chamados a decidir ou a eleger os que deverão decidir sejam colocados diante de alternativas reais e postos em condição de poder escolher entre uma e outra’. No entanto, para a efetivação dessa condição, é de fundamental importância que sejam garantidos – àqueles que foram chamados a decidir – os denominados direitos. (MARTINS, 2002, p. 208).

Portanto, a autonomia individual de todos os indivíduos está intimamente ligada à garantia dos direitos fundamentais, ao passo que, utilizando o exemplo acima citado, quando um indivíduo que tem opções faz uma escolha, está fazendo o uso de sua autonomia e, também, da democracia, e, se isso ocorre, há a efetivação de direitos fundamentais.

2.3 A EXIGÊNCIA DE CONSENTIMENTO LIVRE E INFORMADO

Acerca do consentimento livre como exigência na efetivação do processo de doação de órgãos, faz-se uma comparação entre esse elemento no processo de doação de órgãos e esse elemento dentro do plano de existência do negócio jurídico.

Ao passo em que um indivíduo consente com algo, está manifestado a sua vontade, uma vez que se consentiu, havia dentro dele a vontade de fazê-lo, e ele a manifestou por meio de seu consentimento.

“Há exteriorizações de vontade que, para surtirem efeitos, necessitam chegar à esfera de conhecimento da outra parte. Fala-se, pois, em declarações reptícias de vontade.”

(GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 369). O que difere o consentimento da doação de órgãos do consentimento do negócio jurídico é que, neste, é obrigatório que seja declarado de maneira expressa, enquanto nesse, admite-se a declaração expressa, escrita, falada, gestual ou sinalizada. Mas, independente da forma, nos dois casos, sua exigência é obrigatória.

Segundo Pereira (2001, p. 308), “[...] o silêncio é nada, e significa a abstração de pronunciamento da pessoa em face de uma solicitação do ambiente. Via de regra, o silêncio é a ausência de manifestação de vontade, e, como tal, não produz efeitos.” Portanto, nessa linha de raciocínio, se o indivíduo declarou-se doador de órgãos, de forma livre, consentida e expressa, conforme a lei, por meio da diretiva antecipada de vontade, a sua manifestação de vontade deverá produzir efeitos. Para que o consentimento seja válido, é preciso que ele seja declarado por agente plenamente capaz e legitimado.

O consentimento se formaliza e torna-se informado por meio da DAV, que deve ser formalizada em momento oportuno para tal e, ainda, pelo testamento vital, ambos serão conceituados em seção posterior. Atualmente, o Código Civil, no artigo 14, mais especificamente no Capítulo II, que trata sobre os direitos da personalidade, dispõe que é um direito válido dispor do próprio corpo após a morte. “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, 2002).

O artigo é claro ao afirmar que a possibilidade de disposição gratuita se dá sobre o próprio corpo, ou seja, entende-se que cada indivíduo, detém o direito de dispor sobre o próprio corpo. Entretanto, a Lei nº 9.434/97 (Lei dos Transplantes) traz regras específicas acerca da doação de órgãos e, em seu art. 4º reside um ponto passível de discussão, que trata do consentimento familiar para retirada e doação de órgãos *post mortem*. Acerca do tema, apresenta-se o seguinte raciocínio:

No art. 4º da lei reside o ponto de discussão, pois trata do consentimento para retirada e doação de órgãos *post mortem*. Na sua originalidade, esta lei adotava, no que diz respeito ao consentimento, a doação presumida de órgãos *post mortem*. Nos países onde a doação de órgãos *post mortem* é legalmente disciplinada, adota-se uma ou outra forma de consentimento, que é a anuência para a retirada dos órgãos. Existem duas espécies de consentimento: o expresso, quando, em vida, o indivíduo opta por ser ou não doador e formaliza essa vontade. O registro de sua escolha pode se dar por meio de documento oficial, declaração particular, preenchimento de cadastros e outras formas aptas que a lei declarar. Nessa hipótese, há expressa manifestação de vontade, por isso o consentimento é expresso. De outra forma, o consentimento presumido, adotado em alguns países, significa que após a morte do indivíduo, ele será um doador de órgãos em potencial, salvo manifestação em contrário. Nesse caso, se a pessoa não formalizou em

vida sua opção, após seu falecimento presume-se que ela seja doadora de órgãos. (SARCINELLI; OBREGON, 2018, s.p.).

Ocorre que, entre essas duas possibilidades há uma variante, na verdade, uma vertente da segunda possibilidade apresentada, onde não é exigida manifestação expressa em vida e, nesse caso, quem autoriza o processo de doação, ou não, é a família do doador, depois de sua morte. Este é o posicionamento adotado pela legislação brasileira nos dias atuais.

Quando promulgada, no Brasil, a redação original da Lei nº 9.434/97 no caput de seu art. 4º era a seguinte: “Salvo manifestação 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*”. Diante disso, a doação de órgãos era presumida, caso não houvesse manifestação em sentido contrário. Tal manifestação, segundo o legislador, deveria constar na Carteira de Identidade Civil e na Carteira Nacional de Habilitação, era obrigatório o registro da expressão “doador” ou “não doador” nos respectivos documentos de identificação. Sobre o dispositivo, destaca-se:

Tal dispositivo, contudo, gerou grande polêmica, pois aqueles que, por algum motivo, não possuísem o registro de sua opção, de ser ou não doador, em seus documentos de identificação, seriam doadores compulsórios devido ao consentimento presumido. (SARCINELLI; OBREGON, 2018, s.p.).

Em 2001, a Medida Provisória nº 2.083-32 deu nova redação ao art. 4º da Lei nº 9.434/97, *in verbis*:

A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas, para transplante ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização de qualquer um de seus parentes maiores, na linha reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, ou do cônjuge, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte. (BRASIL, 2001).

Em seguida, a Lei nº 10.211/01 modificou a redação do art. 4º da Lei 9.434/97, para constar nele que a decisão seria familiar e, então, a doação de órgãos no Brasil foi alterada, de presumida para ser consentida pela família. A partir disso, só é permitido proceder a retirada de órgãos, tecidos e partes do corpo humano *post mortem* para fins de doação e transplante quando esse procedimento for autorizado pela família do de cujus, na ordem estabelecida pelo art. 4º da vigente lei que regula o assunto.

É importante destacar que a constatação da morte encefálica é requisito indispensável para a retirada dos órgãos e tecidos e segue regras estabelecidas pela legislação.

O momento de decisão familiar denomina-se consentimento, conforme as diretrizes utilizadas pela legislação brasileira para que se proceda com a doação, em contrapartida, é importante destacar que o art. 14 do Código Civil/2002 dispõe que cabe ao indivíduo dispor sobre seu próprio corpo: “É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.” (BRASIL, 2002).

O art. 4º da Lei 9.434 dispõe sobre esse modelo adotado atualmente no Brasil, o qual denomina-se consentimento familiar, onde o consentimento pertence à família, que detém o poder de decidir sobre o corpo do ente falecido, a fim de doar ou não os órgãos do mesmo. Assim, no Brasil, não se adota o consentimento presumido, modelo utilizado em muitos países, como na França e Espanha, por exemplo, onde todos os indivíduos são potenciais doadores, desde que não tenham expressado em vida sua oposição nesse sentido. (BRASIL, 1997).

Entretanto, neste momento, a vontade do indivíduo é colocada em oposição: se, em vida, a pessoa declarou sua vontade de doar ou não seus órgãos, sua família poderá ou não acatar esta decisão. Não seria tal possibilidade uma lesão ao art. 14 no Código Civil/2002, aos direitos da personalidade (que se estendem, mesmo após a morte) e a própria autonomia do indivíduo? Muitas das pessoas que se declaram doadoras de órgãos, em vida, tem sua vontade respeitada após a morte, quando a família autoriza a retirada de seus órgãos. No entanto, é extremamente comum ocorrer o oposto: a família não autoriza a retirada quando o indivíduo declarou ser doador em vida ou a família autoriza a retirada quando o indivíduo declarou que não desejava ser doador.

Dessa forma, a negativa familiar representa, nos dias atuais, um empecilho para a concretização da doação de órgãos e tecidos. A negativa se dá por muitas razões, mas, caso o tema receba a atenção que merece e todas as principais razões que motivam a negativa sejam esclarecidas, não só por médicos, mas também pela mídia, as taxas de doação podem aumentar cada vez mais e, dessa forma, muitas vidas serão salvas.

2.4 DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS

A DAV consiste em uma declaração, na qual o indivíduo diz quais tratamentos deseja ou não receber nos momentos em que estiver incapacitado de se expressar. As diretivas antecipadas de vontade são aprovadas oficialmente pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) do Brasil em 2012, por meio da resolução CFM nº 1.995/2012.

O documento também pode apenas indicar quem deve responder por ele nesses momentos, como um representante, por exemplo. O documento sempre deve estar junto com o prontuário do paciente. Segundo a resolução do CFM, o médico deve seguir como desejado pelo paciente ou por seu representante, independente da vontade de outras pessoas (amigos ou familiares, por exemplo). (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012).

Muito embora existam, ainda são muito raras no Brasil. Mesmo com o crescimento dos cuidados paliativos, o assunto ainda é considerado um tabu, tanto para os pacientes, quanto para os médicos. Não há no Brasil uma lei que a regule, mas está em conformidade com a norma Constitucional, pois trata-se de negócio jurídico unilateral, personalíssimo, revogável, gratuito e informal.

A única norma vigente no ordenamento jurídico brasileiro é a Resolução 1995, de 9 de agosto de 2012, que em seu arts. 1º 14 e 2º 15 a define como os desejos manifestados pelo paciente acerca de tratamentos a que deseja, ou não, ser submetido, principalmente quando estiver incapacitado para se expressar, além de esclarecer questões limítrofes, inclusive no que diz respeito à hipótese de manifestação pelo representante designado do paciente.

As DAV podem ser feitas por qualquer pessoa com mais de 18 anos que seja legalmente capaz de exercer os atos da vida civil e no documento podem conter os tratamentos desejados ou não, bem como outros assuntos como: valores pessoais, doação de órgãos e destino do corpo. Na visão de Ana Carolina Brochado Teixeira (2013, p. 544), “quando a Constituição previu o catálogo aberto de direitos fundamentais, para que a pessoa encontre a melhor forma de se realizar, pode-se entender como implícita a liberdade de dispor do próprio corpo.” E prossegue, enfatizando que o se o corpo humano se constitui em “[...] espaço de autonomia, a liberdade de dispor do próprio corpo deve ser a regra e suas limitações são exceções, pois os conceitos de saúde, liberdade e personalidade devem ter a mesma direção”.

É indicado que o documento seja feito na presença de um médico, para orientação de termos técnicos e do que seria importante conter, mas é muito importante que o profissional não opine sobre as escolhas do paciente, pois as escolhas feitas pelo indivíduo devem ser fruto de suas próprias convicções. Não é necessário que o documento seja feito por alguém da área jurídica, nem mesmo aprovado por um advogado. O paciente pode apenas escrever e entregar para o médico, que deve anexar ao prontuário. Podem ser revistas e alteradas a qualquer momento, desde que o paciente esteja pleno de suas capacidades no momento da alteração.

É importante lembrar que a eutanásia não é uma opção, já que, no Brasil, é considerado crime. Por isso, é sempre ideal acompanhar a elaboração da documentação do

paciente, para orientar sobre essa e outras questões que possam surgir que contrariem ou a leis ou ao Código de Ética Médico. Não existe um modelo pronto, mas a Revista de Bioética elaborou um estudo onde definiu qual seria a melhor maneira de fazer a documentação no Brasil. Segundo Rui Nunes (2016, p. 14):

Mais ainda, a evolução científica mudou a relação do homem com a sociedade de um modo absolutamente radical (PORTOCARRERO, 2003). De uma perspectiva reflexiva e contemplativa, a ciência e a tecnologia dela decorrente permitem ao homem uma intervenção direta no seu destino, devendo a sociedade garantir que o ser humano é um fim em si mesmo, na sequência de um valor que lhe é intrínseco e, portanto, autorrealizador.

Dessa forma, a DAV contém o poder de formalizar a manifestação de vontade do indivíduo e, caso o art. 14 do Código Civil fosse obedecido, no momento da doação, o indivíduo escolheria a destinação de seus próprios órgãos, onde a DAV seria o documento válido para formalizar a vontade do doador, bem como legitimar a doação.

3 BIOÉTICA

Neste capítulo será tratada a Bioética, sua relação com o direito, a contextualização de sua conjuntura atual, os avanços alcançados, os desafios a serem superados e, ainda, seus reflexos dentro do tema abordado.

O termo “bioética” foi utilizado pela primeira vez por Van Rensselder Potter, na obra “*Bioetics: bridge to the future*”, em 1971, com sentido voltado à ecologia, onde considerava-a a “ciência da sobrevivência”. Segundo Maria Helena Diniz (2017, p. 33):

Para esse autor, a bioética seria então como uma nova disciplina que recorreria às ciências biológicas para melhorar a qualidade de vida do ser humano, permitindo a participação do homem na evolução biológica e preservando a harmonia universal.

Contudo, conforme Diniz (2017) foi a “*Encyclopedia of bioethics*” que definiu, em 1978, a bioética como o estudo, de maneira sistemática, a respeito da conduta humana no campo das ciências da vida e da saúde, enquanto examinada sob a ótica dos valores e princípios morais. A respeito de uma possível definição de bioética nos dias contemporâneos:

A bioética seria, em sentido amplo, uma resposta da ética frente às novas situações oriundas da ciência no âmbito da saúde, ocupando-se não só dos problemas éticos, provocados pelas tecnociências biomédicas e alusivos ao início e fim da vida humana, às pesquisas em seres humanos, às formas de eutanásia, à distanásia, às técnicas de engenharia genética, às terapias genicas, aos métodos de reprodução humana assistida, à eugenia, à eleição do sexo do futuro descendente a ser concebido [...]. Constituiria, portanto, uma vigorosa resposta aos riscos inerentes à prática tecnocientífica e biotecnocientífica [...]. Uma vez que o ‘*know-how tecnocientífico e biotecnocientífico*’ acende questões referentes à segurança biológica e a transmutação dos valores de cunho moral, somente a bioética teria capacidade para avaliar seus benefícios, malefícios e riscos para o futuro da humanidade. (DINIZ, 2017, p. 35).

