

1. INTRODUÇÃO

Os direitos da personalidade são inerentes aos seres humanos e possuem previsão legal no Código Civil. Tais direitos são característicos da pessoa humana antes do seu nascimento e perpetuam mesmo após a morte.

A autonomia de dispor do próprio corpo após a morte é um direito da personalidade disposto no art. 14, do Código Civil. Contudo, este normativo vai de encontro diretamente com o art. 4º, da Lei nº 9.434/97, que trata sobre a prevalência da vontade familiar na decisão de doar os órgãos do indivíduo falecido. Esse conflito existente entre as normas gera uma discussão acerca de qual vontade deve prevalecer, a da pessoa titular do corpo ou a da família.

Na prática, a família é responsável pela decisão acerca da doação de órgãos do falecido. Contudo, isso gera uma insuficiência de órgãos em relação à grande quantidade de pessoas que aguardam na lista de espera para transplante.

As legislações vigentes sobre o procedimento de doação de órgãos abarcam diversas discussões. Diante disso, faz-se necessário que os profissionais tomem decisões baseadas na ética, sendo importante analisar a bioética e o biodireito em relação a esse assunto.

O procedimento de doação de órgãos envolve ainda discussões na esfera constitucional. A Constituição tem o objetivo de garantir saúde e a qualidade de vida dos cidadãos brasileiros. Nesse sentido, faz-se necessário observar alguns princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana, da integridade física e o da liberdade.

No Brasil 6.766 transplantes foram feitos entre janeiro e setembro de 2023. Este dado demonstra um aumento na quantidade de doação de órgãos em relação aos anos anteriores, mas o número ainda não é satisfatório, uma vez que cerca de 41.559 pessoas esperam por um transplante na lista. (Fiocruz, 2024)

O procedimento de doação de órgãos envolve, primeiramente, o diagnóstico de morte encefálica para viabilizar a doação e, ainda, o consentimento da família do possível doador. O processo é tão burocrático que inviabiliza um crescimento maior da quantidade de transplantes.

Além disso, entende-se que a possibilidade de escolha da família em relação à disposição do corpo do indivíduo após a morte, viola um direito da personalidade, sendo este o de autonomia da pessoa humana.

Diante de toda a problemática brasileira envolvendo a disposição do corpo após a morte e o baixo número de doadores existente é que o presente estudo busca promover uma análise acerca do modelo implementado no Brasil.

Caminhando na vanguarda, a Espanha implementou um modelo jurídico que apresenta as maiores taxas de doação de órgãos do mundo, sendo necessária uma análise mais detalhada desse modelo.

No ano de 2023, na Espanha, foram efetuados 5.861 transplantes, caracterizando uma taxa de 122,1 transplantes por milhão de habitantes (p.m.p.). O país mantém-se como líder mundial em doação de órgãos incontestavelmente há 32 anos em razão do próprio modelo jurídico empregado. (Espanha, 2024)

De acordo com a legislação espanhola, a Lei nº 30/79, todo indivíduo que morre é considerado presumidamente um doador, caso não disponha em sentido contrário ainda em vida.

Apesar do expressivo número de doadores no país ibérico, há questionamentos a serem feitos, como se as crianças e as pessoas com deficiência mental também são consideradas doadoras quando falecem, uma vez que não estão aptas para expressar sua vontade ainda em vida, não podendo dispor em sentido contrário. Nesse sentido, é necessário comparar como essa questão é encarada no Brasil e na Espanha.

O objeto do presente estudo compreende uma análise das problemáticas e das questões que envolvem a doação de órgãos *post mortem* relacionando com o direito de liberdade que todo indivíduo tem de dispor do próprio corpo.

Nesse sentido, indaga-se: há uma divergência jurídica referente ao consentimento da doação de órgãos *post mortem*?

O objetivo principal do trabalho consiste em realizar um estudo jurídico interpretativo do art. 14, do Código Civil, o qual trata sobre o direito da personalidade que toda pessoa tem de dispor do próprio corpo após a morte, com o art. 4º, da Lei nº 9.434/97 que condiciona a manifestação de vontade da família sobre a doação de órgãos do indivíduo falecido.

Ainda, pretende-se analisar o instituto jurídico da doação de órgãos, bem como, promover um exame sobre a inserção do respectivo instituto no ordenamento jurídico brasileiro, a partir das alterações nas legislações que versam sobre a temática; além de desenvolver um estudo comparativo entre os modelos jurídicos adotados no sistema de doação de órgãos espanhol e brasileiro.

A metodologia é bem delimitada na pesquisa científica na área do Direito, sendo possível realizar desmistificação de verdades consideradas como absolutas. Dessa forma, a finalidade é a produção de um pensamento tido como relativo, mas que tenha coerência, tenha respaldo e seja bem estruturado. (Gustin; Dias; Nicácio, 2020)

A técnica de pesquisa do presente trabalho abrange um levantamento bibliográfico, baseado em livros, artigos científicos e dissertações, além de compreender uma revisão temática do instituto e um estudo dos modelos jurídicos brasileiro e espanhol sobre o contexto da doação de órgãos.

O método de abordagem será o indutivo, o qual se caracteriza por um processo que se parte de dados particulares que já foram provados para alcançar uma verdade universal, fundamentando-se em premissas. Os procedimentos serão o histórico e o comparativo. (Marconi; Lakatos, 2003)

2. DOAÇÃO DE ÓRGÃOS *POST MORTEM*

2.1. Conceituação da doação de órgãos *post mortem* e transplante

O procedimento de doar órgãos é uma soma de atos que tornam um indivíduo que é doador em potencial efetivamente em um doador. O doador em potencial é uma pessoa que tenha tido morte encefálica e que não apresenta contraindicação para os receptores (Massarollo; Santos, 2005).

