

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS II

JANAÍNA MACHADO STURZA

HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG - Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove - São Paulo

Representante Discente - FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF - Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP - São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM - Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG - Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB - Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Unifor - Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

B615

Biodireito e direitos dos animais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Heron José de Santana Gordilho; Janaína Machado Sturza – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-241-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Biodireito. 3. Animais. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS II

Apresentação

A presente obra é fruto dos artigos apresentados no Grupo de Trabalho (GT) "Biodireito e Direito dos Animais II", do II Encontro Virtual do CONPEDI, realizado na modalidade virtual (online), entre os dias 02 e 08 de dezembro de 2020.

No dia 04 de dezembro de 2020, os treze artigos selecionados selecionados, após avaliação feita por pares, pelo método double blind review, foram apresentados oralmente por seus autores e, como forma de dar publicidade ao conhecimento científico, compõem o presente livro. Os professores ora signatários ficaram responsáveis pela Coordenação do Grupo de Trabalho intitulado "Biodireito e Direito dos Animais II" e pela organização desta obra.

No âmbito desse Grupo de Trabalho (GT) foram discutidas questões referentes: aos embriões híbridos; à manipulação genética; à bioética e bioimpressão de órgãos; à doação de órgãos; aos direitos da personalidade; à descriminalização do aborto; à morte encefálica; ao multiculturalismo e o dress code; à dignidade animal; à descoisificação do animal; ao direito à agroindústria e o bem-estar animal e, por fim, o direito à saúde e o bem-estar animal.

Com efeito, os trabalhos apresentados e debatidos, pelos pesquisadores e pelas pesquisadoras do GT, demonstram a complexidade das questões referentes ao tema Biodireito e Direito dos Animais. Portanto, com grande satisfação, apresentamos à comunidade jurídica a presente obra. Desejamos a todos uma ótima leitura.

Janaína Machado Sturza - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul

Heron José de Santana Gordilho - Universidade Federal da Bahia

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Biodireito e Direitos dos Animais II apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Biodireito e Direito dos Animais. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

DOAÇÃO DE ÓRGÃOS POST MORTEM: AS TENSÕES ENTRE A LIBERDADE E A AUTONOMIA EXISTENCIAL DO DOADOR E A EXIGÊNCIA DO CONSENTIMENTO FAMILIAR

POST MORTEM ORGAN DONATION: TENSIONS BETWEEN FREEDOM AND EXISTENTIAL AUTONOMY OF DONATOR AND FAMILIAR CONSENT REQUIREMENT

Alysson Oliveira Moreira ¹

Cleber Affonso Angeluci ²

Rita de Cassia Resquetti Tarifa Espolador ³

Resumo

Há um conflito entre autonomia existencial e a possibilidade de doação de órgãos post mortem, quando se observa que à família se atribui autonomia para decidir. Assim, buscando contribuir à produção do equilíbrio nesse conflito, fez-se um estudo do arcabouço jurídico que regulamenta o tema no Brasil, com o objetivo de estabelecer condutas mais humanas para os atores envolvidos no processo, obtendo-se como resultado, a demonstração de incompatibilidade entre a proteção da personalidade após a morte e o prevalecimento do consentimento de terceiros sobre a disposição. A pesquisa utiliza o método hipotético-dedutivo, a partir da análise documental e bibliográfica.

Palavras-chave: Doação de órgãos, Autonomia existencial, Consentimento familiar, Direitos da personalidade, Biodireito

Abstract/Resumen/Résumé

There is a conflict between existential autonomy and the possibility of donating post-mortem organs, when it's observed that's given autonomy to family decide. Thus, seeking to contribute to the production of balance in this conflict, a study was made of the legal framework that regulates the theme in Brasil, with the objective of establishing more humane conduct for the actors involved in the process, obtaining, as a result, the demonstration of incompatibility between protection of personality after death and the prevalence of others consent about the disposition. The research uses the hypothetical-deductive method, based on documentay and bibliographic analysis.

¹ Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Graduado em Direito Pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul.

² Docente do curso de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campus de Três Lagoas. Três Lagoas/MS. Doutor em Educação (UFMT), Mestre em Direito (UNIVEM).