Destaca-se os problemas de cunho bioético não são somente conflitos de valores, mas também questões materiais e subjetivas, de difícil resolução. Dessa forma, conclui-se que ela abrange pesquisas multidisciplinares, a fim de solucionar contendas individuais e coletivas, conforme Diniz (2017) “para que a biossegurança e o direito possam estabelecer limites à biotecnologia, impedir quaisquer abusos e proteger os direitos fundamentais das pessoas e das futuras gerações.” A bioética pode, ainda, ser conceituada como o estudo da moralidade da conduta humana no âmbito das ciências da vida. A autora acredita que a bioética demonstra necessidade de um paradigma de referências entropológico-moral:

[...] a bioética precisa de um paradigma de referência antropológico-moral: o valor supremo da pessoa humana, de sua vida, dignidade e liberdade ou autonomia, dentro da linguagem dos direitos humanos e em busca de uma qualidade de vida digna, dando, portanto, prioridade ao ser humano e não às instituições voltadas à biotecnociência. A bioética não poderá preocupar-se apenas com os caminhos para a solução dos problemas bioéticos; deverá levar à aquisição de hábitos éticos e de qualidade de caráter. A bioética e a biossegurança necessitam averiguar a legitimidade, ou não, do uso das novas tecnologias da engenharia genética para transformar a qualidade de vida das pessoas. (DINIZ, 2017, p. 37).

“No final da década de 70 e início dos anos 80, a bioética pautou-se em quatro princípios básicos enaltecendores da pessoa humana”, conforme Diniz (2017), onde dois deles possuem caráter deontológico (princípio da não maleficência e da justiça) e os demais, teológico (princípio da beneficência e autonomia). O princípio da autonomia roga que o profissional da saúde respeite a vontade do paciente ou seu representante, levando em consideração seus valores morais e crenças religiosas, conforme o Código de Ética Médica, arts. 24 e 31. Acerca do tema, menciona Maria Helena Diniz:

Reconhece o domínio do paciente sobre a própria vida (corpo e mente) e o respeito à sua intimidade, restringindo, com isso, a intromissão alheia no mundo daquele que está sendo submetido a um tratamento. Considera o paciente capaz de autogovernar-se, ou seja, de fazer suas opções e agir sob a orientação dessas deliberações tomadas, devendo, por tal razão, ser tratado com autonomia. Aquele que tiver sua vontade reduzida deverá ser protegido. Autonomia seria a capacidade de atuar com conhecimento de causa sem qualquer coação ou influência externa. (DINIZ, 2017, p. 39).

É desse princípio que advém a obrigatoriedade do consentimento livre e informado e a forma para tomar decisões de substituição quando uma pessoa for incapaz, ou seja, inexistir autonomia suficiente para praticar a ação de que se trate, por estar encarcerado ou portar alguma deficiência mental. Segundo os estudos de Maria Helena Diniz acerca do princípio da beneficência:

O princípio da beneficência requer o atendimento por parte do médico ou do geneticista aos mais importantes interesses das pessoas envolvidas nas práticas biomédicas ou médicas, para atingir seu bem-estar, evitando, na medida do possível, quaisquer danos. (DINIZ, 2017, p. 39).

Sobre o princípio da não maleficência, expõe Maria Helena Diniz (2017, p. 40) que “O princípio da não maleficência é um desdobramento do da beneficência, por conter a obrigação

de não acarretar dano intencional e por derivar da máxima da ética médica: *primum non nocere*.” Já o princípio da justiça pressupõe a imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios na prática médica, pois os quais deverão ser tratados igualmente.

É exigida uma relação equânime nos benefícios, riscos e encargos proporcionados pelos serviços de saúde ao paciente. Assim, a bioética deverá ser investida de tais princípios em seus parâmetros de investigações e diretrizes.

3.1 BIOÉTICA E DIREITO

Há carência de adequação do sistema jurídico às descobertas científicas dos últimos tempos e às alterações sociais, utilizando-se de uma nova ordem jurídica, em harmonia com o atual cenário da ciência Biomédica. Os debates acerca de questões relacionadas à bioética e ao biodireito encontram sua razão de ser ante a perplexidade e o forte impacto social provocado pelos problemas que advém das inovações das ciências biomédicas. Na interpretação de Diniz (2017) “[...] tudo isso gerou uma renovação do modo de agir e decidir dos envolvidos com a ciência médica e biológica”.

O cenário da emancipação do paciente também faz parte das inovações no campo da biomedicina e do biodireito, pois, segundo Diniz (2017), “[...] com o reconhecimento dos seus direitos fundamentais como pessoa surge à vitória sobre o poder da classe médica que, então, deverá respeitar sua autonomia de vontade, somente podendo intervir após o consentimento livre e informado”, quanto ao diagnóstico, prognóstico e processo terapêutico ao qual será submetido.

Frente a essas revoluções, seria impossível o direito não reagir diante dos riscos aos quais a espécie humana está exposta, de modo a estabelecer limites à liberdade de pesquisa, solidificada no art. 5º, IX, da CRFB/88. Contudo, questiona-se a possibilidade de indagar valores de liberdade científica, se é permitido ao Poder Público intervir e impor limitações às práticas biomédicas, como seriam traçados esse contorno e, ainda, quais limites são possíveis impor a ciência. Por conseguinte, no entendimento de Diniz (2017) “[...] será preciso buscar um ponto de equilíbrio entre duas posições antitéticas: proibição total de qualquer atividade biomédica, que traria uma radical freada no processo científico, ou a permissividade plena, que geraria insanáveis prejuízos ao ser humano e à humanidade”.

Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira traz o seguinte conceito de biodireito:

[...] concebemos o biodireito como um conjunto de normas esparsas que tem por objeto regular as atividades e relações desenvolvidas pelas biociências e biotecnologias, com o fim de manter a integridade e a dignidade humana frente ao progresso, benefício ou não, das conquistas científicas em favor da vida. (FERREIRA, 1999, p. 52).

Destaca-se que o fundamento constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana deve sempre ser utilizado como norte. O biodireito visa à promoção de equilíbrio e harmonia entre a liberdade individual e os interesses coletivos e, ainda, evitar abusos que podem causar grandes prejuízos à espécie humana. A vida em todo o seu sentido lato e estrito deve ser resguardada por aqueles que têm em suas atividades o poder de modificar, alterar e até mesmo tirá-la.

A CRFB/88, em seu art. 5º, IX, coloca a liberdade da atividade científica como um direito fundamental, mas é de suma importância destacar que, segundo Diniz (2017) isso não significa que ela seja absoluta e não tenha qualquer limitação, “pois há outros valores e bens jurídicos reconhecidos constitucionalmente, como a vida, a integridade física e psíquica, a privacidade e *etc.*, que, poderiam ser gravemente afetados pelo mau uso da liberdade de pesquisa científica”. Portanto, a liberdade de pesquisa deve submeter-se aos limites impostos pelos direitos humanos, a fim de assegurar a efetiva proteção desses direitos.

Quando houver conflito entre a liberdade científica e o direito fundamental da pessoa humana, esse deve ser solucionado respeitando a dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, previsto no art. 1º, III, da CRFB/88. O Biodireito também possui princípios próprios, como expõe Eliana da Silva Araujo:

[...] embora os mesmos ainda não estejam consolidados, entre os mais citados temos: Dignidade da Pessoa Humana: deve o homem ser respeitado em sua dignidade, para tanto, em tudo precisa ser considerado ‘como fim e não meio’, elevando-o a um patamar máximo, colocando-lhe no centro de todo debate, e diante da norma jurídico-positiva, o Estado se obriga a preservar e proteger. Legalidade: princípio sobre o qual repousa a idéia de que ninguém está obrigado a fazer algo ou deixar de fazê-lo se não em virtude de lei, portanto, toda pesquisa com seres humanos deve moldar-se aos comandos legais, sob pena de sanção. (ARAÚJO, 2006, p. 63).

A autora segue a conceituação:

Consentimento Livre e Informado: trata-se da situação em que as pessoas envolvidas em pesquisas, procedimentos médicos e científicos, necessitam dar o seu consentimento na forma verbal ou escrita, por meio de decisão voluntária sem qualquer coação, feita por pessoa capaz ou por intermédio de seu representante legal, e serem devidamente informadas de todos os riscos e ou benefícios, diagnósticos, prognósticos, opções de tratamento e eventuais

consequências. Da Cooperação Científica entre Países: os países desenvolvidos devem compartilhar os benefícios das biociências e suas tecnologias com os habitantes de lugares subdesenvolvidos e pobres. Antes de visar ao lucro econômico, o monopólio, e o poder sobre toda e qualquer descoberta, deve ter sempre em conta como valor maior o bem estar da humanidade. (ARAUJO, 2006, p. 64).

E continua, finalizando com a conceituação do princípio do direito ao sigilo e à privacidade:

Do Direito ao Sigilo e à Privacidade: princípio que tem por objetivo resguardar a privacidade e a intimidade da pessoa no que se refere a informações pertinentes à sua saúde, suas características genéticas e outras, evitando toda divulgação que possa ocasionar-lhe discriminação no trabalho e na sociedade, com isto o profissional preserva a confiabilidade que a relação exige. entre os quais figuram como princípios constitucionais a dignidade da pessoa humana, onde homem possui o direito de ser respeitado em sua dignidade e em tudo precisa ser considerado ‘como fim e não meio’, fato que o eleva para um patamar máximo, colocando-lhe no centro de todas as discussões, e diante da norma jurídico-positiva, o Estado tem como obrigação preservá-lo e protegê-lo. (ARAUJO, 2006, p. 64).

Por conseguinte, conforme Diniz (2017) “faz-se necessária uma “biologização” ou “medicalização” da lei, pois não há como desvincular as “ciências da vida” do direito.” Assim, conclui-se que a bioética e o biodireito trilham juntos o caminho da busca pela separação das coisas positivas e negativas no âmbito da bioética, a fim de preservar a dignidade da pessoa humana acima de tudo.

3.2 TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS

A fim de preservar a saúde do homem acima de tudo e buscar maior sobrevida a ele, aflora a possibilidade de substituir órgãos e tecidos - que possuem suas funções comprometidas - por outros, propícios a assumir o devido funcionamento do corpo humano. Conforme Araújo (2006) “o conceito de transplantes de órgãos e tecidos de um organismo para outro vem desde o início da história da civilização, com registros antes de Jesus Cristo.”

De acordo com Diniz (2017) “às partes separadas do corpo vivo ou morto integra a personalidade humana”, desse modo, elas figuram como bens da personalidade *extra commercium*, bens que não podem ser cedidos a título oneroso, como estipula a CRFB/88, em seu art. 199. Nesse contexto, Maria Helena conceitua as partes destacadas do corpo:

Como as partes separadas acidental ou voluntariamente do corpo são consideradas coisas (res), passam para a propriedade de seu titular, ou seja,

da pessoa da qual se destacaram, que delas poderá dispor, gratuitamente, desde que não afete sua vida, não cause dano irreparável ou permanente à sua integridade física, não acarrete perda de um sentido ou órgão, tornando-o inútil para sua função natural, e tenha em vista um fim terapêutico ou humanitário (CC, arts. 13 e 14). (DINIZ, 2017, p. 422).

Acerca do tema, a autora continua:

Pelo CJF, no Enunciado n. 532, aprovado na VI Jornada de Direito Civil: “É permitida a disposição gratuita do próprio corpo com objetivos exclusivamente científicos, nos termos dos arts. 11 e 13 do Código Civil.” O corpo é disponível dentro de certos limites e para salvaguardar interesses superiores, atendendo a um estado de necessidade. A pessoa pode anuir na ablação de partes enfermas, mesmo não reconstituíveis, de seu corpo, para restaurar a saúde ou preservar sua vida, dispor de partes regeneráveis, desde que não atinja sua vida ou saúde, para salvar outra pessoa, e doar *post mortem* seus órgãos e tecidos para fins altruísticos. Os elementos artificiais que integram o corpo, como perucas, membros artificiais, próteses dentárias, etc., também são considerados objetos de direito, podendo ingressar no comércio jurídico. (DINIZ, 2017, p. 423).

A legislação brasileira é bastante categórica no sentido de preservar a integridade física do ser humano, como aduz Araújo (2006). Também segundo Araújo (2006), “é imprescindível apontar que a proteção da integridade ou incolumidade física da pessoa humana, além de dar-se na esfera penal e cível, como já vimos, não é exceção na seara médica”. Sua preservação deve ser considerada pelo Estado, juntamente com a Sociedade Civil e Médica, pois, de forma automática, quando é provocado um mal ao corpo humano, agride-se a saúde e a vida. Segundo o entendimento de Araújo (2006) que “os transplantes de órgãos e tecidos humanos constituem ato médico considerado de caráter excepcional” e o médico deve adotar uma conduta cautelosa e prudente, onde suas atitudes devem estar alicerçadas nos mais altos critérios humanos, ético-médicos e legais, sob pena de responsabilização por seus atos.

Em suma, o direito da personalidade ao corpo vivo ou morto somente será disponível, a título gratuito (não oneroso), nos casos mencionados e com as limitações impostas pela legislação.

3.2.1 Transplante: Conceito e modalidades

Para elucidação da matéria, apresenta-se uma definição de órgão, segundo os ensinamentos de Eros Abrantes Erhart sobre o assunto:

Órgãos, em sentido genérico, são unidades suprateciduals com forma e função próprias definidos como instrumento de função. São, portanto, unidades mais complicadas que o tecido fundamental que os constitui. Ex: tecido ósseo – osso; tecido muscular – músculo; tecido nervoso – nervo; tecido glandular – glândula. (ERHART, 1969 *apud* ARAÚJO, 2006, p. 110).