Bandeira (2001) conceitua transplante da seguinte forma: “*A palavra ‘transplante’, que coincide com o conceito dado pela legislação especial, responde, com exatidão, à retirada de órgãos ou partes de seres humanos, para aproveitamento, com fins terapêuticos, noutros seres da mesma espécie.*”

Transplantes são procedimentos cirúrgicos realizados para substituir um órgão ou tecido de um indivíduo doente, chamado de receptor, por outro órgão ou tecido de uma pessoa que pode estar viva ou morta, chamada de doadora (Peguini; Braga; Leal, 2022).

2.2 Direitos da personalidade e a disposição do próprio corpo após a morte

Todas as pessoas naturais e jurídicas têm direitos da personalidade. A grande novidade do Código Civil de 2002, em sua parte geral, é um capítulo designado essencialmente aos direitos que envolvem a personalidade, entre os arts. 11 a 22. Tal inovação acompanha a Constituição Federal de 1988, uma vez que há, agora, uma enorme preocupação com o indivíduo, quebrando paradigmas da sociedade tradicional e conservadora da época anterior (Gagliano; Pamplona Filho, 2018).

De acordo com Tepedino (2004):

(...) tem-se a personalidade como conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico. A pessoa, vista deste ângulo, há de ser tutelada das

agressões que afetam a sua personalidade, identificando a doutrina, por isso mesmo, a existência de situações jurídicas subjetivas oponíveis erga omnes.

Gagliano e Pamplona Filho (2018) conceituam os direitos da personalidade “*como aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais*”.

Para Moraes (2010):

A propósito dos direitos da personalidade, um de seus aspectos mais interessantes, e problemáticos, consiste no fato de que se evidenciam sempre novas instâncias concernentes à personalidade do sujeito, não previstas nem previsíveis pelo legislador, de modo que estes interesses precisam ser tidos como uma categoria aberta. De fato, à uma identificação taxativa dos direitos da personalidade opõe-se a consideração de que a pessoa humana – e, portanto, sua personalidade – configura-se como um valor unitário, daí decorrendo o reconhecimento pelo ordenamento jurídico de uma cláusula geral a consagrar a proteção integral da sua personalidade, isto é, a pessoa globalmente considerada. O conceito é, então, elástico, abrangendo um número ilimitado de hipóteses; e somente encontra os limites postos na tutela do interesse de outras personalidades. (...)

Os direitos da personalidade envolvem os de natureza extrapatrimonial, em que os indivíduos possuem a garantia concreta de seus atributos físicos, psíquicos e morais. A ofensa desses direitos caracteriza a possibilidade de indenização por dano moral e patrimonial (Diniz, 2020).

Maria Helena Diniz (2020) afirma que “*os direitos da personalidade são absolutos, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis e inexpropriáveis*”. Contudo, há exceções à essas regras, existindo uma parcela de direitos que pode ser relativizada, como, por exemplo, é o caso em que ocorre delegação onerosa de direitos de imagem (Tartuce, 2020).

Os direitos da personalidade são agrupados em direitos à integridade física, os quais estão os direitos à vida, ao corpo e ao cadáver, e direitos à integridade moral, que são compostos por direitos de liberdade, imagem, ao nome, honra etc. (Tepedino, 2004).

O direito ao corpo humano é tratado como um dos direitos da personalidade. O corpo é inalienável, mas é permitida a disposição de suas partes para transplante, conforme as delimitações do art. 13, do Código Civil. Contudo, não é permitida que essa disposição seja onerosa, além de que sua prática é criminalizada, visando frear o mercado de tecidos e órgãos (Gagliano; Pamplona Filho, 2018).

A doação de órgãos é permitida se realizada por escrito, diante de testemunhas e por indivíduo juridicamente capaz. Tal doação em vida é possível na condição de órgãos duplos e em caso de órgãos e tecidos que sejam regeneráveis e recuperáveis. Essa operação é permitida

somente quando não trazer danos à integridade física, não prejudicar suas funções vitais ou não causar mutilações ou deformações, com exceção das intervenções para mudança de sexo (Diniz, 2020).

É possível, ainda, destacar o art. 14, do Código Civil o qual discute sobre a possibilidade da disposição 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.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Tal artigo visa proteger a dignidade do ser humano mesmo após sua morte, conservando o direito da personalidade ao cadáver. A violação do corpo morto é permitida em casos em que é preciso realizar o exame necroscópico e, ainda, com o objetivo de transplante e em favor da ciência, mas sem caráter lucrativo (Gagliano; Pamplona Filho, 2018).

No artigo 14, do Código Civil é possível verificar que a autonomia da vontade garantida ao indivíduo é também assegurada sobre seu cadáver, visto que existe a possibilidade de escolha de doação ou não de seus órgãos após seu óbito. Contudo, devem ser preenchidas exigências previstas nas legislações que tratam sobre o tema, como é o caso da lei de transplante de órgãos (Soares; Ningeliski, 2021).

2.3 A importância da bioética e do biodireito na doação de órgãos

A ética e o direito sempre estiveram interligados, mas com diferenças significativas. A ética trata-se de um conjunto de obrigações universais, princípios intrínsecos aos seres humanos, ideais a serem atingidos. O direito por sua vez engloba normas coercitivas que são inseridas na sociedade (Rivabem, 2017).

Diante dessas diferenciações, a bioética e o biodireito seguem esse mesmo modelo, embora estejam também associados. Os dois possuem objeto em comum, mas os resultados almejados não são os mesmos. A bioética aborda assuntos como o começo e o final da vida, enquanto o biodireito procura respostas para problemáticas envolvendo a biotecnologia (Rivabem, 2017).

Maluf (2010) define a bioética:

Bioética é o estudo transdisciplinar entre biologia, medicina, filosofia e direito que investiga as condições necessárias para uma administração responsável da vida humana, animal e responsabilidade ambiental. Considera, portanto, questões onde não existe consenso moral como a fertilização *in vitro*, o aborto, a clonagem, a eutanásia, os transgênicos e as pesquisas com células-tronco, bem como a responsabilidade moral de cientistas em suas pesquisas e suas aplicações.