³ Docente do Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina. Doutora em Direito (UFPR), Mestre em Direito Negocial (UEL).

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Organ donation, Existential autonomy, Familiar consent, Personality rights, Biolaw

1 INTRODUÇÃO

As questões envolvendo a finitude humana sempre foram controversas dentro do corpo social e da esfera intrafamiliar, com uma forte carga emocional e sentimentos muitas vezes incompreensíveis. A doação de órgãos *post mortem* é um dos momentos mais delicados das projeções da personalidade do indivíduo após a sua partida, pois a legislação vigente cria uma tensão entre a autonomia existencial do próprio doador com os seus familiares em um momento de sensibilidade extrema.

A razão dessa tensão legalmente criada repousa, como se demonstrará com o desenrolar da pesquisa, principalmente no choque entre o significado da vida e da morte construído pelo próprio doador, dentro da sua autonomia existencial e das concepções da própria família sobre esses aspectos. Além disso, a legislação brasileira acerca do tema foi vacilante, desde a sua origem, entre o reconhecimento da vontade do próprio doador com as percepções familiares sobre a autorização para retirada e transplante dos órgãos do falecido.

Deve-se ressaltar que o equilíbrio entre esses posicionamentos existenciais e as repercussões projetadas após a morte do seu titular merecem tutela jurídica para garantir que as marcas por ele deixadas na constante do tempo no mundo não sejam arranhadas em uma situação irreparável. Uma abordagem humanizada, consciente da própria finitude humana, entre familiares, médicos e doadores parece ser um caminho para um ponto de equilíbrio entre essas tensões.

Assim, o objetivo buscado com o estudo das tensões entre a autonomia do doador e o consentimento familiar será o respeito pelas pessoas envolvidas no processo de doação, concretamente consideradas como seres consubstanciados pela dignidade e pela autonomia em razão das suas personalidades, singularmente consideradas, mas também como reflexos da solidariedade e da alteridade abarcadas pela própria noção de dignidade.

Para consecução desse objetivo, utiliza-se metodologia dedutiva, com revisão bibliográfica doutrinária e científica da Medicina, Enfermagem e do Direito; e com inserções fáticas pela análise documental dos projetos de lei e da normativa vigente sobre o tema.

2 AUTONOMIA EXISTENCIAL E LIBERDADE NA OPÇÃO PELA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS AINDA EM VIDA

O transplante de órgãos é assunto caro à medicina moderna em relação ao Direito Fundamental à saúde e à qualidade de vida. A possibilidade de uma sobrevida com relativa qualidade e saúde de um paciente com uma disfunção orgânica terminal garante a realização

concreta daquelas perspectivas. Entretanto, é de conhecimento notório a escassez de órgãos doados para transplante, gerando uma barreira fático-social para concretização efetiva dessas garantias e objetivos médico-constitucionais.

O tratamento da doação se foca, quase exclusivamente, na necessidade do doente em estágio avançado ou terminal de uma função orgânica – disfunção hepática, pulmonar, cardíaca, por exemplo, ou problemas congênitos – esquecendo-se da essencialidade do doador, a pessoa que torna possível o transplante. De fato, a parte hipossuficiente e mais necessitada dessa relação é o receptor, contudo, em um movimento de equidade, o enfoque sobre o doador também poderá levar a uma maior confiança dele e da própria família no sistema de doações e, conseqüentemente, aumentar o número de doações (VILLAS-BÔAS, 2011, p. 651) (ROZA; GARCIA; BARBOSA, *et al.* 2010, p. 419).

O papel da família, embora não seja o enfoque central do trabalho, tem relevância, pois no ordenamento vigente¹ cabe a ela a palavra final sobre a doação ou não dos órgãos do falecido com morte cerebral. O acompanhamento psicológico e emocional desses familiares é fundamental para garantir as doações quando houver atestado de morte cerebral. Nesse sentido

Um estudo fenomenológico sobre a perspectiva de familiares de doadores de órgãos na experiência de consentir a doação para transplante, revelou uma associação entre as experiências bem-sucedidas de doação na visão da família, e as situações em que os familiares dos doadores puderam fazer a opção consciente ao optar pela doação, sempre correspondendo ao desejo expresso em vida pelo doador. O estudo concluiu que o apoio e a orientação aos familiares, pelos profissionais e pela instituição envolvidos no processo de captação, aparecem como elementos essenciais para a avaliação positiva de doação pelos familiares (ROZA; GARCIA; BARBOSA, *et al.* 2010, p. 419).