Compreendida a definição de órgão, tem-se a definição de transplante e enxerto:

Transplante é a amputação ou ablação de órgão, com função própria, de um organismo para ser instalado em outro e exercer as mesmas funções. É também denominado de enxerto vital, como bem pondera Todoli. Enxerto, propriamente dito, é a secção de uma porção do organismo, próprio ou alheio, para instalação no mesmo organismo ou no de outrem, com fins estéticos e terapêuticos, sem exercício de função autônoma. É a inserção de um tecido em outro local, para que seja parte integrante deste, caso em que se denomina enxerto plástico. (CHAVES, 1994 *apud* ARAÚJO, 2006, p. 107).

O vocábulo transplante é utilizado pela lei no sentido da retirada dos órgãos, tecidos ou partes do corpo de seres humanos, para aproveitamento, com finalidade terapêutica, em outros seres da mesma espécie. Embora diferenciados, há quem empregue o termo transplante para se referir a enxertos, considerando-os a intervenção cirúrgica com a qual se introduz no organismo do receptor um órgão ou tecido retirado do doador. Sobre implante, Maria Helena Diniz apresenta o seguinte conceito:

Já o *implante*, por sua vez, dá-se quando tecidos mortos ou conservados são incluídos no corpo de alguém, e *reimplante*, quando se reintegram ao corpo humano segmentos traumáticamente dele separados, como dedos, orelhas, nariz, pedaços de pele, couro cabeludo etc. (DINIZ, 2017, p. 446).

Dentre as classificações de transplante está o autotransplante ou autoenxerto, onde há transferência de órgão ou tecido de uma parte do organismo para outra, sendo doador e receptor a mesma pessoa, por exemplo, ocasião em que se transferem pele, ossos, veias, etc. Essa modalidade pode ocorrer com a autorização do próprio paciente, com o registro em seu prontuário e, caso seja incapaz, com a autorização de um de seus pais ou responsável legal, nos ditames da Lei n. 9.434/97, art. 9º, §8º). O isotransplante ocorre em transplante de tecidos ou órgãos em gêmeos univitelinos (indivíduos que possuem idênticos caracteres genéticos).

O alotransplante, por sua vez, se dá quando o doador, vivo ou morto e o receptor de órgão ou tecido não possuem características genéticas idênticas. Já o xenotransplante ocorre com a transferência de órgão ou tecido de animal para um ser humano. É de suma importância

destacar que todas as modalidades de transplante apresentadas podem acontecer somente em paciente cuja doença é progressiva ou incapacitante, irreversível por outras técnicas de cunho terapêutico.

3.2.2 Importância dos transplantes de órgãos e tecidos

O avanço das ciências médicas, juntamente com as técnicas cirúrgicas e a monogenética, criou a possibilidade da efetuação de transplantes. Embora seja uma grande conquista científica, o transplante de órgãos e tecidos, no entendimento de Diniz (2017) “apresenta ainda muitos obstáculos a serem vencidos pelos enormes problemas de natureza ético-jurídicos que engendra, embora constitua técnica de grande importância para salvar milhares de vidas humanas e restaurar a saúde de inúmeras pessoas”.

Na busca incessante de garantia, segurança e estabilidade para essas intervenções cirúrgicas e do respeito à dignidade da pessoa humana algumas condutas devem ser adotadas, conforme (DINIZ, 2017). A obra de Maria Helena Diniz elenca essas condutas:

[...] os transplantes, por serem operações que envolvem grande risco, deverão ser levados a efeito apenas quando forem a única alternativa para o paciente, em caso de morte iminente, não havendo nenhuma possibilidade de tratamento clínico ou cirúrgico convencional, isto é, se houver real necessidade dessa terapêutica de exceção. Deve haver certeza absoluta de que tal intervenção cirúrgica não será uma experiência *in anima nobili*, mas uma ação verdadeiramente terapêutica salvadora [...]” (DINIZ, 2017, p. 428).

Dando sequência às condutas a serem adotadas:

b) A equipe médico-cirúrgica deverá ter muita experiência, adquirida em animais de experimentação, e grande conhecimento não só dos problemas e das limitações dessas intervenções, mas também do emprego da terapêutica imunológica, para evitar rejeição; c) formação de equipes especializadas que possam cuidar, adequada e eficientemente, do paciente antes e depois da cirurgia; d) o diagnóstico da realidade da morte do doador deverá ser seguro e certo; e) a finalidade precípua do transplante deverá ser o bem-estar do paciente; f) a eleição do doador deverá basear-se nas condições perfeitas do órgão ou tecido doado e no estudo imunológico da sua compatibilidade com o receptor; g) inexistência de discriminação na escolha do receptor; h) orientação do consentimento do doador ou de seu representante legal se for incapaz [...]. (DINIZ, 2017, p. 428).

E a autora continua:

i) consentimento livre e esclarecido do receptor, pois, será impossível dispor de sua vida, obrigando-o a aceitar uma terapêutica sem informa-lo dos riscos operatórios, das possibilidades de êxito e da possível duração de sua sobrevivência. Sendo incapaz o receptor, seu representante legal deverá anuir na intervenção cirúrgica; j) boa preparação psicológica do receptor e até mesmo do doador, tratando-se de transplante de órgãos e tecidos inter vivos; k) gratuidade na doação de órgãos e tecidos, para que não haja o mercado de órgãos e tecidos humanos, pois o tráfico de órgãos é crime. Será punido tanto o comprador como o vendedor que negociou seu rim, p. ex., por serem partícipes conscientes desse comércio. Em 2001, o Ministério da Justiça e o Escritório das Nações Unidas contra o crime e as Drogas (UNODC) assinaram, para combater esse crime no Brasil, um convenio no valor de US\$ 400 mil para criar o Programa Global de Prevenção ao Tráfico de Seres Humanos. A meta do Ministério da Justiça é que até 2005 o Brasil tenha um banco de dados único, usado por todos os órgãos federais com atuação no combate a esse crime; (DINIZ, 2017, p. 429).

E, por fim, as seguintes exigências legais:

l) garantia de sigilo, sendo recomendável, em certos casos, que se mantenha o anonimato do doador, respeitando-se sua privacidade ou certos interesses de ordem econômica; m) imposição de uma responsabilidade civil e penal da equipe médico-cirúrgica pelos danos advindos ao doador e ao receptor, mesmo que tenha havido anuência destes. (DINIZ, 2017, p. 429).

Há critérios de seleção para impedir que órgãos pouco saudáveis sejam utilizados em transplantes e a idade não costuma ser um deles: crianças e idosos podem ser doadores, assim como qualquer indivíduo com a morte encefálica confirmada. A causa da morte e o tipo sanguíneo do doador, entre outros fatores, ajudam a definir quais partes de um corpo poderão ajudar outras pessoas. No Brasil, só há restrição absoluta à doação de órgãos as pessoas portadoras do vírus HIV, com doenças infecciosas ativas e com câncer. Indivíduos com alguma doença transmissível podem doar para pacientes que tenham o mesmo vírus, como no caso das hepatites.

São muitos os indivíduos em listas de espera por um órgão, sendo que alguns deles não suportam e vêm a óbito antes de terem a chance de realizar o transplante. Além da doação de órgãos e tecidos ter o poder de salvar ou melhorar a qualidade de vida diretamente – substituindo uma parte do corpo que não está funcionando bem em um paciente –, também é possível que essa contribuição solidária ocorra de maneira mais indireta, mas não menos importante. A doação de órgãos é uma forma de salvar vidas.

3.2.3 Transplantes na legislação brasileira

Os transplantes de órgãos e tecidos são regulamentados pela Lei n. 9.434/97, conhecida como Lei dos Transplantes, regulamentada pelo Decreto n. 9.175/17.

Em consonância com os arts. 13, parágrafo único e 22 e §1º, com redação da Lei n. 11.521/077 a morte encefálica, para a finalidade de retirada de órgãos para transplante, deve ser notificada pelos hospitais, que deverão notificar seu diagnóstico, em suas dependências, o Centro Estadual de Transplantes (CET) da unidade federativa a que estiver vinculada, em caráter urgente e obrigatório (art. 18 do Dec. n. 9.175/17). Com a notificação, os estabelecimentos de saúde não autorizados a realizar o procedimento de retirada deverão permitir a imediata remoção do paciente ou franquear suas instalações e fornecer o apoio operacional necessário às equipes médico-cirúrgicas de remoção e transplante.

Hoje, o art. 4º da Lei n. 9.434/97 estipula que a retirada dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte. Conforme o Conselho de Justiça Federal (IV Jornada de Direito Civil), Enunciado n. 277 “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 a hipótese de silêncio do potencial doador.” Diante disso, aduz Maria Helen Diniz:

Logo, não mais se deverá, para evitar que isso ocorra, obter Carteira de Identidade ou Carteira de Habilitação com a expressão “não doador de órgãos e tecidos.” As manifestações de vontade relativas à retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes, constantes daquelas Carteiras, perderam sua validade a partir de 22 de dezembro de 2000 (Lei n. 10.211/01, art. 2º). (DINIZ, 2017, p. 430).

Existe um sistema organizado para gerir os transplantes no Brasil, denominado Sistema Nacional de Transplante (SNT), que (DINIZ, 2017) “[...] deverá desenvolver o processo de captação e distribuição de tecidos, órgãos e partes retirados do corpo humano para finalidades terapêuticas (Dec. n. 2.268/97, arts, 2º a 5º, sendo que o art. 4º foi alterado pelo Decreto n. 8.783/2016, que acrescentou os incisos IX e X e §§1º a 3º).”

Os Centros de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos (CNCDOs), suas unidades executivas, tem suas incumbências estipuladas no Dec. n. 2.268/97, arts. 6º e 7º. O Decreto n. 9.175/2017, no art. 5º, estipula que o Ministério da Saúde, por intermédio de

unidade própria prevista em sua estrutura regimental, exercerá as funções de órgão central do SNT.

Quanto à autorização dos estabelecimentos de saúde para proceder à retirada dos órgãos, o inc. IV do art. 5º do Dec n. 9.175/17 dá as diretrizes:

Art. 5º O Ministério da Saúde, por intermédio de unidade própria prevista em sua estrutura regimental, exercerá as funções de órgão central do SNT, e lhe caberá:

IV - autorizar estabelecimentos de saúde, bancos de tecidos ou células, laboratórios de histocompatibilidade e equipes especializadas a promover retiradas, transplantes, enxertos, processamento ou armazenamento de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano, nos termos estabelecidos no Capítulo II; (BRASIL, 2017).

Conforme o art. 11 do mesmo Decreto:

Art. 11. O transplante, o enxerto ou a retirada de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano somente poderão ser realizados em estabelecimentos de saúde, públicos ou privados, por equipes especializadas, prévia e expressamente autorizados pelo órgão central do SNT.

§ 1º O pedido de autorização formalmente apresentado pela CET poderá ser formulado para cada atividade de que trata este Decreto.

§ 2º A autorização para fins de transplantes, enxerto ou retirada de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano deverá ser concedida conjunta ou separadamente para estabelecimentos de saúde e para equipes especializadas de transplante, enxerto ou retirada.

§ 3º A retirada de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano poderá ocorrer em quaisquer estabelecimentos de saúde, desde que realizada por equipes especializadas autorizadas e com a anuência formal da CET.

§ 4º Em qualquer caso, no pedido de autorização, os estabelecimentos de saúde e as equipes especializadas firmarão compromisso no qual se sujeitarão à fiscalização e ao controle do Poder Público, facilitando o acesso às instalações, aos equipamentos e aos prontuários, observada sempre a habilitação dos agentes credenciados para tal, tendo em vista o caráter sigiloso desses documentos.

§ 5º As autorizações serão válidas pelo prazo de até quatro anos, renováveis por períodos iguais e sucessivos, verificada a observância dos requisitos estabelecidos neste Decreto e em normas complementares do Ministério da Saúde.

§ 6º A renovação a que se refere o § 5º deverá ser requerida pelas equipes especializadas e pelos estabelecimentos de saúde ao órgão central do SNT no prazo de até noventa dias antes do término da vigência da autorização anterior.

§ 7º Os pedidos de renovação apresentados após o prazo estabelecido no § 6º serão considerados como pedidos de nova autorização, situação que implica a cessação dos efeitos da autorização anterior após o término de sua vigência. (BRASIL, 2017).

O art. 12 expõe que os estabelecimentos de saúde deverão contar com os serviços e as instalações adequados à execução do procedimento, atendidas as exigências das normas complementares do Ministério da Saúde e comprovadas no requerimento de autorização. O estabelecimento de saúde autorizado somente poderá realizar transplante se observar, em caráter permanente, ao disposto no § 2º do art. 13 do Dec. n. 9.175/17.

O art. 13, por sua vez, versa sobre a composição das equipes especializadas:

Art. 13. A composição das equipes especializadas será determinada em função da modalidade de transplante, enxerto ou retirada de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano para a qual solicitou autorização, mediante integração de profissionais também autorizados na forma desta Seção.

§ 1º Os critérios técnicos para concessão de autorização e de renovação da autorização de equipes especializadas e de estabelecimentos de saúde serão definidos em normas complementares do órgão central do SNT.

§ 2º Será exigível, no caso de transplante, a definição, em número e habilitação, de profissionais necessários à realização do procedimento.

§ 3º A autorização será concedida para cada modalidade de transplante, enxerto ou retirada de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano e o pedido deverá ser formalizado para o conjunto dos seus membros, indicando o estabelecimento ou os estabelecimentos de saúde de atuação. (BRASIL, 2017).

O art. 14. legisla que além da habilitação profissional, as equipes especializadas deverão instruir o pedido de autorização ou de renovação de autorização de acordo com as normas expedidas pelo órgão central do SNT. Em consonância com o disposto no art. 15 do Decreto n. 9.175/2017:

Art. 15. O pedido de autorização de estabelecimentos de saúde, de equipes especializadas, de laboratórios de histocompatibilidade e de bancos de tecidos será apresentado às Secretarias de Saúde do Estado ou do Distrito Federal pelo gestor local do Sistema Único de Saúde - SUS, que o instruirá com relatório circunstanciado e conclusivo quanto à necessidade do novo serviço e à satisfação das exigências estabelecidas neste Decreto e em normas complementares, no âmbito de sua área de competência, definida pela Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 .