A bioética é voltada a questões morais e filosóficas sobre a vida dos indivíduos como um todo e particularmente sobre temas que envolvem a medicina. Para isso, deve ser abarcado também diversas matérias, como a antropologia, a biologia, a psicologia, etc. A bioética, então, deve direcionar moralmente os atos dos indivíduos em face dos diversos impasses trazidos pela biomedicina (Diniz, 2017).

A teoria principialista foi a teoria preponderante da bioética por duas décadas e tinha como base os princípios da autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça (Diniz; Guilhem, 2002).

De acordo com Ana Claudia Brandão de Barros Correia (2023):

Na realidade, a discussão bioética deverá considerar as mudanças científico-tecnológicas e sociais ocorridas, tratando-se de uma demanda de reflexão, para colaborar na hora de elucidar problemas atinentes aos direitos humanos. Deve-se ter em mente que o reconhecimento do pluralismo como valor social e jurídico, característico das sociedades democráticas, supõe a convivência de distintas opções morais e que obriga também a assumir a existência de distintas concepções de bioética, considerando a diversidade e as diferenças culturais, o que, no entanto, não pode ser considerado um obstáculo para acordos e soluções caracterizadas pelo consenso e pela provisoriedade típica de um mundo em constante transformação.

Já o biodireito é uma matéria recente que tem como base a bioética e biogenética, sendo a “vida” o tema preponderante. Tal disciplina deve respeitar as liberdades de cada indivíduo e ao mesmo tempo frear os abusos contra os seres humanos. Trata-se de, justamente, verificar até onde a evolução tecnológica deve ir sem que isso afete a dignidade humana (Diniz, 2017).

Em uma outra perspectiva, segundo Maluf (2010):

O biodireito pode ser definido como o novo ramo do estudo jurídico, resultado do encontro entre a bioética e o direito. É o ramo do Direito Público que se associa à bioética, estudando as relações jurídicas entre o direito e os avanços tecnológicos conectados à medicina e à biotecnologia. (...) Biodireito é a regulamentação jurídica da problemática da bioética, no sentido em que formula as relações particulares entre ética e direito que se inter relacionam reciprocamente: ética como instância prática do direito e direito como expressão positiva da ética.

A bioética e o biodireito têm grande importância quando o tema é doação de órgãos, desde a constatação da morte encefálica até a efetiva remoção dos órgãos para transplante. Em todas as etapas, os profissionais dessa área devem aplicar princípios éticos em situações que envolvem debates morais, além de haver normas coercitivas que regem suas condutas.

3. A PROTEÇÃO DA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1. Contextualização histórico-jurídica da doação de órgãos

A doação de órgãos só foi inserida na legislação brasileira com a Lei nº 4.280/63, em que regulava acerca da extirpação de órgãos ou tecidos de pessoa falecida. O termo “extirpação” foi considerado inadequado por transmitir a imagem de que os órgãos seriam removidos com violência (Maynard; Lima; Lima; Costa, 2016).

Então, a Lei nº 4.280/63 foi revogada pela Lei nº 5.479/68, regulamentando o transplante de órgãos e tecidos para fins terapêuticos ou científicos. O objetivo principal da norma era buscar balancear os anseios da ética familiar, com o propósito da cirurgia (Garcia; Gamba; Montal, 2010).

A Lei nº 8.489/92 determinava que a doação deveria ser autorizada pela família do falecido ou por ele próprio em documento oficial, mas a lei não continha uma delimitação precisa do que era morte, dentre outras falhas (Garcia; Gamba; Montal, 2010).

Em 1997 foi criada a Lei nº 9.434, modificando, então, a legislação anterior e instituindo um Sistema Nacional de Transplantes. A novidade mais impactante foi a doação presumida, em que todos os indivíduos que faleciam tornavam-se doadores, exceto se tivessem disposto de forma contrária. Essa alteração não recebeu a aprovação da maioria dos brasileiros e, por isso, foi editada a medida provisória 1718-1/1998, que retirava a ideia de doação presumida e tornava necessária a autorização em vida do doador e na falta dela a permissão da família (Freitas; Mendonça; Simioni; Francisco, 2019).

Em 2001, foi editada a Lei nº 10.211, tornando a decisão da família primordial para a doação de órgãos de determinado indivíduo e, assim, modificando o art. 4º da Lei nº 9.434/1997. Com essa alteração a pessoa não teria mais autonomia para decidir sobre a disposição do seu corpo se houvesse manifestação da família em sentido contrário (Freitas; Mendonça; Simioni; Francisco, 2019).

Ademais, foram editadas as Portarias nº 1.752/05 e nº 1.262/06. A primeira instituiu a Comissão Intra-hospitalar de Doação de Órgãos e Tecidos para Transplante, já a segunda autorizou o Regulamento Técnico, determinando deveres e critérios de eficácia de doação de órgãos referentes às Comissões criadas (Moreira, 2020).

No ano de 2009, o Ministério da Saúde emitiu duas Portarias, nº 2.600 e nº 2.601. Uma refere-se à aprovação do regulamento técnico do Sistema Nacional de Transplantes e a outra sobre o Plano Nacional de Implantação de Organizações de procura de órgãos e tecidos (Moreira, 2020).

Posteriormente, foi publicado o Decreto nº 9.175/17, o qual revogava o Decreto nº 2.268/97 e regulamentava a Lei de Transplantes. Tal decreto visava a organização do Sistema Nacional de Transplantes e também passou a permitir que o companheiro do indivíduo falecido autorizasse a doação de órgãos, visto que isso não era possível no passado (Moreira, 2020).