Essa avaliação positiva da experiência da doação de órgãos para transplante pela família do doador pode ser apta para gerar uma corrente positiva de doação; o impacto positivo gerado nelas pode incentivar outras famílias a promoverem a doação dos órgãos dos seus familiares aptos a doarem (ROZA; GARCIA; BARBOSA, *et al.* 2010, p. 420).

Assim, as partes envolvidas em todo processo de doação, captação e transplante – os doadores e receptores, equipes médicas, familiares do doador e do receptor – devem ser tratadas como um todo integrativo da dignidade consubstanciada individualmente em cada pessoa, nos limites da sua autonomia e personalidade. Isto é, não só o receptor deve ter o seu direito

¹ Atualmente, a disposição de órgãos, partes do corpo humano e tecidos é regulamentada pela Lei nº 9.434 de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe no art. 4º, *in verbis*: “a retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau, inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte” (BRASIL, 1997). A tensão entre a vontade do *de cuius* e a decisão da família, além das oscilações legislativas no ordenamento brasileiro, serão objeto de análise específica em tópico subsequente.

fundamental à saúde e à qualidade de vida garantido pela doação, como o doador também deve ter sua dignidade respeitada pela concretização da sua vontade, na perspectiva da projeção da autonomia existencial e dos direitos da personalidade.

A família, ao seu turno, em razão da essencialidade da sua participação decisória no procedimento, deve receber o maior apoio possível – emocional e psicológico – para lidar com o luto e a perda do ente querido. Ressalta-se que “embora a dor da perda continue, a atitude da doação conforta e traz satisfação. Isso corrobora com a ideia que existem dois valores a serem preservados, a vida e a dignidade do doador falecido, pois esse continua a representar a qualidade da pessoa à qual pertenceu” (ROZA; GARCIA; BARBOSA, *et al.* 2010, p. 420). O suporte e informação qualificada à família aumentam a tendência de consentirem com a doação pela perspectiva humanística e dignificante desse ato (ROZA; GARCIA; BARBOSA, *et al.* 2010, p. 420).

Quanto à equipe médica, o interregno entre a constatação da morte encefálica, a captação, transporte e o transplante dos órgãos e o relacionamento com a família do doador durante todos esses procedimentos consubstanciam fatores de grande estresse físico, emocional e psicológico. Além de lidarem com a perda de um paciente – o doador –, envolve-se o momento de dilemas bioéticos acerca da alocação dos órgãos, conflitos morais, espirituais e de convicções pessoais (ROZA; GARCIA; BARBOSA, *et al.* 2010, p. 419-420).

Grande parte desses fatores estressantes para a equipe médica se deve à exigência de um critério bioético e eficiente na tomada de decisões no contexto da doação de órgãos. Desde o diagnóstico da morte encefálica até a alocação dos órgãos para os potenciais receptores é requerido um equilíbrio praticamente inalcançável, mesmo com critérios objetivos por escores², como o caso do *Lung Allocation Score* (LAS) – escore de alocação de pulmões, em tradução livre (RODRIGUES-FILHO; FRANKE; JUNGES, 2019, p. 6).

Ainda, é esperado uma eficiência das equipes médicas que não dependem exclusivamente das suas ações, como sobrevivência dos pacientes, aceitação ou rejeição dos órgãos (RODRIGUES-FILHO; FRANKE; JUNGES, 2019, p. 7). Portanto, o suporte para que essas equipes sofram os menores impactos possíveis deve ser garantido com fins de realização da dignidade de todos envolvidos no processo (VICTORINO; VENTURA, 2016, p. 75).