§ 1º Os estabelecimentos de saúde e as demais instâncias cujo funcionamento esteja condicionado à autorização pelo órgão central do SNT deverão respeitar o Plano Estadual de Doação e Transplantes estabelecido no Capítulo VII, no âmbito da gestão local de saúde, inclusive quanto à necessidade de sua criação e implementação.

§ 2º A Secretaria de Saúde do Estado ou do Distrito Federal diligenciará junto ao requerente para verificar o cumprimento das exigências a seu cargo.

§ 3º A Secretaria de Saúde do Estado ou do Distrito Federal remeterá o pedido de autorização ao órgão central do SNT para expedição da autorização caso haja manifestação favorável quanto à presença de todos os requisitos estabelecidos neste Decreto e em normas complementares. (BRASIL, 2017).

Acerca dos critérios para seleção do doador, conforme o parágrafo único do art. 2º da Lei n. 9.434/97, a realização do procedimento só poderá ser autorizada após a realização, no doador, de todos os testes de triagem para diagnóstico de infecção e infestação exigidos em normas regulamentares expedidas pelo Ministério da Saúde.

Em conformidade com os arts. 27 a 35 da Portaria n. 2.600/09 do Ministério da Saúde, todos os tecidos, órgãos, células ou partes do corpo obtidos de doador falecido que, para a sua destinação, contarem com potenciais receptores em regime de espera, deverão ser distribuídos conforme o Sistema de Lista Única Nacional de Receptores. Esse sistema é composto pelo conjunto de potenciais doadores brasileiros, natos ou naturalizados, ou estrangeiros residentes no país pelo conjunto de potenciais receptores brasileiros, natos ou naturalizados, ou estrangeiros residentes no país inscritos para recebimento de cada tipo de órgão, tecido, célula ou parte do corpo, e regulado por um conjunto de critérios específicos para a distribuição deles a estes potenciais receptores, assim constituindo o Cadastro Técnico Único (CTU). Destaca-se que é vedado o transplante, com órgãos, tecidos, células ou partes do corpo humano, provenientes de qualquer tipo de doador, de potenciais receptores estrangeiros que não possuam visto de residência permanente no Brasil, salvo a existência de tratados internacionais em bases de reciprocidade.

No art. 32 da Portaria n. 2.600/09 está disciplinado que com o objetivo de contribuir para a redução do tempo de espera em lista para transplantes de órgãos de doadores falecidos e melhorar a qualidade de vida dos receptores, poderão ser utilizados doadores com critérios expandidos, sendo que, neste caso, as equipes especializadas deverão informar dados complementares na ficha de inscrição no CTU, com manifestação expressa do receptor e da equipe a respeito das condições do órgão que são aceitáveis para seu receptor.

Acerca dos procedimentos de inscrição na Lista Única, expõe Maria Helena Diniz:

O paciente, ao ser inscrito no sistema de lista única, deverá receber do estabelecimento de saúde que encaminhou a sua inscrição e o comprovante de sua inscrição expedida pela CNCDO, bem como as explicações específicas sobre os critérios de distribuição do órgão ou tecido ao qual se relaciona como possível receptor. A data de inscrição do paciente na lista única é o referencial para início da contagem de tempo de espera e a transferência de inscrição de uma CNCDO para outra poderá ocorrer mediante solicitação do receptor, encaminhada pelo estabelecimento ou equipe que passará a atendê-lo. Havendo transferência da inscrição do receptor, para o computo do tempo de espera será considerada a data de inscrição anterior. O sistema de lista única, para cada tipo de órgão, parte ou tecido, possui três níveis de integração expresso nas listas nacionais, estaduais ou regionais. As listas nacionais serão constituídas pelos conjuntos das listas estaduais; as estaduais, pelos conjuntos das listas das CNCDOs sob sua jurisdição e as regionais, pelas inscrições dos pacientes na CNCDO regional. (DINIZ, 2017, p. 437).

A inscrição em lista única de espera não confere ao pretense receptor ou à sua família direito subjetivo a indenização, se o transplante não se realizar em decorrência de alteração do estado de órgãos, tecidos e partes, que lhe seriam destinados, provocado por acidente ou incidente em seu transporte, conforme o §2º do art. 10 da Lei n. 9.434/97. Destaca-se a importante iniciativa dos órgãos de gestão nacional, regional e local do SUS e pelos meios adequados de comunicação social de realizar, periodicamente, campanhas para elucidar o público dos benefícios da lei e estimular a doação de órgãos (art. 11, parágrafo único da Lei N. 9.434/97). Uma prática solidária, fraterna e humana.

A legislação impõe sanções penais e administrativas aos infratores das normas que regem a doação de órgãos, nos arts. 14 a 20 da Lei n. 9.434/97), cabíveis além da responsabilidade civil por dano moral ou patrimonial provocado por tais atividades. Há também imposição de sanções administrativas aos estabelecimentos de saúde e equipes médico-cirúrgicas que por ventura se envolvam em atos contrários à Lei, conforme §1º, art. 21 da mesma Lei. Além da multa, o órgão de gestão estadual do SUS poderá determinar a desautorização temporária ou permanente da instituição, de acordo com o art. 21, §2º da mesma Lei.

Algumas portarias do Ministério da Saúde apresentam diretrizes à prática dos transplantes, como a Portaria n 2.600/09 aprovou o Regulamento Técnico do Sistema Nacional de Transplante.

Por conseguinte, pelo Código de Ética Médica vigente, é vedado ao médico descumprir legislação específica nos casos de transplantes de órgãos ou tecidos (art. 15, 1ª parte), participar do processo de diagnóstico da morte ou da decisão de suspensão dos meios

artificiais de prolongamento da vida de possível doador, quando, pertencente à equipe de transplante (art. 43), deixar, em caso de transplante, de explicar ao doador e ao receptor ou a seus responsáveis legais, em termos compreensíveis, os riscos de exames, cirurgias ou outros procedimentos (art. 44), retirar órgão de doador vivo quando interdito ou incapaz, mesmo com autorização de seu responsável legal, exceto nos casos permitidos e regulamentados em lei (art. 45), participar, direta ou indiretamente, de comercialização de órgãos ou tecidos humanos (art. 46).

4 A IMPORTANCIA DA VONTADE DO INDIVÍDUO POR MEIO DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE FRENTE À DESAPROPRIAÇÃO DE ÓRGÃOS PARA FINS DE TRANSPLANTES

Quando se fala a respeito da vontade do indivíduo, é imprescindível reforçar a ligação que ela possui com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Para assegurar a efetivação da escolha de doar órgãos, o indivíduo conta com a possibilidade e elaborar, em vida, uma DAV ou, ainda, um testamento vital. Sobre as diretivas antecipadas de vontade, afirmam Sergio Martinez e Adaiana Lima:

As primeiras diretivas direcionadas a regular os tratamentos a serem aplicados ao paciente terminal surgiram na legislação californiana em 1976, por meio do California Natural Death Act. A inovação concedia aos pacientes terminais, devidamente esclarecidos, o direito de recusar determinados tipos de tratamento, tendo em vista o desfecho provável de sua doença. instrumento para essa manifestação era o chamado *'living will'*, traduzido para o português por testamento vital. Para Dadalto (2010, p. 2), é um 'documento pelo qual uma pessoa capaz pode deixar registrado a quais tratamentos e não tratamentos deseja ser submetida caso seja portadora de uma doença terminal.' (MARTINEZ; LIMA, 2016, p. 106).

Nesse contexto, Adriano Martelo Godinho traz uma definição para a ferramenta legal do testamento vital:

O testamento vital consiste num documento, devidamente assinado, em que o interessado juridicamente capaz declara quais tipos de tratamentos médicos aceita ou rejeita, o que deve ser obedecido nos casos futuros em que se encontre em situação que o impossibilite de manifestar sua vontade, como, por exemplo, o coma. (GODINHO, 2012, p. 956).

O posicionamento do autor apresenta muito sentido, pois, embora o indivíduo se encontre em situação que impossibilita sua manifestação de vontade, em um momento anterior, oportuna e legalmente, sua vontade já foi manifestada. Ou seja, ainda que não possa se manifestar no momento, ele já o fez anteriormente. A decisão já foi tomada e, dessa forma, ela deve ser respeitada. Nessa linha, o autor continua, acerca da figura do testamento vital:

Não se trata exatamente de um testamento, porque este ato jurídico se destina a produzir efeitos *post mortem*; ao revés, o testamento vital tem eficácia *inter vivos*. Ademais, há outra significativa distinção entre as figuras: o testamento vital tem por objetivo firmar antecipadamente a vontade do paciente quanto aos atos médicos a que, pretende se submeter, subsistindo as instruções contidas no documento nos casos que seu

subscriber estiver impossibilitado de manifestar-se, o testamento propriamente dito, por seu turno, implica, normalmente, uma divisão do patrimônio pertencente ao testador, não obstante a lei permita que o ato seja celebrado para fins não patrimoniais, como o reconhecimento de paternidade, por exemplo. (GODINHO, 2012, p. 956).

Nesse sentido, Nunes (2012, p. 30) interpreta que “o testamento vital é vetor de afirmação dos direitos individuais, designadamente dos doentes terminais, reforçando o sentimento de autodeterminação e de independência face à intervenções médicas não desejadas”. (*apud* MARTINEZ; LIMA, 2016, p. 108).

Sustentando o conceito de testamento vital como vetor de direitos individuais, afirmam Martinez e Lima (2016, p. 108) “Enquanto vetor de afirmação de direitos individuais, uma vez que sua natureza jurídica não é de testamento civil, como observado, resta a configuração do testamento vital enquanto negócio jurídico”.

Conforme a interpretação dos autores referenciados, o testamento vital possui natureza de negócio jurídico e Amaral (2006, p. 267) afirma que negócio jurídico é uma “declaração de vontade privada destinada a produzir efeitos que o agente pretende e o direito reconhece.” (*apud* MARTINEZ; LIMA, 2016, p. 108).

Assim, se o testamento vital nada mais é que a declaração da vontade privada destinada a produzir efeitos que o agente pretende e o direito reconhece, os efeitos da decisão do indivíduo, ao declarar-se doador de órgãos em seu testamento vital, deve produzir seus efeitos.

Ainda a respeito da característica de negócio jurídico do testamento vital, Farias e Rosenvald (2010, p. 642) afirmam que o negócio jurídico, por ser situação jurídica derivada do elemento volitivo (vontade humana), pertencente à classe dos fatos jurídicos cujo resultado final é pretendido, desejado, pelas partes, tem nítido cunho de satisfação de interesses privados. (*apud* MARTINEZ; LIMA, 2016, p. 108).

Se há, legalmente, uma ferramenta jurídica que visa assegurar um resultado final pretendido, fruto da vontade humana, poderia qualquer outro dispositivo legal se sobressair sobre a vontade do próprio indivíduo que optou por doar seus órgãos? Se ele pode dirimir sobre a destinação de seus bens, por que não poderia dirimir sobre seus órgãos por meio das ferramentas legais destinadas para isso?

Na mesma linha, reafirma Dadalto (2010, p. 73), visto que garante a autonomia privada ao sujeito, quanto aos tratamentos a que este será submetido em caso de terminalidade da vida, requer um instrumento hábil para tanto. (*apud* MARTINEZ; LIMA, 2016, p. 108).

Nesse ponto, é importante destacar que o negócio jurídico possui efeito *inter vivos*, uma vez que atinge seu escopo em razão de ser eficaz em vida, pois determina os rumos que devem ser satisfeitos durante a vida do indivíduo, com o suporte de médicos, parentes do paciente, e demais indivíduos, de acordo com a vontade do paciente, que estipulará normas de foro íntimo.

A autonomia da vontade nada mais é, se não a oportunidade que o sujeito possui, a fim de autodeterminar-se e, por apresentar essa característica, Sgreccia (1996, p. 167) expõe que se trata de um princípio relativo aos direitos fundamentais do homem. (*apud* MARTINEZ; LIMA, 2016, p. 108).

Interpretando a função do testamento vital a luz da visão de Sgreccia, onde a ferramenta do testamento vital figura como a materialização da vontade do indivíduo, quando a autodeterminação estipulada nele é violada, os próprios direitos fundamentais do indivíduo foram violados.

Brauner (2003, p. 12), sustenta que o princípio da autonomia privada ampara a ideia de que o indivíduo deve ser reconhecidamente autônomo em suas decisões, isto é, de que deve ser estimado como sujeito capaz de deliberar sobre os seus objetivos pessoais.

Por seu turno, considera-se autonomia individual, a capacidade ou aptidão que têm os indivíduos de conduzirem suas respectivas vidas como melhor lhes convier o entendimento de cada uma delas (SÁ; MOUREIRA, 2012 *apud* MARTINEZ; LIMA, 2016, p. 108).

Considerando que a escolha de doar órgãos é fruto das convicções pessoais de cada indivíduo, ao fazer a sua escolha, ele exerce a sua autonomia individual. Assim, caso o indivíduo tenha optado pela doação e a sua vontade não tenha sido respeitada, tal ato pode ser considerado uma violação a sua autonomia individual.

Sobre a autonomia individual do homem, Amaral (2006, p. 348) leciona que a expressão autonomia da vontade tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real. (*apud* MARTINEZ; LIMA, 2016, p. 109).

Reafirmando tal distinção, Ascensão (2006, p. 46) aduz que a autonomia da vontade é algo subjetivo e psicológico, enquanto autonomia privada é algo objetivo e declarativo. (*apud* MARTINEZ; LIMA, 2016, p. 109).

Diante desse entendimento, dentro do contexto abordado, conclui-se que a autonomia privada é uma espécie de complemento da autonomia da vontade, para afirmar a liberdade que o indivíduo possui, de fazer suas escolhas a respeito dos tratamentos aos quais deseja ou não ser submetido, ocasião de pleno uso de seus direitos da personalidade.