3.2 Abordagem constitucional da doação de órgãos

A Constituição Federal de 1988 assegura em seu art. 5º o direito à vida, sendo este o essencial para todo e qualquer indivíduo. Além disso, garante outros direitos fundamentais e princípios que se relacionam com a bioética e a questão da doação de órgãos após a morte (Fernandes, 2022).

A Constituição de 1988 tem o objetivo de alcançar sempre o uso adequado dos meios financeiros para a promoção da saúde e também o desenvolvimento de recursos para melhorar e estender a vida dos cidadãos. Com isso, as legislações infraconstitucionais devem sempre considerar os princípios e regras dispostos na Constituição (Pimentel; Sarsur; Dadalto, 2018).

Nesse sentido, no processo de doação de órgãos também devem ser observados os princípios constitucionais, mas especialmente o da dignidade da pessoa humana, o da integridade física e o da liberdade.

Em concordância com tais princípios, é fundamental observar que é direito de todo indivíduo brasileiro, garantido constitucionalmente, a oportunidade de tornar-se doador de órgãos, bem como a escolha de não ser (Corsi, 2018).

3.3 Consentimento da doação de órgãos *post mortem*: há uma divergência jurídica?

A questão de transplante de órgãos é um processo encarado como recente na cirurgia moderna. Tal procedimento manifesta diversos dilemas éticos, além de vários outros questionamentos jurídicos.

A Lei nº 9.434/97 tinha em sua disposição o consentimento presumido, o qual abordava que qualquer pessoa que morresse poderia vir a ser uma doadora, se não possuísse grave doença mental, tivesse idade superior a 16 anos e morte encefálica. O suposto indivíduo só não viria a ser um doador se este tivesse disposto em sentido contrário quando ainda era vivo. Tal concepção não foi bem aceita e gerou diversas polêmicas (Soares; Ningeliski, 2021).

O objetivo do consentimento presumido era, justamente, aumentar a quantidade de doadores, mas ocasionou o efeito oposto. Diversas pessoas começaram manifestar sua vontade

no sentido de não quererem ser doadoras, pois o processo de transplante de órgãos não era compreendido por muitos. Diante disso, essa concepção foi alterada pela Lei nº 10.211/01 (Costa; Amaral, 2021).

O art. 4º, da Lei nº 9.434/97 passou a dispor:

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.

A disposição supramencionada conflita diretamente com o art. 14, do Código Civil, que foi abordado anteriormente no capítulo referente aos direitos da personalidade. Esse artigo preza pela autonomia do indivíduo em dispor do próprio corpo após a morte.

Mais tarde, com o intuito de regulamentar a Lei de Transplantes, é criado o Decreto 9.175/17, o qual dispõe também em seu art. 17 acerca do consentimento familiar:

Art. 17. A retirada de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano poderá ser efetuada após a morte encefálica, com o consentimento expresso da família, conforme estabelecido na Seção II deste Capítulo.

Durante o desenvolvimento legislativo acerca da doação de órgãos, a vontade do doador sempre foi preponderante, assim como dispõe o art. 14, do Código Civil. Foi somente com a alteração no art. 4º, da Lei nº 9.434/97, e posteriormente com o Decreto nº 9.175/17, que indicou a decisão familiar como essencial na disposição do corpo do falecido (Khamis; Lellis, 2023).

Esse conflito entre a lei especial e o Código Civil é uma questão de muita importância no âmbito social. De acordo com o Ministério da Saúde, no ano de 2023, a fila de espera para transplante ultrapassou o número de 62 mil pessoas no Brasil. Tal quantidade alarmante se deve muito ao fato da existência do conflito entre as normas supracitadas na legislação brasileira (Cunha, 2023).

O entendimento preponderante é o de que o corpo do indivíduo após a morte tem a natureza “patrimonial”, fazendo com que os herdeiros tenham a prerrogativa para decidir sobre a disposição do corpo do falecido. Essa mentalidade é contraditória, uma vez que os indivíduos possuem autonomia para decidir se querem ser cremados após a morte, mas não têm a liberdade de escolha acerca da doação de seus órgãos (Cunha, 2023).

Em 2006 foi aprovado o Enunciado 277 na IV Jornada de Direito Civil, firmando o entendimento de que prepondera a vontade do falecido:

O art. 14 do Código Civil, ao afirmar a validade da disposição gratuita do próprio corpo, com objetivo científico ou altruístico, para depois da morte, determinou que a manifestação expressa do doador de órgãos em vida prevalece sobre a vontade dos familiares, portanto, a aplicação do art. 4º da Lei n. 9.434/97 ficou restrita à hipótese de silêncio do potencial doador.

Apesar da disposição do enunciado, o que se verifica na prática é a prevalência da vontade familiar na decisão da doação dos órgãos. O Decreto n.º 9.175/17, posterior ao enunciado, só corroborou para afirmação da necessidade do consentimento da família. Diante disso, nos casos concretos é seguido o que é estabelecido na legislação especial, muitas vezes pelo receio de uma responsabilização civil na hipótese de não ser cumprido o desejo dos familiares (Costa; Amaral, 2021).

A corrente majoritária entende que se deve dar prioridade ao desejo expresso em vida do falecido perante à vontade de seus familiares e somente diante do silêncio do doador é que se deve consultar a família (Maynard; Lima; Lima; Costa, 2016).

4. SISTEMA DE DOAÇÃO DE ÓRGÃOS NO BRASIL

Atualmente, a legislação brasileira que dispõe acerca da transplantação de órgãos é a Lei nº 9.434/1997, a qual teve seu art. 4º modificado pela Lei nº 10.211/2001. Com isso, passou a ser exigido que o cônjuge ou parentes de primeiro ou segundo grau aprovassem de forma escrita a doação de órgãos do indivíduo falecido. Tal exigência independia de qual fosse a vontade do doador em vida (Coelho; Bonella, 2019).