² Apesar dos critérios por escore serem aparentemente objetivos, vez ou outra a tensão gerada pelas teorias da justiça distributiva, do equilíbrio entre necessidade e utilidade, (RODRIGUES-FILHO; FRANKE; JUNGES, 2019, p. 5-6) conduzirão à questionamentos e injustiças, seja pela subjetividade dos pacientes nas listas de espera, ou também pela avaliação médica na anamnese ser influenciável pela experiência pessoal do médico (VICTORINO; VENTURA, p. 75, 2016).

3 A AUTONOMIA EXISTENCIAL E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO DOADOR

Convém esclarecer, em primeiro momento, que a expressão da autonomia existencial e dos direitos da personalidade sobre o próprio corpo em relação ao doador se insere na dimensão de uma declaração unilateral de vontade com eficácia *post mortem*. Isto é, apesar de se tratar de uma opção pela doação ainda em vida, não se deve associar com a doação *inter vivos*, mas sim como uma expressão da autonomia existencial e da personalidade do doador, meios realizadores da dignidade humana, que terão sua projeção no momento da morte e, no imediatamente posterior, da doação de órgãos, concretizando o desejo externalizado em vida por ele para quando o ocaso chegasse.

A personalidade é atributo inerente da condição de pessoa, consubstanciando, então, a essência humana de cada uma delas. Caio Mário da Silva Pereira entende a personalidade nesse sentido, como condição de indivíduo e pessoa com faculdades atribuídas a ele, em razão dessa condição, pelo ordenamento jurídico (PEREIRA, 2019, p. 191). Orlando Gomes entende que é “na *capacidade* de ser titular de direitos e obrigações que a *personalidade* se mede, influenciando na *capacidade de agir*, não só o estado do agente, mas também certas *qualidades jurídicas*” (GOMES, 2019, p. 101 – grifo no original).

Como condição inexorável da pessoa, no ordenamento jurídico e, também na experiência de realização da existência, a personalidade guarda uma relação simbiótica e interdependente com o metaprincípio da dignidade da pessoa humana. Isto é, a tutela dos direitos da personalidade repousa nos direitos e garantias, individuais e coletivos, consagrados pela cláusula geral da dignidade da pessoa humana (PEREIRA, 2019, p. 192), constitucionalizada no art. 1º, III da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988).

Ao passo que a principiologia da dignidade da pessoa humana é garantia jurídica da proteção da personalidade e dos direitos a ela inerentes, a realização da personalidade do ser no mundo, permite a dignidade existir, de fato, na vida do indivíduo. São necessários para a plena liberdade no desenvolvimento do ser, das suas convicções e desejos e, o respeito correspondente a essas posições consubstanciadas na tutela da personalidade ³. Caio Mário da Silva Pereira

³ É indispensável a lição de Ana Carolina Brochado Teixeira sobre a realização de fato da dignidade por meio da liberdade no processo de edificação da personalidade: “logo, concretizar a dignidade é atribuir a cada pessoa a ampla liberdade para que ela construa a própria vida, realize suas necessidades, faça suas escolhas e “adone-se” de sua existência, dirigindo-a da forma como entender que lhe traga maior realização, pois as concepções de cada um devem ser consideradas, uma vez que todos os valores são possíveis no Estado Democrático de Direito, que, como visto, tem o pluralismo como um dos pilares fundamentais. (...)”

assevera ser a personalidade a pedra fundamental de todos os direitos e obrigações do ser, cujo “o indivíduo é ainda sujeito de relações jurídicas que, despidas embora de expressão econômica intrínseca, representam para o seu titular um alto valor, por se prenderem a situações específicas do indivíduo e somente dele” (PEREIRA, 2019, p. 193).

É nesse contexto de liberdade e autonomia existencial que se insere a liberdade de um indivíduo decidir pela doação de seus órgãos para após sua morte. A disposição do corpo, órgãos e tecidos é direito da personalidade positivado no art. 14 do Código Civil⁴ (BRASIL, 2002), desde que pautados pelos princípios éticos e morais da solidariedade e do altruísmo. Essa principiologia garante, além da dignidade do receptor com a melhora da sua saúde e qualidade de vida, a realização última dos atributos intrínsecos e essenciais da personalidade do doador.