Considerando a forte influência que os direitos da personalidade exercem sobre o tema, Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira reconhecem que os direitos da personalidade são:

Aqueles que têm por objeto os diversos aspectos da pessoa humana, caracterizando-a em sua individualidade e servindo de base para o exercício de uma vida digna. São direitos da personalidade a vida, a intimidade, a integridade física, a integridade psíquica, o nome, a honra, a imagem, os dados genéticos e todos os seus demais aspectos que projetam a personalidade no mundo. (SÁ; MOUREIRA, 2012, p. 49).

Os direitos da personalidade apresentam íntima ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana e, nesse sentido, Fachin (2007, p. 46) denota que é impossível reconhecer uma visão privatística de direitos da personalidade, desvinculada dos direitos do homem, razão pela qual se faz necessário um exame acurado da fundamentação da dignidade da pessoa humana, que subjaz aos direitos da personalidade. (*apud* MARTINEZ; LIMA, 2016, p. 109).

Respalhando o entendimento, Sarlet (2007, p. 174- 175) corrobora sustentando que a tutela jurídica aplicada aos direitos da personalidade tem como princípio basilar, o da dignidade da pessoa humana, que norteia e valida o sistema jurídico de defesa da personalidade. (*apud* MARTINEZ; LIMA, 2016, p. 109). Assim, fica evidenciada a forte ligação que ambos apresentam entre si.

Para Moller (2012, p. 72) é difícil identificar o momento que surge a noção de dignidade, no entanto a autora afiança que é possível referir períodos da história e correntes de pensamento em que se fez presente a ideia que o ser humano possui um valor próprio que lhe é intrínseco. (*apud* MARTINEZ; LIMA, 2016, p. 109).

Analisando mais de perto o conceito da dignidade humana em si, Dworkin (2003, p. 333- 334) preleciona que o direito à dignidade consiste no direito das pessoas de “não serem vítimas da indignidade, de não serem tratadas de um modo em que, em sua cultura ou comunidade, se entende como demonstração de desrespeito”. (*apud* MARTINEZ; LIMA, 2016, p. 109).

Acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, afirmam Sergio Martinez e Adaiana Lima:

Dada à importância de resguardar tal direito, a Constituição da República Federativa do Brasil, elevou em seu artigo 1º, inciso III, como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa

humana. O princípio da dignidade da Pessoa Humana é o fundamento para o exercício da autonomia privada em face das situações determinabilidade de vida. Tendo em consideração que os referidos princípios não podem ser analisados em separado. ((MARTINEZ; LIMA, 2016, p. 110).

Analisando a autonomia da vontade sob a ótica do poder negocial dos indivíduos nos negócios jurídicos, para Amaral (2006, p. 345), o poder negocial confere aos particulares a capacidade de regular, via negócio jurídico, o exercício de sua própria autonomia privada, as relações às quais participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica que, por via de consequência, é fundamental tanto nas situações jurídicas patrimoniais quanto nas existenciais. Frente a esse posicionamento, é possível concluir que o autor acredita que a autonomia privada do indivíduo é peça chave fundamental nas relações jurídicas patrimoniais e que a autonomia privada também deve ser fundamental nas relações existenciais.

Diante da questão, reforça-se o seguinte questionamento: Se o indivíduo tem reconhecida autonomia para dirimir sobre seus bens após a sua morte (e sua vontade é respeitada e efetuada), porque o mesmo indivíduo não tem plena autonomia legal para dirimir sobre a destinação de seus órgãos após a sua morte? Sua autonomia não é respaldada, ainda que o indivíduo, em vida e em momento oportuno, formalize a decisão de doar seus órgãos após a morte, porque o art. 4º da Lei n. 9.434/17 afirma que a retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.

Diante do exposto, fica evidenciada a relação direta que a autonomia do indivíduo possui com a sua própria dignidade de ser, a dignidade da pessoa humana. Nessa linha, quando, embora o indivíduo tenha formalizado legalmente a decisão de tornar-se doador, seus órgãos não são doados por decisão de sua família, sua autonomia foi violada, desrespeitada e, conseqüentemente, a dignidade da pessoa humana também, diante da forte ligação que possuem entre si. Portanto, o art. 4º da Lei viola a autonomia de todos os indivíduos que formalizaram a opção de doar seus órgãos, uma vez que é concedido a sua família o poder de decisão.

Assim, dentro do cenário exposto, Dadalto (2010 *apud* MARTINEZ; LIMA, 2016, 14) afirmam Sergio Martinez e Adaiana Lima:

Nesse contexto, a autonomia privada deve ser entendida sob uma perspectiva dialógica, conformada pela Dignidade da Pessoa Humana e, portanto,

dirigida aos aspectos existenciais e de terminalidade da pessoa, dos seus direitos da personalidade, aos direitos de família e, em alguns aspectos, aos direitos das sucessões.

Cumpra elucidar que as existenciais são as que conferem a possibilidade, reconhecida pelo direito, da pessoa assumir a sua autonomia privada em situações jurídicas que dizem respeito diretamente à posição terminal de sua vida (SÁ; MOUREIRA, 2012, p. 36-37 *apud* MARTINEZ; LIMA, 2016, p. 110).

É importante destacar que os direitos que resguardam o paciente terminal compõem no âmbito de situações jurídicas existenciais "*in extremis*", ou seja, situações permeadas pela autonomia privada e, por via de consequência, pela Dignidade da Pessoa Humana. Desse modo, é necessário considerar que:

Ser pessoa é ser livre para assumir a titularidade das coordenadas de uma personalidade construída pela própria pessoa com os outros. Todo homem tem liberdade para ser pessoa na medida em que pode assumir a sua personalidade. Aqui repousa a legitimação do Direito, cujo fim precípua é a tutela da pessoa e as suas diversas formas de manifestação. Em consequência, tratar a pessoa como não pessoa é retirar-lhe a dignidade de ser pessoa. É afrontar a sua autonomia privada e negar o direito de construir a sua própria personalidade. É desrespeitar a sua dignidade e tutelar tão somente uma qualidade de ser, o que não necessariamente implica na defesa da dignidade. (SÁ; MOUREIRA, 2012, *apud* MARTINEZ; LIMA, 2016, p. 39).

Portanto, retirar do indivíduo a oportunidade de decidir sobre a doação de seus órgãos e tecidos ao fim de sua vida, é roubar-lhe a sua titularidade, sua livre manifestação, sua autonomia privada, é roubar-lhe, sobretudo, a sua dignidade humana.

Incumbe ao Estado Democrático de Direito assegurar ao indivíduo o direito ao término da vida com dignidade, direito que deve ser exercido de forma autônoma por seu titular. Nessa linha, ao permitir que um familiar decida a respeito da desapropriação, ou não, dos órgãos do de cujus, para finalidade terapêutica de transplantes, o art. 4º da Lei n. 9.434/97 viola o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, inerente a todo e qualquer indivíduo.

Portanto, é desse modo que a autonomia privada ganha o reforço da dignidade da pessoa humana, ao reconhecer que testamento vital e a DAV são justificáveis a partir do momento em que a o indivíduo pode escolher salvar a vida do próximo, por meio de um ato genuinamente altruísta.

4.1 CONFLITO APARENTE ENTRE A AUTONOMIA DA VONTADE DO DOADOR E AUTORIZAÇÃO DA FAMÍLIA DO DOADOR

Ao analisar a legislação brasileira vigente sobre o tema, verifica-se um aparente conflito entre normas, no que tange a autorização para que se possa proceder com a retirada dos órgãos para, em seguida, realizar-se o transplante.

Diante de todas as exposições de diversos autores sobre o tema, fica demonstrada a relação direta que a autonomia da vontade possui com o princípio da dignidade da pessoa humana, de modo que, ao violar a autonomia de um indivíduo, é violada, automaticamente, a sua dignidade humana.

O conflito reside no fato de que a Lei n. 9.434/97 consiste em legislação infraconstitucional e, como tal, encontra-se hierarquicamente abaixo da CRFB/88, ao afirmar em seu art. 4º que a retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente.

Ou seja, independente da vontade do indivíduo falecido (ainda que ele, em vida, tenha formalizado ferramentas legais para legitimar a doação), quem autorizará, ou não, a doação de seus órgãos e tecidos, será o cônjuge ou parente. Diante do disposto no art. 4º é possível verificar, de forma escancarada, a violação da autonomia da vontade do falecido, bem como a violação do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que ambos caminham juntos, como já fora fortemente debatido e demonstrado em seção anterior.

Assim, constata-se que o disposto no art. 4º fere as ideias de autonomia da vontade e, sobretudo, a dignidade da pessoa humana, que, por sua vez, é um preceito constitucional, uma vez que encontra seu amparo legal na CRFB/88. Sabe-se que as normas, dentro da legislação brasileira, obedecem uma hierarquia e a CRFB/88 encontra-se no topo. Nessa linha, expõem Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

a) *Constituição*: fundamento do sistema positivo, é a mais importante norma em um ordenamento jurídico nacional. O princípio da supremacia da Constituição sujeita todas as normas da ordem jurídica a uma conformidade tanto formal quanto material com o texto constitucional. A conformidade formal exige que o ato normativo tenha sido produzido de acordo com as regras constitucionais que disciplinam a sua edição. A compatibilidade material impõe que não haja contraposição entre o que a constituição ordena ou proíbe e o que dispõem os atos normativos que integram a ordem jurídica. Observe-se, ainda, que o caráter dirigente da Constituição brasileira de 1988, aferido, por exemplo, pelo seu art. 3.º, resulta em que a Constituição também impõe ações para o Poder Público em atendimento às diretrizes estabelecidas e aos objetivos fixados. Assim, o descumprimento do Poder Público às

normas constitucionais pode resultar de uma ação normativa incompatível, acarretando uma inconstitucionalidade por ação, ou por uma inércia ou conduta diversa daquela que é exigida, o que implica uma inconstitucionalidade por omissão. A Constituição como um parâmetro, a projeção dos efeitos dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, o caráter irradiante dos princípios constitucionais e a feição analítica do texto constitucional brasileiro repercutem ativamente nas relações civis, acarretando uma ‘constitucionalização do direito civil’, que não é insensível a um ‘civilização do direito constitucional’. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2012, p. 60-61).

Frente ao pensamento dos autores, todas as normas da ordem jurídica devem apresentar conformidade, tanto formal quanto material, com o texto constitucional e, nesse viés, o art. 4º da lei deixa a desejar, pois, conforme o raciocínio apresentado e fundamentado até aqui, o artigo fere o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, pois a sua finalidade, na qualidade de princípio fundamental, é assegurar ao homem o mínimo de direitos que devem ser respeitados pela sociedade e pelo poder público, de forma a preservar a valorização do ser humano, e no presente artigo, os direitos do homem são violados, roubados dele e transferidos a outrem.

Os autores afirmam, ainda, que em seu art. 3.º, a Constituição impõe ações para o Poder Público em atendimento às diretrizes estabelecidas e aos objetivos fixados. Entretanto, considerando que o objetivo maior da CRFB/88 é a promoção da dignidade da pessoa humana a todos os indivíduos, o poder público, ao legitimar a prática do art. 4º da Lei n. 9.434/97, viola a própria Constituição, pois impede abruptamente que os indivíduos exerçam a sua autonomia, e até mesmo os direitos da personalidade que, como já mencionado, acompanham o indivíduo mesmo após a morte, nas ocasiões previstas por lei. Dessa forma, a disposição legal do art. 4º rouba a dignidade da pessoa humana do falecido, uma vez que impedir a doação de seus órgãos pode configurar até mesmo como um impedimento de exercê-lo as suas crenças e convicções pessoais e até mesmo religiosas.

Na sequência, os autores afirmam que o descumprimento do Poder Público às normas constitucionais pode resultar de uma ação normativa incompatível, acarretando uma inconstitucionalidade por ação, ou por uma inércia ou conduta diversa daquela que é exigida, o que implica uma inconstitucionalidade por omissão. Desse modo, diante do conflito apresentado, fica exposto o viés inconstitucional do art. 4º da Lei n. 434/97.

Diante desse conflito legislativo, ainda sem solução, a respeito de quem detém o poder de decidir sobre doação e transplante de órgãos de pessoa falecida, o Enunciado n. 277 do Conselho da Justiça Federal reconheceu a titularidade do sujeito sobre o próprio corpo, devolvendo ao doador o poder de dispor de seu corpo da forma como escolher em vida,

reservando à família o direito de decidir quando ausente qualquer manifestação de vontade daquele. A respeito do Enunciado, afirmam Lorena Oliveira Dantas Maynard, Isabel Maria Sampaio Oliveira Lima, Yara Oyram Ramos Lima e Ediná Alves Costa:

Trata-se, todavia, apenas de orientação doutrinária, subsistindo o conflito legal, ainda pendente de solução jurídica. É necessária uma adequação entre os dispositivos de lei, partindo-se do texto já existente do artigo 4º da Lei n. 9.434/1997 e introduzindo, apenas, em respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, a manifestação da vontade do doador, ainda em vida, devidamente documentada. A doação de órgãos é um ato de solidariedade que deve ocorrer por vontade do próprio doador, dado seu caráter incontestavelmente personalíssimo. O desrespeito à sua vontade pela família constitui evidente lesão aos direitos individuais (MAYNARD; LIMA; LIMA; COSTA, 2016, p. 139).

Buscando compreender as razões onde se assenta a recusa familiar para autorizar a doação dos órgãos, observa-se que um dos motivos consiste na ausência de compreensão e conhecimento a respeito da morte encefálica. Acerca do fenômeno da morte encefálica, afirmam Giana Garcia Dalbem e Rita Catalina Aquino:

A maior fonte de obtenção de órgãos decorre de doadores cadáveres com morte encefálica, isto é, pacientes com destruição completa e irreversível do cérebro e tronco cerebral, mantidos artificialmente por suporte vital. Estima-se que apenas 1 a 4% dos pacientes que morrem em hospital e 10 a 15% dos que morrem em centros de cuidados intensivos apresentam o quadro de morte encefálica. (DALBEM; AQUINO, 2010, p. 729).