O Sistema Nacional de Transplante (SNT) tem uma ordem para a fila de espera de transplantes, em que se leva em consideração a sequência de inscrição cronológica, mas tem preferência os indivíduos que apresentam quadros mais graves e quando há compatibilidade genética e sanguínea com o indivíduo doador (Fernandes, 2022).

O SNT é o órgão que regula e realiza a distribuição dos órgãos no país, por meio dos Centros de Transplantes situados nos Estados, os quais são responsáveis pela conscientização acerca do processo de doação de órgãos (Moreira; et al, 2020).

Para que ocorra a doação de órgãos é necessário que se tenha o diagnóstico de morte encefálica. Os critérios que determinam esse tipo de morte estão dispostos na Resolução CFM nº 2.173/2017 (Coelho; Bonella, 2019).

De acordo com a Resolução, o que determina a morte encefálica é a total perda das atividades cerebrais por causa conhecida, não devendo haver nenhuma dúvida em relação a esse diagnóstico e este ser realizado por dois médicos. Ademais, o potencial doador deve ser

submetido a teste de apneia e exames complementares que confirmem a inexistência de atividade elétrica ou circulação sanguínea no cérebro (Coelho; Bonella, 2019).

Para que ocorra a doação de órgãos é necessário que se identifique um potencial doador, devendo-se comunicar a Central de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos e Tecidos (CNCDO), descentralizadas em OPOs (Organização de Procura de Órgãos). Diante disso, a OPO se direciona ao doador para verificar a possibilidade da doação, com base nos exames laborais e histórico médico (Morais; Moraes, 2012).

Nesse sentido, existe a possibilidade da manifestação de vontade prévia do doador através do sistema Autorização Eletrônica de Doação de Órgãos (Aedo), preenchendo um formulário de maneira digital e gratuita. (CNJ, 2024)

Posteriormente, a família é contada para autorização e a OPO comunica a Central de Transplantes para repassar os dados coletados (Morais; Moraes, 2012). Na hipótese de permissão de doação de órgãos, deve ser feito um Termo de Autorização de Doação de Órgãos entre a comissão e os familiares do falecido (Moreira, 2020).

A equipe de saúde deve proceder para a verificação do histórico clínico do doador. Este é necessário para evitar que doenças e infecções sejam transmitidas ao receptor do órgão. (Brasil, 2023)

Com o intuito de contribuir para o aumento do número de doadores e simplificar o processo de doação, a Corregedoria Nacional de Justiça publicou recentemente, em junho de 2024, o Provimento nº 173/2024, que desobriga a presença do selo para validação da Aedo, documento que serve para assegurar a decisão de doar órgãos. A publicação desse provimento apresentou um grande avanço para o processo de transplante, por ser um facilitador na maneira que os indivíduos expressam a vontade de doação de órgãos, tecidos e partes do corpo humano. (CNJ, 2024)

5. SISTEMA DE DOAÇÃO DE ÓRGÃOS NA ESPANHA

A Espanha é um país considerado líder mundial em relação ao seu modelo de transplantação de órgãos. Tal país se tornou referência graças a criação da Organización Nacional de Transplantes (ONT) em 1989. A ONT é responsável por realizar campanhas anuais, além de proporcionar cursos para profissionais do ambiente forense e jurídico, uma vez que existem doações que precisam de autorização judicial (Coelho; Bonella, 2019).

Segundo a legislação da Espanha, todo indivíduo se torna um doador de órgãos assim que falece, a menos que tenham disposto em sentido contrário ainda em vida. Contudo, a opinião da família é solicitada e levada em consideração (Coelho; Bonella, 2019).

A legislação espanhola que trata sobre a doação de órgãos é a Lei nº 30/1979, a qual dispõe acerca da necessidade de morte encefálica, gratuidade da doação, entre outras regras (Facury, 2021). Essa lei foi desenvolvida mais tarde pelo Decreto Real nº 426/1980, que foi revogado por outro posteriormente (Gómez, 2016).

O que sucedeu o antigo decreto foi o Decreto Real nº 2070/1999 que passou a regular a aquisição e utilização dos órgãos, asseverando a neutralidade na escolha dos receptores de transplantes. Ademais, tal decreto aborda conceitos relevantes como a concepção de órgão, diferenciação entre o doador vivo do falecido, entre outros (Facury, 2021).

As Leis Gerais da Saúde de 1986 e de 2005, em conjunto com a Lei Básica de Autonomia do Paciente e Direitos e Obrigações concentram os principais princípios que orientam a prática clínica e a legislação sobre transplantes (Teixeira, 2006).

Os requisitos para se tornar um doador de órgãos são a maioridade, a capacidade mental e saúde física. Para que isso ocorra, o cidadão espanhol deve fazer a requisição do cartão de doador de órgãos, demonstrando, assim, seu consentimento expresso em caso de sua morte. Apesar de existir este cartão, ele não possui validade jurídica, sendo necessária a comunicação da vontade de ser um doador aos familiares. (Generalì, 2024)

Para que a pessoa possa doar seus órgãos é fundamental que sua morte ocorra em uma Unidade de Terapia Intensiva de um hospital, pois é nesse lugar que ocorre a preservação dos órgãos e o desempenho de testes para avaliar se o indivíduo pode ser doador. (Aragón, 2024)

O sistema de doação de órgãos espanhol permite que o número de transplantes cresça cada vez mais. No ano de 2023, foi alcançada a taxa de 122,1 transplantes p.m.h. Foram feitos 3.688 transplantes renais, 1.262 hepáticos, 479 pulmonares, 325 cardíacos, 100 de pâncreas e 7 intestinais. Houve um aumento em todos os tipos de doações em relação ao ano anterior. (Espanha, 2024)

6. LIMITAÇÕES DE CONSENTIMENTO

A questão da doação de órgãos não é restrita aos adultos. Há diversos casos de crianças que precisam de órgãos compatíveis para seu crescimento e, por isso, os doadores devem ser também menores. Estes devem ser analisados de uma maneira especial, uma vez que

se trata de indivíduos que não possuem capacidade jurídica para dispor do próprio corpo (Escobedo, 2022).