O principal entrave à realização da doação de órgãos *post mortem* no ordenamento brasileiro se encontra na exigência de consentimento da família antes do procedimento, mesmo que haja manifestação favorável do próprio *de cuius*. Essa negativa decorre em razão da falta de conhecimento da população acerca dos procedimentos e a falta de confiança estrutural no sistema de saúde e de captação de órgãos (ROZA; GARCIA; BARBOSA, *et al.* 2010, p. 420).

Na principiologia da bioética, a autonomia do *de cuius* e da família devem ser os baluartes das decisões médicas no processo de doação dos órgãos. Entretanto, a autonomia da família no consentimento legalmente exigido – consubstanciada pela informação qualificada acerca do atestado de morte cerebral, da captação e alocação dos órgãos – não deve anular a autonomia existencial expressada pelo potencial doador enquanto ainda em vida. Deve existir, então, uma relação de complementariedade e simbiose entre a opinião familiar e a personalidade do doador (ROZA; GARCIA; BARBOSA, *et al.* 2010, p. 420).

Assim, afirmam médicos e enfermeiros que as condutas no processo de doação de órgãos devem

ser permeadas por um consenso de opinião entre a família e o desejo manifestado em vida pelo familiar falecido. (...) Só podemos falar em exercício de autonomia, quando há compartilhamento de conhecimento e informação da equipe de saúde para o paciente, oferecendo dados importantes, em linguagem acessível, para que qualquer

Além dessa abertura e da ampla possibilidade para concretizar a dignidade, também deve ser considerada a liberdade que a pessoa tem, nos limites de suas particularidades. Não se trata, portanto, da liberdade no sentido liberal, mas de uma autonomia condicionada à responsabilidade e, por isso, dependente das condições materiais, vulnerabilidade individual, informação que cada pessoa tem sobre a situação existencial em jogo que demanda sua decisão. Assim, o diálogo deve ser estabelecido entre dignidade, autonomia e responsabilidade. É nessa trilogia que será possível uma efetiva possibilidade de cada pessoa construir, de forma livre, a própria personalidade, desenvolvê-la em todas as suas potencialidades, pois na base de toda e qualquer relação humana deve estar sempre presente o respeito à dignidade” (TEIXEIRA, 2018, p. 81).

decisão possa ser tomada, garantindo-se a competência de todos os membros envolvidos na situação.

Desta forma, a doação de órgãos e tecidos só devia ocorrer quando o direito das pessoas ao consentimento informado e a autonomia do doador ou de seus familiares fossem respeitados. O respeito à autonomia das pessoas por parte dos profissionais de saúde representou uma importante vitória sociocultural da Bioética (ROZA; GARCIA; BARBOSA, *et al.* 2010, p. 420).

Muito embora a personalidade cesse com a morte (PEREIRA, 2019, p. 204), os direitos da personalidade materializados na disposição do próprio corpo, no âmbito da autonomia existencial, acabam por provocar a projeção⁷ dessa tutela para após a morte. Isto é, as decisões autônomas intrínsecas à essência do ser em vida, destinadas a surtir efeitos após a sua morte – como a decisão pela doação dos seus órgãos –, por consubstanciarem quem esse ser é em vida, integrarão a projeção da personalidade na dimensão biográfica de quem ele foi, para garantir a integridade da pessoa na autonomia existencial, mesmo após a morte.

A personalidade, em si, não se limita às fronteiras do ordenamento jurídico enquanto atributo imaterial identificador da essência do ser⁵. Tem ela uma dimensão indelével do ser no fluxo do tempo, mesmo quando finda a sua existência. Entretanto, para proteção jurídica dessa expressão essencial do ser, o Direito Civil faz um recorte objetivo dos direitos da personalidade.

Na compreensão de Francisco Amaral

o objeto dos direitos da personalidade é o conjunto unitário, dinâmico e evolutivo dos bens e valores essenciais da pessoa no seu aspecto físico, moral e intelectual. A pessoa é, simultaneamente, o sujeito titular da situação jurídica e o ponto de referência objetivo da tutela que o direito estabelece (...). Assim entendido, o princípio da dignidade da pessoa humana traduz o reconhecimento do valor da pessoa como entidade independente e preexistente ao ordenamento, dotada de direitos invioláveis que lhes são inerentes (AMARAL, 2018, p. 356-357).