Outros motivos que corroboram para as taxas de recusa, são o desconhecimento do desejo do potencial doador, questões religiosas, a demora na liberação do corpo e, ainda, o medo da comercialização de órgãos. No que tange a recusa motivada por aspectos de cunho religioso, segundo Willeman, (2009, p. 02) “conforme conhecimento convencional, o Brasil adotou posição constitucional pela laicidade do Estado. Isto quer dizer que todos os cidadãos são livres para escolher a religião que melhor convier à sua consciência e crença”, a liberdade religiosa está fundamentada na CRFB/88, art. 5º, incs. VI e VIII, destaca-se também o art. 18 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948 e o art. 12 do Pacto de San José da Costa Rica, ambos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, que afiançam o direito de cada indivíduo professar sua fé e crença sem interferência de medidas que possam restringi-las.

Cada indivíduo exerce suas crenças religiosas e convicções individualmente, de modo que as suas crenças também fazem parte de quem o indivíduo é. Com isso, a liberdade

religiosa da família não pode se sobrepor a liberdade religiosa do doador em potencial, pois, nessa ocasião, são as convicções dele que devem prevalecer, pois o ato de doar deve ser fruto de escolha própria. Quando as convicções religiosas da família se sobressaem as do doador em potencial, CFRB/88 é novamente ferida, onde os preceitos do art. 5º, incs. VI e VIII são violados.

Um possível modo de resolver o conflito de normas acerca do tema, seria a aplicação do art. 4º (necessidade de autorização familiar) somente nos casos de indivíduo que não haja formalizado a vontade de doar os órgãos, qualificando-se como doador em vida, por meio das ferramentas legais disponíveis, como por exemplo, o testamento vital e a DAV.

Assim, entende-se que o art. 4º, nos moldes atuais, viola, em sua integralidade, o princípio constitucional absoluto da dignidade da pessoa humana, de modo a gerar inconstitucionalidade por ação, pois a dignidade da pessoa humana é prevista no art. 1º, inc. III da CRFB/88 e constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, inerente à República Federativa do Brasil, desse modo, deve ser observada na formulação de toda a legislação brasileira infraconstitucional.

4.1.1 Atos de disposição do próprio corpo

O art. 14, como já mencionado em seção anterior, dispõe que é válida, com objetivo científico ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte, e seu parágrafo único afirma que o ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

É de conhecimento geral que a vida humana é um bem supremo, preexistente ao direito e que deve ser respeitado por toda a coletividade. A vida humana consiste em um bem jurídico fundamental, ao passo que se constitui na origem e também no suporte de todos os demais direitos. Sobre o tema, afirma Gonçalves (2010, p. 193) “sua extinção põe fim à condição de ser humano e a todas as manifestações jurídicas que se apoiam nessa condição. O direito à vida deve ser entendido como o direito ao respeito à vida do próprio titular e de todos”. A finalidade da proteção da vida humana e da integridade física do homem é, primordialmente, a preservação desses bens jurídicos, que são protegidos, assegurados e resguardados pela CRFB/88, em seu art. 1º, III e art. 5º, III), pelo Código Civil de 2002, em seus arts. 12, 13, 14 e 15, 186, 948 e 951) e, ainda, pelo Código Penal de 1940, ao punir, em seus arts. 121 a 128 quatro tipos de crimes contra a vida (homicídio, induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, infanticídio e aborto) e no art. 129, o crime de lesões corporais.

De acordo com Gonçalves (2010, p. 193) “essa proteção começa, conforme dispõe o art. 2º do Código Civil, desde a concepção (v. *Começo da personalidade natural*, n. 6, *retro*) e se estende até a morte, modernamente representada pela paralisação da atividade cerebral, circulatória e respiratória”. O valor que a vida humana possui legitima a sua defesa em face dos riscos de sua destruição. Sobre a abrangência do direito ao próprio corpo, assim menciona em sua obra Carlos Roberto Gonçalves:

O direito ao próprio corpo abrange tanto a sua integralidade como as partes dele destacáveis e sobre as quais exerce o direito de disposição. Consideram-se, assim, coisas de propriedade do titular no respectivo corpo. O corpo humano sem vida é cadáver, coisa fora do comércio, insuscetível de apropriação, mas é possível de disposição na forma da lei. (GONÇALVES, 2010, p. 193).

A admissão da realização de transplantes de partes do corpo humano se encontra no parágrafo único do art. 13 do Código Civil de 2002, juntamente com a legislação que dispõe sobre o tema, a Lei n. 9.434/97, com alterações determinadas pela Lei n. 10.211/01.

No art. 9º da Lei n. 9.434/97 fica permitido, a pessoa considerada juridicamente capaz, dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes (desde que o ato não represente risco para a sua saúde física e mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável), nessa linha, se a lei autoriza a disposição dos órgãos para a finalidade de transplantes *post mortem* a indivíduo civilmente capaz, a necessidade de anuência familiar estipulada no art. 4º da mesma Lei, mostra-se totalmente dispensável, uma vez que é o próprio indivíduo quem deve decidir sobre a questão, pois, por ser dotado de autonomia, possui legitimidade para tal, como visto nas seções anteriores.

Com o intuito de reforçar a dispensabilidade de autorização familiar, destaca-se que existe, na legislação, a figura do princípio do consenso afirmativo, conforme Carlos Roberto Gonçalves conceitua:

O art. 14 e parágrafo único do Código Civil tratam da disposição *post mortem* gratuita do próprio corpo, disciplinada nos arts. 3º e 9º da Lei n. 9.434/97. Nesse caso, a retirada das partes doadas para transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada na forma da lei (art. 3º). Os mencionados dispositivos legais consagram, nitidamente, o *princípio do consentimento afirmativo*, pelo qual cada um deve manifestar sua vontade de doar seus órgãos e tecidos para depois de sua morte, com objetivo científico ou terapêutico, tendo do direito de, a qualquer tempo, revogar livremente essa doação feita para torna-se eficaz após a morte do doador. (GONÇALVES, 2010, p. 194).

Desse modo, consagrar a família do doador o poder de autorização para que se efetive a doação fere diretamente esse princípio, ao passo que impede que a vontade manifestada pelo doador em potencial seja manifestada e executada, roubando-lhe o poder de decisão sobre o seu próprio corpo, direito que é conferido a todos pela lei.

Acerca do Enunciado n. 277 do Conselho de Justiça Federal, mencionado em seção anterior, Carlos Roberto Gonçalves interpreta-o como a ênfase de que a decisão de disposição do próprio corpo constitui ato personalíssimo do disponente:

A Lei n. 10. 211/2001, ao exigir a autorização dos familiares do falecido para realizar o transplante, afastou a presunção de que todas as pessoas eram doadoras potenciais. Para enfatizar que a decisão de disposição do próprio corpo constitui ato personalíssimo do disponente, o Enunciado 277 da IV Jornada de Direito Civil realizada pelo Conselho da Justiça Federal dispõe: O art. 14 do Código Civil, ao afirmar a validade da disposição gratuita de 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 de art. 4º da Lei n. 9.434/1997 ficou restrita à hipótese de silêncio do potencial doador. (GONÇALVES, 2010, p. 195).

Por conseguinte, destaca-se que a exposição do autor reforça a existência do conflito de normas debatido na seção anterior e, ao encontro do entendimento citado, valendo-se do disposto no Enunciado, reforça o entendimento no sentido da decisão de disposição do próprio corpo constituir ato personalíssimo do disponente, cabendo única e exclusivamente a ele dirimir sobre a matéria, de modo a reconhecer a necessidade de autorização familiar somente nos casos de indivíduo civilmente incapaz ou que não haja manifestado, em vida, a vontade de doar seus órgãos ou tecidos para a finalidade de transplantação.

4.1.2 A violação dos direitos fundamentais quando a família não autoriza a doação previamente autorizada pelo indivíduo

Diante dos temas abordados, denota-se que todo indivíduo é dotado de autonomia individual, que se manifesta por meio dos direitos da personalidade, do princípio da autonomia da vontade e, ainda, do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Diante de todas as ligações apresentadas, é possível concluir até mesmo que o direito que todo homem possui de exercer autonomamente as suas decisões faz parte do *roll* dos seus direitos fundamentais. Corroborando com o entendimento, reafirma-se que a autonomia da vontade nada mais é, se não a oportunidade que o sujeito possui, a fim de autodeterminar-se e,

por apresentar essa característica, e Sgreccia (1996, p. 167) consolida esse entendimento, ao expor que se trata de um princípio relativo aos direitos fundamentais do homem. (*apud* MARTINEZ; LIMA, 2016, p. 108).

Ao declarar sua vontade manifesta de doar seus órgãos e tecidos após a sua morte, ao faz o uso dessa faculdade de decisão, que lhe é conferida pela lei nº 9.434/1997, o indivíduo está exercendo seus direitos fundamentais. Sobre as evidências do surgimento dos primeiros mecanismos de proteção individual na história, a autora afirma:

Comparato (2001) elaborou obra com estudo aprofundado a respeito do tema. Segundo ele, no período axial³, compreendido pelos séculos VIII a II a.C., com o surgimento do monoteísmo, surgiram os primeiros resquícios que deram origem aos Direitos Fundamentais. (COMPARATO, 2001 *apud* PFAFFENSELLER, 2007, p. 94).

Contudo, a simples afirmação da existência de direitos não é suficiente para assegurar a sua efetividade, assim, com base nas ideias de Norberto Bobbio, expõe a autora:

Nas palavras de Bobbio: Enquanto teorias filosóficas, as primeiras afirmações dos direitos do homem são pura e simplesmente a expressão de um pensamento individual: são universais em relação ao conteúdo, na medida em que se dirigem a um homem racional fora do espaço e do tempo, mas são extremamente limitadas em relação à sua eficácia, na medida em que são (na melhor das hipóteses) propostas para um futuro legislador. (BOBBIO, 1992, p. 29) Ainda segundo Bobbio (1992), a segunda fase dos Direitos Fundamentais começa, então, a partir do momento que os mesmos passam a ser positivados pelos Estados. Ainda que os ideais de democracia e controle dos órgãos políticos, iniciados em Atenas e na República Romana respectivamente, tenham desaparecido com o surgimento do feudalismo, a afirmação positivada dos Direitos Fundamentais inicia-se ainda na Idade Média. Neste período, conforme leciona Comparato (2001), foram extintos os poderes políticos e econômicos. (PFAFFENSELLER, 2007, p. 95).

A Carta Magna, assinada pelo rei João, da Inglaterra, no ano de 1215, representa um marco muito significativo no processo de consolidação dos direitos fundamentais:

A Magna Carta não se constituiu essencialmente em uma declaração de direitos, pois se tratava de uma Carta que tão-somente concedia privilégios para os senhores feudais. Entretanto, sua importância para o estudo dos Direitos Fundamentais consiste no fato de que foi o primeiro vestígio de limitação do poder soberano do monarca. Pela primeira vez na história medieval, o rei se acha limitado pelas leis que ele próprio edita. (PFAFFENSELLER, 2007, p. 96).

Tempos depois, a Inglaterra vivia um novo contexto histórico, que trouxe consigo novos desafios e, também, novos avanços, conforme apresenta Michele Pfaffenseller:

Ainda segundo Comparato (2001), já em meados do século XVII, sob um novo contexto histórico, a Inglaterra passou a enfrentar constantes rebeliões, derivadas de querelas religiosas. Após um período de constantes revoltas contra a dinastia que lá reinava com inabalável apelo à religião católica, a nobreza conseguiu destronar o rei Jaime II, declarando o trono vago. A coroa foi então oferecida ao príncipe Guilherme de Orange, que a assumiu após aceitar uma declaração de direitos votada pelo Parlamento, a Bill of Rights (1689). Com ela extingue-se o regime de monarquia absoluta, retornando-se à idéia de governo representativo através dos poderes atribuídos ao Parlamento, o qual possuía garantias especiais de modo a preservar sua liberdade diante do chefe de Estado, gerando já uma noção de separação de poderes. Ainda que não fosse uma declaração de direitos humanos, no entender de Comparato: O Bill of Rights criava, com a divisão de poderes, aquilo que a doutrina constitucionalista alemã do século XX viria denominar, sugestivamente, uma garantia institucional, isto é, uma forma de organização do Estado cuja função [...] é proteger os Direitos Fundamentais da pessoa humana. (*apud* PFAFFENSELLER, Michele, p. 96).

Passado quase um século dos acontecimentos, durante o movimento de Independência, as colônias dos Estados Unidos da América do Norte formularam suas Declarações:

A Declaração de Virgínia, segundo Comparato, foi o ‘registro de nascimento dos direitos humanos na História’. (2001, p. 48) Isto porque anteviu uma gama de Direitos reiterados posteriormente na Declaração da Independência, a qual é considerada por Comparato (2001) como ‘uma declaração à humanidade’, que deu início a uma nova legitimidade política: a soberania popular. Foi também o primeiro documento a reconhecer a existência de direitos inerentes a todo ser humano, independente de sexo, raça, religião, cultura ou posição social. A Declaração dos Estados Unidos, entretanto, teve um caráter fechado ou, melhor dizendo, preocupou-se tão somente ‘em firmar a sua independência e estabelecer seu próprio regime político do que levar a idéia de liberdade a outros povos’. (COMPARATO, 2001 *apud* PFAFFENSELLER, 2007, p. 96).

Frente à positivação dos direitos em Declarações dos Estados, Bobbio (1992) entende que os Direitos Humanos ganham em concretividade, mas perdem em universalidade, pois só têm validade no âmbito do Estado que os reconhece. (BOBBIO, 1992 *apud* PFAFFENSELLER, 2007). O desenvolvimento da universalidade dos direitos fundamentais ao longo da história não se deu de forma homogênea e, embora sejam considerados como direitos fundamentais, ao analisar os desdobramentos e as conquistas de suas garantias, fica evidenciado que estes só foram alcançados após muitas lutas. Ao encontro disso, afirma Miguel Belinati Piccirillo:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por

lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas [...] Os direitos essenciais a pessoa humana nascem das lutas contra o poder, das lutas contra a opressão, das lutas contra o desmando, gradualmente, ou seja, não nascem todos de uma vez, mas sim quando as condições lhes são propícias, quando passa-se a reconhecer a sua necessidade para assegurar a cada indivíduo e a sociedade um existência digna. (PICCIRILLO, 2009).