A Lei brasileira nº 9.434/97 dispõe que a possibilidade de dispor do próprio corpo se restringe aos indivíduos capazes, quando se trata de pessoas vivas. A pessoa relativamente capaz só pode realizar a doação de órgãos se for emancipada (Monteschio, 2014).

As Diretivas Antecipadas de Vontade (DAVs) regulamentada pela Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1995/12, dispõe, em seu artigo 1º, que nos casos em que os indivíduos são incapazes de declarar seu desejo é preciso observar se a pessoa deixou diretivas antecipadas de vontade (Maynard; Lima; Lima; Costa, 2016).

Essas diretivas podem ser de realizadas de várias formas, uma vez que a resolução não determina. Podem ser de maneira pública ou particular por documento escrito, devendo ser atestada a veracidade da assinatura, sendo seus requisitos dispostos no art. 2º, parágrafo 4º, da Resolução CFM nº 1995/12 (Maynard; Lima; Lima; Costa, 2016).

No caso de doação de órgãos de indivíduos falecidos juridicamente incapazes deve ter a permissão de ambos os pais ou representantes legais, conforme dispõe o art. 5º, da Lei nº 9.434/97 (Souto, H. et al, 2010).

Quanto aos deficientes mentais, a legislação não permite que doem órgãos ou tecidos ainda em vida por possuírem baixa imunidade. Isso ocorre pois há perigos no tratamento médico, podendo prejudicar a saúde desses indivíduos. Dessa forma, é garantida a proteção às pessoas que possuem deficiência mental, uma vez que estas possuem a autonomia limitada, não sendo capazes de decidir acerca da questão da doação de seus órgãos (Souto, H. et al, 2010).

O Convênio contra o Tráfico de Órgãos (CTO) do Conselho da Europa não tem um posicionamento firmado em relação a questão da doação de órgãos de pessoas com doenças psíquicas ou que estão em estado que não lhes permite expressar seu consentimento. Diante disso, as legislações dos diversos países são muitos divergentes nesse sentido. (Roig, 2017)

A Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e a Biomedicina e seu Protocolo Adicional permite a extração de tecidos regeneráveis de indivíduos que não tenham capacidade de consentir somente em determinadas situações específicas, mas a extração de órgãos é proibida. (Roig, 2017)

A legislação da Espanha determina que deve haver a manifestação do doador menor de idade, devendo seus pais ou responsáveis apenas autorizar o ato. Tratando-se de um doador menor falecido, fica a cargo do seu representante em vida a decisão (Escobedo, 2022).

5. CONCLUSÃO

A doação de órgãos *post mortem* é uma alternativa que a medicina moderna trouxe para doenças que não possuem tratamento capaz de restabelecer a saúde do paciente, o qual possui algum órgão ou tecido comprometido. O processo de doação de órgãos é aquele que torna alguém que é doador em potencial em um doador efetivo através da realização de transplante.

Os transplantes são procedimentos cirúrgicos com o objetivo de trocar um órgão ou tecido que não funciona mais de uma pessoa, chamada de receptora, por outro órgão ou tecido de outra pessoa viva ou morta, chamada de doadora.

A questão da doação de órgãos envolve o direito de dispor do próprio corpo após a morte, o qual é um dos direitos da personalidade, disposto no art. 14, do Código Civil. Os direitos da personalidade são inerentes a todas as pessoas desde sua concepção e tem como principais características a inalienabilidade, a imprescritibilidade e a intransmissibilidade.

O direito garantido pelo art. 14 do Código Civil abarca a autonomia da vontade sobre o cadáver, podendo o indivíduo decidir se quer ou não doar seus órgãos após a morte caso preenchidos os requisitos necessários.

O processo de doação de órgãos abarca também a bioética e o biodireito, uma vez que os profissionais devem sempre se ater aos princípios éticos e seguir normas coercitivas para guiar seus comportamentos.

A doação de órgãos só foi incorporada na legislação brasileira com a Lei nº 4.280/63. Após isso, várias leis foram sendo criadas para acompanhar os avanços dos transplantes até ser elaborada a Lei nº 9.434/97, que instituiu a doação presumida. Posteriormente, foi editada a Lei nº 10.211/01, alterando o art. 4º e fazendo com que a escolha da doação de órgãos seja da família do falecido.

Ademais, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seu art. 199, § 4º, que a legislação deve dispor sobre os requisitos para a doação de órgãos. Diante disso, a lei infraconstitucional que orienta o processo de transplante deve se ater aos princípios que norteiam a Constituição, principalmente o da dignidade humana, o da integridade física e o da liberdade.

Contudo, a legislação brasileira apresenta um conflito de normas. O art. 4º, da Lei nº 9.434/1997 determina que a doação de órgãos *post mortem* deve ser autorizada pela família do falecido, enquanto o art. 14, do Código Civil dispõe acerca da autonomia da vontade de dispor do próprio corpo que todo cidadão possui. Dessa forma, verifica-se que há uma divergência jurídica no que diz respeito ao consentimento da doação de órgãos.

A corrente majoritária defende que é preciso priorizar a vontade do falecido e solicitar a decisão de seus familiares somente quando não for expresso em vida seu desejo. Porém, não é isso que ocorre na prática, visto que a vontade da família tem preponderância, contribuindo para a escassez de doadores e aumentando a longa lista de espera existente para recebimento de transplantes.

O modelo de doação de órgãos brasileiro apresenta diversas falhas, prejudicando, assim, as pessoas que aguardam na fila para receber transplantes. Com o objetivo de melhorar esse quadro, foi criado o sistema Aedo, que é uma maneira de autorizar a doação de órgãos eletronicamente.