Nesse sentido, o indivíduo que constrói sua personalidade solidificada na autonomia existencial e pautado pelos princípios da solidariedade e da alteridade, tem na decisão pela doação de órgãos com eficácia *post mortem* o último ato de expressão da sua personalidade

⁷ Caio Mário da Silva Pereira, ao comentar o referido artigo, afirma que “pode a pessoa fazer disposições sobre o destino de seu corpo para depois da morte. Embora o cadáver não seja pessoa, uma vez que a personalidade cessa com a morte, a lei impõe restrições à disposição total ou parcial do corpo para depois de morte, subordinando ao objetivo que há de ser científico ou altruístico. Destoa dos bons costumes a disponibilidade inspirada em capricho ou motivo pouco generoso. A gratuidade também é essencial, para evitar a comercialização com o próprio corpo, a qual ofende o senso ético. (...) / A disposição a respeito do destino do corpo ou de parte dele pode revestir a forma testamentária ou de ato entre vivos. Em qualquer caso, pode ser revogada. Se por testamento, participa da natureza ambulatoria deste. Ao estabelecer a revogabilidade a qualquer tempo, teve em vista o art. 14 em seu parágrafo único, o ato *inter vivos*, e independentemente de audiência ou assentimento de outrem” (PEREIRA, 2019, p. 204).

⁵ Nesse sentido, Francisco Amaral assevera: “a personalidade humana é um todo complexo, unitário, integrado e dinâmico, constituído de *bens* ou *elementos constitutivos* (a vida, o corpo e o espírito), de *funções* (função circulatória, inteligência), de *estados* (saúde, prazer, tranquilidade) e por *força, potencialidade e capacidade* (instintos, sentimentos, vontade, capacidade criadora e de trabalho, poder de iniciativa etc.)” (AMARAL, 2018, p. 371).

altruísta⁶. É irrazoável a anulação dessa autonomia pela solução simplista do legislador ao atribuir à família, exclusivamente, a última palavra sobre a doação. Muito embora se espere que a família tome essa decisão em consonância com a vontade do familiar falecido, a incerteza deste sobre o efetivo cumprimento do seu desejo sempre será uma tensão nos momentos finais.

Como outrora ressaltado, na principiologia da bioética a autonomia dos pacientes (doadores) deve coexistir harmonicamente com a autonomia dos familiares, respeitando-se a dignidade consubstanciada em ambos. Com o enfoque na pessoa e nos valores essenciais do doador, ganha destaque perspectiva existencial da autonomia, defendida por Ana Carolina Brochado Teixeira (TEIXEIRA, 2018 p. 81/102), com alicerce na dignidade humana e na solidariedade.

Assim, o doador constrói a sua personalidade na convivência com a família, amigos e com todos aqueles que se relaciona durante a existência. É no espaço de intersubjetividade que, em um processo recíproco, tem no outro a sua dignidade reconhecida, enquanto também reconhece a dignidade desse outro. E é nesse processo que as dimensões da alteridade do doador com o receptor e no respeito pela família da opção pela doação se insere como meio de concretização da dignidade de todos. Assevera Ana Carolina Brochado Teixeira que

Os espaços de intersubjetividade, por isso, baseiam-se na perspectiva relacional, tendo em vista que a pessoa constrói, no decorrer da vida, sua identidade e personalidade, sendo produto deste feixe de relações com os outros. Enfim, ela vai se edificando em um processo de autoconhecimento e interação social. É a partir do relacionamento com o outro que ela se molda e, verdadeiramente, constitui-se em todas as suas dimensões. Por conseguinte, edifica, também, a sua dignidade de forma genuína, pois, embora esta seja concebida de forma singular, visto que compõe a humanidade de cada ser, ela só se forma plenamente através do olhar do outro. Por isso, afirmamos que o homem também é visto como um “ser processual”, ou seja, muda a partir das experiências que vivencia, construindo a si mesmo constantemente, informado pela relação com os demais e pelas escolhas que faz durante a vida (TEIXEIRA, 2018, p. 102).