Retomando a evolução histórica, Michele Pfaffenseller segue a sua exposição:

Entretanto, não podemos deixar de seguir o entendimento de Bobbio (1992) quando afirma que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, é quem dá início à terceira e mais importante fase dos Direitos Fundamentais pois, além de sua universalidade, ela: Põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado. (BOBBIO, 1992, p. 30) Não obstante, Bobbio (1992) lembra também que a Declaração de 1948 é apenas o início de um longo processo, pois não tem forças de norma jurídica. Surgida com o fim da Segunda Guerra Mundial a fim de combater as atrocidades cometidas contra a dignidade humana, no entender de Bobbio, a Declaração é apenas um ideal a ser alcançado⁶. (PFAFFENSELLER, 2007, p. 98).

Segundo Bobbio, o real surgimento de alguns direitos foi o resultado das lutas e movimentos travados pela humanidade ao longo dos anos. Michele Pfaffenseller traz um conceito de direitos fundamentais, a fim de elucidar a compreensão do tema:

Os Direitos Fundamentais, sob uma perspectiva clássica, consistem em instrumentos de proteção do indivíduo frente à atuação do Estado. Sistematizados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, há quem se limite ao elenco de seu artigo 5º, no qual estão previstos os direitos e deveres individuais e coletivos. De certa forma, ali está descrito um vasto rol de Direitos Fundamentais, mas a isso não se restringem, e nem sequer à Constituição Federal ou à sua contemporaneidade. (PFAFFENSELLER, 2007, p. 93).

Uma grande problemática dos Direitos Fundamentais é a busca de um fundamento absoluto sobre o qual fundamentá-los, assegurando seu efetivo cumprimento ou até mesmo como meio de coação para sua observância de maneira universal. Sobre esse desafio, aponta Michele Pfaffenseller:

Bobbio (1992) aponta quatro dificuldades para a busca do fundamento absoluto dos Direitos Fundamentais. A primeira delas seria o fato de que a expressão ‘direitos do homem’ é maldefinível, porque desprovida de conteúdo e, quando este aparece, introduz termos avaliativos¹, os quais são

interpretados de modo diverso de acordo com a ideologia assumida pelo intérprete. A segunda dificuldade consiste na constante mutabilidade histórica dos Direitos Fundamentais. O rol de direitos se modificou e ainda se modifica, pois as condições históricas determinam as necessidades e interesses da sociedade. São, portanto, direitos relativos, não lhes cabendo a atribuição de um fundamento absoluto. Outra dificuldade na definição de um fundamento absoluto para os Direitos Fundamentais é a heterogeneidade dos mesmos, ou seja, a existência de direitos diversos e muitas vezes até mesmo conflitantes entre si. As razões que valem para sustentar alguns não valem para sustentar outros. Alguns Direitos Fundamentais são até mesmo atribuídos a categorias diversas, enquanto outros valem para todos os membros do gênero humano. A última dificuldade apontada por Bobbio (1992) consiste na existência de Direitos Fundamentais que denotam liberdades, em antinomia a outros que consistem em poderes. Os primeiros exigem do Estado uma obrigação negativa, enquanto os segundos necessitam de uma atitude positiva para sua efetividade. (PFAFFENSELLER, 2007, p. 93).

Assim, é impossível identificar um fundamento absoluto idêntico para ambas as espécies. A busca de um fundamento absoluto, em todo o transcorrer da história dos Direitos Fundamentais, é questão intrínseca à sua defesa, ou seja, serve como respaldo para garantir a sua efetividade. Acerca da expressão “fundamental”, empregada na conceituação desses direitos, é possível compreendê-la do seguinte modo:

Pelo vocábulo ‘fundamental’, em seu significado lexical, compreende-se tudo aquilo ‘que serve de fundamento; necessário; essencial.’ Tal conceito não se afasta do sentido real do termo na esfera jurídica. Assim, como entende Vladimir Brega Filho, direito fundamental ‘é o mínimo necessário para a existência da vida humana.’ (2002, p. 66) Ressaltando-se que o mínimo essencial deve garantir a existência de uma vida digna, conforme os preceitos do princípio da dignidade da pessoa humana. (PFAFFENSELLER, 2007, p. 94).

Quanto à expressão “Direitos Humanos”, “o significado atribuído é igual, ou seja, conforme (PFAFFENSELLER, 2007) são direitos essenciais à manutenção de uma vida humana sustentada pelo princípio da dignidade a ela inerente.” Entretanto, Vladimir Brega Filho faz distinção entendendo serem os Direitos Fundamentais aqueles positivados em uma Constituição, enquanto os Direitos Humanos são os provenientes de normas de caráter internacional. (FILHO, 2002, *apud* PFAFFENSELLER, 2007). Diante disso, Canotilho (1998) sugere um argumento para a distinção. Para ele, direitos do homem são aqueles derivados da própria natureza humana, enquanto os Direitos Fundamentais são os vigentes em uma ordem jurídica concreta. (CANOTILHO, 1998 *apud* PFAFFENSELLER, 2007).

Entretanto, cabe ressaltar que, conforme Pfanffenseller (2007) “a ordem jurídica citada por Canotilho (1998) não se restringe à Constituição, pois ele separa os Direitos Fundamentais em “formalmente constitucionais”. Acerca dessa classificação, a autora expõe que “são os enunciados por normas com valor constitucional formal, e “materialmente fundamentais”, sendo estes os direitos constantes das leis aplicáveis de direito internacional não positivados constitucionalmente. (PFANFFENSELLER, 2007).

Uma vez compreendido o conceito de direitos fundamentais, passa-se a ratificação da violação destes, quando o art. 4º da Lei n. 9.434/97 confere a família do doador em potencial o poder de autorizar a doação.

Para a elucidação do tema, é necessário retomar alguns temas tratados nas seções anteriores, como a natureza dos direitos da personalidade. Entende-se que os direitos da personalidade, na visão majoritária da doutrina, consistem em “poderes que o homem exerce sobre a sua própria pessoa” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012) e, ainda, que tais direitos possuem caráter indisponível, ou seja, não pode sofrer alteração de seu titular e também irrenunciável, de modo que não podem ser abdicados por seu titular.

Nessa linha, interpreta-se que o ato de doar órgãos consiste em um poder que o homem pode exercer sobre a sua própria pessoa e, desse modo, está incluso no conceito de direitos da personalidade. Sabe-se que tais direitos são intransmissíveis e irrenunciáveis, sendo assim, que legitimidade possui o art. 4º da Lei n. 9.434/97 para transmitir o poder do indivíduo, para os seus familiares? Assim, constata-se que o artigo viola o caráter de intransmissibilidade e irrenunciabilidade dos direitos da personalidade e por essa razão, fere preceitos protegidos pelo Código Civil de 2002.

Ao passo que o ordenamento jurídico brasileiro recepciona o princípio da autonomia da vontade, tem por dever assegurar que ele seja tutelado e, como já mencionado anteriormente, o efeito da tutela jurídica do princípio da autonomia da vontade consiste na garantia jurídica do homem de exercer seus próprios atos, com base em suas próprias vontades e convicções, por meio da aplicação do referido princípio.

A doação de órgãos é fruto da vontade, das crenças e a também das convicções de um indivíduo e, em razão dessas características, incorpora o poder de autonomia do indivíduo, a manifestação concreta de sua vontade, por meio da aplicação do princípio da autonomia da vontade. Logo, o direito de exercê-lo livremente deve ser assegurado pelo Estado, e não violado, como ocorre no cenário atual.

Outro aspecto pertinente é a afirmação da vontade de doar materializado por meio da figura do testamento vital, especificamente, onde o testamento vital opera como vetor dos

direitos fundamentais. Ratificando esse conceito, como já citado em seção anterior, Martinez e Lima (2016, p. 108) afirmam que “enquanto vetor de afirmação de direitos individuais, uma vez que sua natureza jurídica não é de testamento civil, como observado, resta a configuração do testamento vital enquanto negócio jurídico.” Quando a vontade de doar órgãos não é validada, os próprios direitos fundamentais do indivíduo são diretamente violados e, com eles a autonomia da vontade.

Firmou-se o entendimento de que a autonomia da vontade nada mais é, se não a oportunidade que o sujeito possui, a fim de autodeterminar-se e, por apresentar essa característica, Sgreccia (1996, p. 167) Sgreccia expõe que se trata de um princípio relativo aos direitos fundamentais do homem, desse modo, resta comprovada a sua violação.

4.1.3 O benefício social da aplicação do princípio da autonomia da vontade em acordo com a vontade do doador

Altruísmo e empatia são algumas das maiores qualidades do ser humano, como afirma Lencastre (2010) “a empatia, que consiste na capacidade de sentir a situação emocional dos outros através das próprias representações neurais e orgânicas, é um mecanismo automático que nos permite identificar com as emoções e agir em função disso.”

A respeito dos padrões comportamentais adquiridos pelo homem ao longo da história da humanidade, acrescenta Marina Pietro Afonso Lencastre:

A bondade e a compaixão, e a disposição moral que delas deriva, são traços especificamente humanos; mas importa compreender que carregam dimensões filogenéticas que inscrevem a raiz da bondade e da moralidade na natureza e não só, como se costuma pensar, nas leis e normas das culturas. A bondade, a compaixão e a moralidade estão provavelmente tão enraizadas em nós como outros comportamentos sociais espontâneos e intuitivos do dia a dia. (LENCASTRE, 2010, p. 7).

Doar órgãos representa um grande ato de bondade, altruísmo e, ainda, amor ao próximo. Na visão de Lencastre (2010) “Nos humanos, o sentido da empatia e a preocupação com os outros desenvolve-se muito cedo”, a partir disso, é possível estabelecer que a vontade de ajudar o próximo é algo intuitivo do ser, em virtude de sua natureza.

Analisando a doação de órgãos sob essa ótica, optar por essa escolha altruísta, com o intuito genuíno de fazer o bem e colaborar com a vida do próximo, teoricamente, seria algo inerente ao ser. Contudo, UNG Universidade (2019) “embora o número de transplantes

realizados no país tenha crescido nos últimos anos, a prática ainda não é tão comum e difundida como deveria, em virtude da falta de informação, dos preconceitos e dos medos que cercam o tema, o que impede o salvamento de muitas vidas.”

Muito embora a doação de órgãos ainda seja vista com preconceitos, é muito simples ser um doador, além disso, o sistema de distribuição é muito transparente, conforme exposto em seção anterior, (CEMITÉRIO SEM MISTÉRIO, 2017) “pois existe um programa nacional de transplantes, onde a fila de espera de pacientes na doação de órgãos é organizada por estado e é influenciada por vários fatores.” De acordo com o Cemitério sem Mistério (2017) “tanto médicos quanto pacientes têm acesso às atualizações do andamento fila via internet, o que confere muita transparência à distribuição.” Uma vez na fila, não há privilégios, pois, conforme já elucidado, a lista é pública e a maioria (cerca de 90%) dos transplantes são realizados pelo SUS.

Além disso, outro grande motivo para optar pela doação reside no fato de que apenas um corpo humano é capaz de salvar e melhorar a qualidade de muitas vidas. Se considerarmos um doador de órgãos falecido, teremos pessoas que serão beneficiárias com coração, pulmão, pâncreas, rins, fígado, ossos, córneas e outros tecidos.

Um fator que assombra as famílias no momento da doação, é o receito de interferências ou desfigurações na aparência do ente falecido em função da remoção, entretanto, a doação de órgãos não interfere na aparência do doador, (CEMITÉRIO SEM MISTÉRIO, 2017) “a aparência dele permanecerá exatamente a mesma na urna funerária, uma vez que, para remover os órgãos, é feita uma cirurgia semelhante à remoção de apêndice ou a de vesícula biliar.”

A opção de doar não gera onerosidade alguma para a família, (CEMITÉRIO SEM MISTÉRIO, 2017) “pois ela não possui qualquer responsabilidade com relação aos custos relacionados à doação, assim como o receptor, que não precisa pagar pela cirurgia de transplante.” Ainda de acordo com o site Cemitério sem mistério:

Quando se está na fila de espera por um órgão, o receptor não é privilegiado ou desprivilegiado devido à sua condição social ou financeira, sendo importantes apenas outros fatores já tratados. Todos os custos dos procedimentos de transplantes de órgãos são arcados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), responsável por 90% dos transplantes que ocorrem no país. É ele também o responsável pelo fornecimento, durante toda a vida do receptor, das medicações que evitam a rejeição do órgão transplantado. (CEMITÉRIO SEM MISTÉRIO, 2017).

Outro ponto que divide opiniões a respeito do assunto é a questão das crenças religiosas. As religiões não proíbem a doação de órgãos, (CEMITÉRIO SEM MISTÉRIO, 2017) “uma vez que os princípios de caridade, solidariedade e amor ao próximo são máximas de todas as religiões e, coincidentemente, são as principais características do ato de doar.”

Além de contribuir para a melhoria e até mesmo salvar vidas, diretamente, a doação de órgãos também pode fazer isso de forma indireta, mas não por isso menos importante. A doação de órgãos e corpos para a ciência após a morte é também uma forma de salvar vidas, (JUSTINO, 2016) “o ato contribui com pesquisas no campo da saúde, bem como a formação e o aprimoramento de profissionais de cursos como Medicina, Biomedicina, Fisioterapia e Psicologia.”

Conforme a Sociedade Brasileira de Anatomia, entre os benefícios da doação de corpos para a ciência estão (JUSTINO, 2016) “a contribuição para a melhor formação técnica dos profissionais da saúde e o desenvolvimento de novas técnicas cirúrgicas que possam ser mais eficientes e menos invasivas.”

Além disso, é de conhecimento geral que o primeiro e mais importante de todos os direitos fundamentais é o direito à vida, conforme (MARTINS, 1986, p. 27) “o primeiro dos direitos naturais que o direito positivo pode simplesmente reconhecer, mas que não tem a condição de criar.” Assegurado constitucionalmente no art. 5º da Carta Magna, incumbe ao Estado garantir a todos a efetivação desse direito, assegurar inviolabilidade do direito à vida.