Contudo, a Corregedoria Nacional de Justiça publicou o Provimento nº 173/2024, desobrigando a necessidade do selo para validação da Aedo. Apesar desses facilitadores, o Brasil sofre com o baixo número de doadores existente.

Dito isso, o país referência é a Espanha, o qual apresenta um sistema de doação de órgãos presumido, em que todo cidadão que morre é presumidamente um doador, a não ser que tenha disposto em sentido contrário. É através desse modelo que o país espanhol consegue ser tão bem sucedido e se manter como líder mundial em doação de órgãos.

Os modelos brasileiro e espanhol apresentam diferenças, sendo a principal delas a forma como são organizados, em que no brasileiro a decisão da doação de órgãos fica a cargo da família, enquanto no sistema espanhol todo cidadão falecido é presumidamente um doador.

Contudo, o modelo do Brasil e da Espanha apresentam também similitudes, sendo que algumas dessas são as limitações de consentimento, em que nos dois sistemas, os cidadãos incapazes podem se manifestar acerca da disposição do próprio corpo quando em vida e quando morrem essa decisão fica a cargo de seus pais.

Ademais, nos casos dos deficientes mentais, estes não podem dispor do próprio corpo ainda em vida por causa da baixa imunidade, podendo acarretar problemas à saúde desses indivíduos por apresentar riscos ao tratamento médico.

REFERÊNCIAS

ARAGÓN. SaludInforma. Donación de órganos. Disponível em: <https://www.saludinforma.es/portalsi/donacion-trasplantes/donacion/donacion-de-organos>. Acesso em: 12 jun. 2024

BANDEIRA, Ana Claudia Pirajá. **Consentimento no transplante de órgãos, a luz da lei 9.434/97 com alterações posteriores**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 27.

CARNEIRO, Joice França. **Bioética, Direito e Disposições de Última Vontade: a questão da doação de órgãos após a morte**. 2022. 52 f. Monografia (Graduação em direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Caicó, 2022.

COELHO, G. H. F.; BONELLA, A. E. Doação de órgãos e tecidos humanos: a transplantação na Espanha e no Brasil. **Revista Bioética**, v. 27, n. 3, 2019. Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/revista_bioetica/article/view/1987. Acesso em: 22 mar. 2024

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). CNJ reforça importância de concluir cadastro no Aedo para ser doador de órgãos. CNJ, 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-reforca-importancia-de-concluir-cadastro-no-aedo-para-ser-doador-de-orgaos/>. Acesso em: 04 ago. 2024.

CORREIA, Ana Cláudia Brandão de Barros. Bioética, direito à saúde e proteção das futuras gerações. **Revista de Direito da Saúde Comparado**. v. 2, n.3, 2023. Disponível em: [//periodicos.unisa.br/index.php/direitosaude/article/view/546](http://periodicos.unisa.br/index.php/direitosaude/article/view/546). Acesso em: 11 mar. 2024.

CORSI, Carlos Alexandre Curylofo. **Estratégias educativas utilizadas na educação básica para conscientização dos alunos sobre a temática doação/transplante de órgãos e tecidos humanos: revisão integrativa da literatura**. 2018. 152 f. Dissertação (mestrado em Ciências da Saúde, Programa de Pós-Graduação em Enfermagem Psiquiátrica e Ciências Humanas) – Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (EERP-USP), Ribeirão Preto, 2018.

COSTA, I. A.; AMARAL, A. C. C. Z. M. A. Doação de órgãos post mortem e as diretivas antecipadas da vontade: um conflito entre autodeterminação e a vontade familiar. **Revista Argumentum**. Marília/SP, v. 22, n. 3, p. 1301-1322, Set.-Dez. 2021. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/1500/966>. Acesso em: 28 fev. 2024

CUNHA, Leandro Reinaldo da. Do desprezo da vontade da pessoa quando da doação de órgãos post mortem. **Revista Conversas Civilísticas**. Salvador, v. 3, n. 2, p. III – VII jul./dez. 2023. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/conversascivilisticas/article/view/58630>. Acesso em: 11 mai. 2024.

DE FREITAS, Héverton Barbosa; MENDONÇA, Adriana Rodrigues dos Anjos; SIMIONI, Rafael Lazzarotto; COLDIBELLI FRANCISCO, Antonio Marcos. O cadáver humano: direito de autodeterminação e disposição dos próprios órgãos e tecidos para transplantes post mortem. **Revista Brasileira de Bioética**, v. 15 p. 1-15, 2020. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rbb/article/view/26799>. Acesso em: 11 mai. 2024.

DINIZ D, GUILHEM D. **O que é Bioética?** Editora Brasiliense, São Paulo, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil**. 37ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ESCOBEDO, Carlos Daniel Villegas. **Regulación de la Donación de Órganos de las Niñas, Niños y Adolescentes**. Orientador: Dr. Eduardo Oliva Gomez. 2021. 190 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito. División de Estudios Superiores de Posgrado, Universidad Autónoma del Estado de Morelos, Cuernavaca, 2022.

Espanha, líder em transplantes de órgãos: mantiene su liderazgo mundial y bate el récord. 17 jan. 2024. Disponível em: <https://es.euronews.com/2024/01/17/espana-bate-records-de-trasplantes-de-organos-y-mantiene-su-liderazgo-mundial>. Acesso em: 11 jun. 2024

ESPAÑA. **Nota de imprensa sobre transplantes**. La Moncloa, 17 jan. 2024. Disponível em: <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/sanidad14/Paginas/2024/170124-trasplantes.aspx>. Acesso em: 12 jun. 2024.

FACURY, Ana Flávia Francisco. **Doação de órgãos post mortem e o consentimento: a legislação brasileira e a experiência espanhola**. 2021. 29f. Trabalho de graduação no curso de direito – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2021.

FERNANDES, Pedro Eugenio Cavalcanti. **Doação de órgãos e tecidos: o direito constitucional da parte e a autonomia da vontade da família pós morte**. 2021. 46 f. Monografia (graduação em direito) – Unievangélica, Anápolis, 2022.