O aspecto da personalidade, tutelado pelo direito, não diz respeito somente à disposição do corpo e dos órgãos para doação *post mortem*, decisão íntima e personalíssima do doador, declarada ainda em vida para efeitos após o seu ocaso. Mas, também, na projeção dessa personalidade dignificada para além da vida, com o cumprimento e honra a quem o doador foi,

⁶ Francisco Amaral, ao abordar os aspectos dos direitos da personalidade na doação de órgãos afirma que a disposição do próprio corpo para fins terapêuticos e altruísticos *post mortem* são uma projeção da dignidade humana e da personalidade. Assim “o direito ao corpo, nele incluídos os seus tecidos, órgãos e partes separáveis, e o direito ao cadáver, são projeções do princípio da dignidade humana e o direito à integridade física. Surge o problema do corpo humano como objeto de direito.

Considera-se o corpo humano um bem jurídico, seja o corpo humano nascido, seja o apenas concebido. O corpo humano sem vida é cadáver, coisa fora do comércio, insuscetível de apropriação, mas passível de disposição na forma da lei. Manifesta-se aqui a personalidade *post mortem* (...), como na possibilidade de disposição gratuita de próprio corpo, ou parte dele, com objetivo altruístico ou científico para depois da morte (CC, art. 14)” (AMARAL, 2018, p. 371)”.

consubstanciada, na alteridade e na solidariedade – bastiões e limitadores das decisões existenciais – com ele próprio, com a família, com os médicos e com o receptor. Nesse sentido,

Trata-se da interferência da alteridade, que tem sua justificativa na intersubjetividade. Contudo, quando as questões se referem apenas à subjetividade, deve-se entender presente apenas manifestações genuínas de liberdade.

A nós interessa pensar nos limites colocados pelo ordenamento à autonomia privada e, pelo que entendemos, devemos dividir esse raciocínio em duas partes, de acordo com a natureza existencial ou patrimonial da situação jurídica: se estiver em questão uma relação patrimonial, o limite interno colocado pelo ordenamento é a solidariedade, exteriorizada pela função social; mas se a situação for extrapatrimonial, referente à personalidade, o limite é estabelecido pelos aspectos existenciais da solidariedade, como a alteridade, ou seja, se a circunstância, por qualquer hipótese, interferir em espaços de intersubjetividade, ali está a barreira para sua eficácia. Se houver apenas referências subjetivas individuais, o espaço é pleno para uma decisão autônoma. Contudo, é imperativo que “o outro” consubstanciado pelo estado ou pelos particulares, em razão da ampla efetividade da solidariedade social, não deve apenas respeitar as escolhas pessoais, deve promovê-las e salvaguardá-las (TEIXEIRA, 2018, p. 102).

Nesse processo dinâmico e construtivo do ser humano deve ser entendida a autonomia existencial do doador de órgãos. O respeito às decisões manifestadas em vida por ele que, ao fim e ao cabo, dizem respeito a sua intimidade e a sua concepção de pessoa, da sua função enquanto ser no mundo a se realizar, são os meios condutores da dignidade humana.

A decisão pela doação é pautada, principalmente, pela dimensão da solidariedade e da alteridade da autonomia existencial, com um impacto positivo no sistema de doação de órgãos. Assim, é dever não só da família e dos médicos conduzirem à dignidade os doadores e receptores, mas também do Estado, ao evitar tensões em razão de conflito de vontades e ao fortalecer o sistema de captação e alocação de órgãos.

4 TENSÕES ENTRE A LEGISLAÇÃO VIGENTE SOBRE A DISPOSIÇÃO DE ÓRGÃOS *POST MORTEM* E A AUTONOMIA EXISTENCIAL DO DOADOR

A legislação brasileira sobre doação de órgãos tem seu início relativamente recente, com a Lei nº 8.489, de 18 de novembro de 1992 (BRASIL, 1992), sendo revogada pela Lei nº 9.434 de 4 de fevereiro de 1997 (BRASIL, 1997), com modificações introduzidas pela Lei nº 10.211, de 23 de março de 2001 (BRASIL, 2001). A observação desse percurso legislativo é interessante, pois por meio dele é possível ver a evolução da exigência de consentimento familiar em relação à manifestação de vontade da pessoa do doador. Com essa análise, fica evidente a oscilação entre o respeito pleno da vontade do doador, ao consentimento presumido até a completa anulação da projeção da autonomia existencial da pessoa doadora de órgãos.