A respeito do objeto de proteção do direito a vida, compreende Inês Fernandes Godinho:

O direito constitucional à vida é, por isso, não só protecção da «existência vivente, físico-biológica», mas também um direito que se «impõe contra todos, perante o Estado e perante os outros indivíduos.» Contudo, proteger a vida não significa somente o direito à vida. Se assim fosse, atendendo a que o âmbito pessoal deste direito implica a determinação da sua titularidade, apenas significaria a protecção das vidas a quem pudesse ser atribuída essa titularidade, logo, vidas nascidas. Mas significa mais. Significa proteger o bem ou valor vida humana. (GODINHO, 2012, p. 3).

Assim, entende-se que o papel do Estado na busca da proteção do direito constitucional à vida, compete a proteção do bem da vida, o valor inerente a vida humana.

A prática da doação de órgãos corrobora com a proteção da inviolabilidade do direito à vida, ao passo que é capaz de promover melhorias à qualidade de vida do indivíduo e até o mesmo o prolongamento da mesma, concedendo-lhe a oportunidade de viver.

Acerca dos medos que assolam as famílias, acredita-se que campanhas publicitárias poderiam elucidar melhor questão controversas sobre o tema, de modo informar a população sobre o processo, conscientizar a população da possibilidade de formalizar essa decisão em vida e, sobretudo, do benefício social da prática da doação de órgãos e tecidos, uma possibilidade tão solidária de compromisso com a vida.

Diante disso, cabe ao Estado difundir a prática, pois, ao fazê-lo, não promove apenas a proteção da vida, mas especialmente, do valor intrínseco ao dom da vida humana, ao passo que trabalha dentro de cada cidadão valores de solidariedade, compaixão, empatia e amor ao próximo.

Talvez não haja atitude mais nobre e humanitária do que resolver doar seus órgãos e, com isso, salvar uma vida humana. Por fim, destaca-se a frase de um paciente que ganhou um novo coração: "Quando você for para o céu, deixe seus órgãos da Terra. Afinal, anjos só precisam de asas."

5 CONCLUSÃO

Este trabalho possibilitou o entendimento da importância da aplicação do princípio da autonomia da vontade na decisão que autoriza a desapropriação de órgãos e tecidos de corpo humano para fins de transplantes, pois, com a aplicação do princípio, os números de transplantes realizados podem aumentar cada vez mais, e a prática de doar será cada vez mais difundida, de modo a salvar cada vez mais vidas.

Com isso, percebeu-se, claramente, a importância da figura da autonomia da vontade do âmbito da doação de órgãos, uma vez que a aplicação do princípio respeita a vontade do indivíduo e, como consequência disso, seus direitos fundamentais.

Para se atingir uma compreensão dessa realidade, inicialmente, analisaram-se aspectos conceituais e históricos do desenvolvimento do princípio da autonomia da vontade, sua contextualização histórica, bem como a sua relação com os direitos fundamentais inerente a todo indivíduo e o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Foi possível compreender que, juntos, todos esses princípios reforçam a legalidade da aplicação da autonomia da indivíduo no processo de doação de órgãos.

Foi trabalhado, mais especificamente, o art. 4º da Lei n. 9.434/97, a lei que regulamenta o assunto. Foi analisado o fato de o artigo ignorar a autonomia privada do indivíduo, ao transferir o poder de decisão para a sua família.

Em seguida, demonstrou-se possível inconstitucionalidade no art. 4º da referida Lei, ao passo que não observa princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, por exemplo, ao ignorar a autonomia individual que é inerente a todo ser.

Frente a esse cenário, intenta-se asseverar que a referida norma é controversa à Constituição e, desse modo, é inconstitucional.

Frente à aparente inconstitucionalidade das normas regulamentadoras do tema, evidenciou-se a necessidade de adequação das mesmas, para que se aplique o princípio da autonomia da vontade, em se tratando apenas de indivíduo que não formalizou em vida a vontade de doar os órgãos. Tal adequação confere ao indivíduo o poder de decisão, uma vez que é a ele que a decisão pertence, pois ele é o titular de seus direitos e garantias que, cumpre ressaltar, estendem-se mesmo após a sua morte.

Assim, diante das controvérsias que a legislação apresenta no âmbito da doação de órgãos, foi apresentada possível adequação ao art. 4º, a fim de harmonizá-lo com a CRFB/88 e com os princípios norteadores do direito brasileiro.

Após, denotou-se a forte ligação que o princípio da autonomia da vontade possui com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e, ainda, com os direitos fundamentais. Isso reforçou a ideia inicial de que a aplicação do princípio da autonomia da vontade no processo de doação é de extrema importância.

Com o intuito de elucidá-las, foram trabalhadas as questões que ainda são alvo de preconceito no âmbito da doação e de seus procedimentos, uma vez que representam um grande fator de motivação para grande parte das recusas de doação.

Em consonância com todos os pontos levantados no corpo do trabalho, refletiu-se sobre a importância de doar órgãos e, sobretudo, sobre a importância de aplicar-se o princípio da autonomia da vontade na decisão de desapropriação dos órgãos, levando em consideração o quanto a aplicação do princípio colabora com a facilitação do processo de doação e, conseqüentemente, com a melhoria da qualidade e até mesmo com o aumento de duração de muitas vidas.

Por conseguinte, restou clara a importância do tema, para o mundo acadêmico, em razão dos debates suscitados, para o mundo jurídico, em razão das questões legislativas e princípios abordados e, sobretudo, para toda a coletividade, por meio da aplicação do princípio da autonomia da vontade, uma vez que doar órgãos é um sinônimo de salvar vidas.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Eliana da Silva. **Transplantes de órgãos e tecidos humanos, e seus limites ético-jurídicos em defesa da dignidade da pessoa humana**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário FIEO, Osasco, SP, 2006. Disponível em: http://www.unifio.br/pdfs/diss_eliana_araujo.pdf. Acesso em: 3 jun. 2020.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Parecer jurídico autonomia do paciente e direito de escolha de tratamento médico sem transfusão de sangue mediante o novo código de ética médica**: resolução CFM 1931/09. São Paulo, 8 fev. 2010.
- BARRETO NETO, Hercílio Mota. **O princípio constitucional da autonomia e sua aplicação no direito penal**. 2015. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e58be547528b4bf8>. Acesso em: 20 mar. 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. **Parecer Jurídico Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunha de Jeová**. Dignidade Humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. Rio de Janeiro, 5 abr. 2010.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 11 mar. 2020.
- BRASIL. **Decreto nº 9.175, de 18 de outubro de 2017**. Regulamenta a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, para tratar da disposição de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Brasília: Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9175.htm. Acesso em: 20 maio 2020.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, DF, Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 15 mar. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997**. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm. Acesso em: 20 abr. 2020.
- BRASIL. **Medida Provisória nº 2.083-32, de 22 de fevereiro de 2001**. Altera dispositivos da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Brasília: Presidência da República, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2083-32.htm#:~:text=MEDIDA%20PROVIS%C3%93RIA%20No%202.083,fins%20de%20transplante%20e%20tratamento. Acesso em: 20 abr. 2020.
- CABRAL, Eurico de Pina. A ‘Autonomia’ no direito privado. **Revista de Direito Privado**, v. 5, n. 19, jul./set., 2004.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **A corregedoria-geral da justiça e a gestão na atividade jurisdicional**. [S. l.], 2009.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo**: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo poder judiciário. 2009. 151 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo: São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-03062011-114104/publico/Arquivo_completo_pdf.pdf. Acesso em: 20 mar. 2020.

CEMITÉRIO SEM MISTÉRIO. **7 motivos pelos quais você deve optar pela doação de órgãos**. [S. l.], 10 mar. 2017. Disponível em: <https://cemiteriosemmisterio.com.br/7-motivos-pelos-quais-voce-deve-optimar-pela-doacao-de-orgaos/>. Acesso em: 12 jun. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). **Resolução CFM nº 1.995/2012**. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Dou, Brasília, 31 ago. 2012. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>. Acesso em: 20 abr. 2020.

COUTO, Lindajara Osjen. O direito fundamental da autonomia privada no Direito de Família. **Âmbito Jurídico**, São Paulo, maio 2009. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-64/o-direito-fundamental-da-autonomia-privada-no-direito-de-familia/#:~:text=O%20princ%C3%ADpio%20da%20autonomia%20da,Estado%20como%20resultado%20de%20um>. Acesso em: 04 jun. 2020.

DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. **Rev. bioét.**, v. 21, n. 3, p. 463-476, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n3/a11v21n3.pdf>. Acesso em: 23 maio 2020.

DALBEM, Giana Garcia, AQUINO, Rita Catalina. Doação de órgãos e tecidos para transplante: recusa das famílias. **Texto & Contexto Enfermagem**, Florianópolis, v. 19, n. 4, p. 728-735, out./dez, 2010. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/714/71416100016.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2020.

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

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Bioética e biodireito. **Scientia Iuris**, v. 2, n. 3, 1999. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/11274/10040>. Acesso em: 3 jun. 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil 1: parte geral**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GODINHO, Adriano Marteleto. Diretivas antecipadas de vontade: testamento vital, mandato duradouro e sua admissibilidade no ordenamento brasileiro. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 945-978, 2012. Disponível em: http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2012_02_0945_0978.pdf. Acesso em: 01 jun. 2020.

GODINHO, Inês Fernandes Godinho. Problemas jurídico-penais em torno da vida humana. 2009. Disponível em: https://www.uc.pt/driic/fduc/projectos_investigacao/PTDC_CPJ_JUR_111289_2009/pdf/Prob lemas_vida_humana.pdf. Acesso em: 4 jun. 2020.

GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GUEDES, Rita de Cássia. **Responsabilidade social & cidadania empresariais: conceitos estratégicos para as empresas face à globalização**. 2014. Disponível em: http://www.lasociedadcivil.org/wp-content/uploads/2014/11/cassia_guedes.pdf. Acesso em: 2 jun. 2020.

JUSTINO, Guilherme. Entenda a importância da doação de órgãos, gesto que pode salvar vidas. **GauchaZH Vida**, Porto Alegre, 11 nov. 2016. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/saude/vida/noticia/2016/11/entenda-a-importancia-da-doacao-de-orgaos-gesto-que-pode-salvar-vidas-8252198.html>. Acesso em: 12 jun. 2020.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Abril, 1994.

LENCASTRE, Marina P. A. N. e. Bondade, altruísmo e cooperação. Considerações evolutivas para a educação e a ética ambiental. **Revista Lusófona de Educação**, v. 15, p. 112-124, 2010. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Marina_Lencastre/publication/262549818_Bondade_Alt ruismo_e_Cooperacao_Consideracoes_evolutivas_para_a_educacao_e_a_etica_ambiental/links/5739b87808ae298602e3571e/Bondade-Altruismo-e-Cooperacao-Consideracoes-evolutivas-para-a-educacao-e-a-etica-ambiental.pdf. Acesso em: 06 jun. 2020.

MARTINEZ, Sergio; LIMA, Adaiana. O testamento vital e a relação médico- paciente na perspectiva da autonomia privada e da dignidade da pessoa humana. **Revista de Bioética y Derecho**, v. 37, p. 103-120, 2016. Disponível em: <http://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n37/articulo6.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2020.

MARTINS, Angela Maria. A autonomia e educação: a trajetória de um conceito. **Cadernos de Pesquisa**, Recife, n. 115, p. 207-232, março/ 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cp/n115/a09n115.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2020.

MARTINS, Ives G. da Silva. Fundamentos do direito natural à vida. **Notícias Forenses**, São Paulo, out. 1986. p. 27. Disponível em: <http://www.gandramartins.adv.br/project/ives-gandra/public/uploads/2018/10/03/b08962fa00368.pdf>. Acesso em: 3 maio 2020.

MAYNARD, Lorena Oliveira Dantas, LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira, LIMA, Yara Oyram Ramos, COSTA, Ediná Alves. Conflitos de consentimento acerca da doação de órgãos post mortem no Brasil. **R. Dir. Sanit.**, São Paulo, v. 16, n. 3, p. 122-144, nov. 2015/fev. 2016. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/111657/109688>. Acesso em: 03 jun. 2020.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Maria Celina B. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista Estado, Direito e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 1, 1991.

NICOLATTI, Leonardo. Autonomia da vontade nos contratos internacionais. **JurisWay**, 18 maio 2013. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=10773. Acesso em: 4 maio 2020.

NUNES, Rui. **Diretivas antecipadas de vontade**. Brasília: CFM, 2016.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética, biodireito e o novo Código Civil de 2002**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SARCINELLI, Andrezza Rocha Dias; OBREGON, Marcelo Fernando Quiroga. A doação de órgãos post mortem à luz das legislações brasileira, espanhola e portuguesa. **Âmbito Jurídico**, 01 abr. 2018. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-171/a-doacao-de-orgaos-post-mortem-a-luz-das-legislacoes-brasileira-espanhola-e-portuguesa/>. Acesso em: 20 mar. 2020.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Revisão dos contratos: do código civil ao código do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SILVA, Flávia Martins André da. Direitos fundamentais. **DireitoNet**, 16 maio 2006. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2627/Direitos-Fundamentais>. Acesso em: 4 jun. 2020.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (coord.). **Dos hospitais aos tribunais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

VIEIRA JUNIOR, Dicesar Beches. Teoria dos direitos fundamentais: evolução histórico-positiva, regras e princípios. **Revista da Faculdade de Direito-RFD-UERJ**, Rio de Janeiro, n. 28, dez. 2015.

WEBER, Thadeu. Autonomia, dignidade da pessoa humana e respeito em Kant. *In*: UTZ, Konrad; BAVARESCO, Agenir; KOZEN, Paulo Roberto (Org.). **Sujeito e liberdade: investigações a partir do idealismo alemão**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.

WILLEMANN, Flávio de Araújo. Recusa a tratamento de saúde com fundamento em crença religiosa e o dever do Estado de proteger a vida humana: o caso da transfusão de sangue em testemunha de Jeová. **Revista de Direito Administrativo**, v. 252, 2009. Disponível em:

<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/27003/7957-17252-2-PB.pdf>.
Acesso em: 03 jun. 2020.