Fiocruz. Brasil registra o maior número de transplantes de órgãos em 10 anos. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/brasil-registra-o-maior-numero-de-transplantes-de-orgaos-em-10-anos#:~:text=No%20momento%2C%2041.559%20pessoas%20aguardam,homens%20e%2017.165%20s%C3%A3o%20mulheres>. Acesso em: 22 mai. 2024

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, Volume 1: Parte Geral**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GARCIA, M.; GAMBA, J. C.; MONTAL, Z. C. **Biodireito Constitucional**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

GENERALI. Cómo donar órganos en España. *Generalímasqueseguros*. Disponível em: <https://www.generalis.es/blog/generalimasqueseguros/como-donar-organos-espana/>. Acesso em: 12 jun. 2024.

GÓMEZ, Joaquín Grande. Legislación Española sobre Transplantes, Ley 30/1979 y RD 1723/2012: Una mirada desde la Bioética. Madrid, 2016.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Almedina, 2020.

KHAMIS, Renato Braz Mehanna; LELLIS, Júlio César. A doação de órgãos e a prevalência da vontade do doador ante o conflito familiar. **UNISANTA Law and Social Science**, Vol. 12, N. 2 (2023) – ISSN 2317-1308. Disponível em: <https://ojs.unisanta.br/index.php/lss/article/view/3831>. Acesso em: 28 mai. 2024.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas, 2010.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MASSAROLLO, M. C. K. B; SANTOS, M. J. Processo de doação de órgãos: percepção de familiares de doadores cadáveres. **Revista Latino-Americana de Enfermagem**, jun. 2005. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0104-11692005000300013>. Acesso em: 05 mai. 2024.

MAYNARD, L. O. D.; LIMA, I. M. S. O.; LIMA, Y. O. R.; COSTA, E. A. Os conflitos do consentimento acerca da doação de órgãos post mortem no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**. São Paulo, v.16 n.3, p. 122-144, nov. 2015/fev. 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v16i3p122-144>. Acesso em: 11 abr. 2024.

MONTESCHIO, Horácio. Direito a vida e integridade física e questões sobre autonomia privada, biodireito e o transplante de órgãos e tecidos “inter vivos”. **Revista Jurídica**, [S.l.], v. 1, n. 34, p. 178-200, fev. 2014. ISSN 0103-3506. Disponível em: <<https://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/791/604>>. Acesso em: 02 jun. 2024. doi:<http://dx.doi.org/10.26668/revistajur.2316-753X.v1i34.791>.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. Rio de Janeiro, p. 1-20, Dez. 2010.

MORAIS, Taise Ribeiro; MORAIS, Maricelma Ribeiro. Doação de órgãos: é preciso educar para avançar. **Saúde em Debate**, Rio de Janeiro, v. 36, n. 95, p. 633-639, out./dez. 2012. Disponível em: <https://www.scielo.org/pdf/sdeb/2012.v36n95/633-639/pt>. Acesso em: 26 jun. 2024.

MOREIRA, D. L. DE S. et al. Política pública de transplante de órgãos no Brasil. **Revista Eletrônica Acervo Saúde**, v. 12, n. 12, p. e5062, 18 dez. 2020.

PEGUINI, C. C.; BRAGA, T. M.; LEAL, R. M.; A autonomia privada dos mortos e seus sucessores e o direito à vida: a lei de transplantes e a constituição federal. **Revista Pensamento Jurídico**. São Paulo, v. 15, n. 3, 2022. Disponível em: <https://ojs.unialfa.com.br/index.php/pensamentojuridico/article/view/547>. Acesso em: 14 mai. 2024

PIMENTEL, W.; SARSUR, M; DADALTO, L. Autonomia na doação de órgãos *post mortem* no Brasil. **Revista Bioética**. Brasília, v .26 n.4, Out./Dez. 2018. Disponível em: http://www.revistabioetica.cfm.org.br/revista_bioetica/article/view/1726. Acesso em: 13 mai. 2024

RIVABEM, Fernanda Schaefer. Biodireito: uma disciplina autônoma? **Revista Bioética**. Curitiba/PR, Mai – Ago. 2017. Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/revista_bioetica/article/view/1247. Acesso em: 02 abr. 2024

ROIG, M. Àngels Porxas. La Convención sobre la lucha contra el Tráfico de Órganos, una mirada desde la bioética. **Revista de Bioética y Derecho**, [S. l.], n. 40, p. 141–155, 2017.

DOI: 10.1344/rbd2017.40.19168. Disponível em:
<https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/19168>. Acesso em: 20 jun. 2024.

ROZA, Bartira de Aguiar et al. Doação de órgãos e tecidos: relação com o corpo em nossa sociedade. **Acta Paulista de Enfermagem**. 23 jun. 2010. Disponível em:
<https://doi.org/10.1590/S0103-21002010000300017>. Acesso em: 25 abr. 2024

SOARES, K. L.; NINGELISKI, A. O. Doação de órgãos post mortem versus autorização familiar necessária: uma leitura dos direitos da personalidade. **Revista Academia de Direito**, v. 3, p. 98-123, 2021. Disponível em:
<https://www.periodicos.unc.br/index.php/acaddir/article/view/3153>. Acesso em: 26 jan. 2024

SOUTO, H. et al. Considerações ético-jurídicas sobre o transplante de órgãos e tecidos à luz da dignidade da pessoa humana. **Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual**, n. 125, 2010.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: Volume Único**. 10ª ed. São Paulo: Método, 2020.

TEIJEIRA, R.. Aspectos legales del trasplante y la donación. **Anales Sis San Navarra**, Pamplona, v. 29, supl. 2, p. 25-34, agosto 2006. Disponível em:
http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1137-66272006000400004&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 25 abr. 2024.

TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil Constitucional Brasileiro. In: *Temas de Direito Civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004