Partindo da Lei nº 8.489/1992, a redação original do artigo 3º, incisos I e II, previa que a retirada de tecidos e órgãos para fins de transplante seria realizada quando houvesse manifestação inequívoca de vontade da pessoa falecida no sentido da doação, por meio de indicação em seus documentos pessoais, como o registro geral, por exemplo, ou por qualquer outro documento oficial (BRASIL, 1992). Ausente a manifestação pessoal expressa, era possível a retirada de órgãos, se não houvesse recusa em contrário pela família, considerada para tais efeitos o cônjuge, ascendente ou descendente (BRASIL, 1992).

Assim, a consideração dos aspectos personalíssimos e íntimos do potencial doador, conjugado o respeito da sua família pelas suas posições subjetivas tinham amparo legal. A projeção da personalidade desse doador para além da morte era reconhecida e legitimada, permitindo que as impressões deixadas por ele a respeito desse mundo, do significado da vida e da morte, do altruísmo e da solidariedade permanecessem mesmo com o fim da sua existência terrena, pois nesse sentido, deve-se lembrar que “do ponto de vista funcional, todavia, há que se reconhecer que depois da morte ainda há interesses existenciais merecedores de tutela” (TEIXEIRA, KONDER, 2010, p. 17). E, muito mais do que pelo aspecto materializado nos órgãos doados, por permitirem que um pedaço dessa pessoa continue a viver, o respeito à essa personalidade projetada, outrora concreta, é consubstanciado pela reverência à essência construída desse ser durante sua existência, preservando sua integridade, sua obra com a observância da sua vontade.

A exigência de consulta dos familiares próximos para se proceder a retirada e transplante dos órgãos do ente querido que partiu, em caso de ausência de manifestação própria dele, demonstra um respeito pelo sentimento e afeto do núcleo familiar e, também, pelo enlutamento dessas pessoas, quando se parte de uma abordagem humana e solidária. Além disso, a família tem o conhecimento íntimo e necessário dos traços mais essenciais da personalidade do seu familiar que partiu, permitindo que a deliberação pela doação ou não dos órgãos dele possa ser mais próxima o possível da escolha que ele teria caso houvesse manifestado sua vontade em vida. Nesse sentido, asseveram Ana Carolina Brochado Teixeira e Carlos Nelson Konder sobre o consentimento subsidiário da família que

deve caber a ela sim, a decisão, no caso do silêncio do falecido, pois representam o que está mais próximo do que seria sua própria manifestação. Todavia, expresso em vida o desejo de doar seus órgãos, esta declaração deve ser reputada válida independente do consentimento dos familiares (TEIXEIRA; KONDER, 2010, p. 21).

Ainda a respeito dessa proteção da personalidade projetada da pessoa falecida, o consentimento familiar na ausência de manifestação dele advém da funcionalização do ambiente familiar cujo ponto de inflexão é o desenvolvimento livre de seus membros. Nesse

sentido, essas famílias funcionalizadas contemporâneas “deixam de ser instituições protegidas em si mesmas para servirem como instrumentos para o desenvolvimento da personalidade de seus membros” (TEIXEIRA; KONDER, 2010, p. 14).

É justamente com essa possibilidade de desenvolvimento pleno da personalidade que cada um dos membros dessa entidade constrói suas percepções acerca do mundo, da alteridade e da solidariedade, donde advém, após a morte, a projeção da personalidade do falecido cuja tutela e respeito encontra guarida na família. Essa proteção personalista é oriunda da família constitucionalizada, democrática, cujo fundamento básico é a dignidade das pessoas que a compõe, do reconhecimento mútuo e do afeto, não no sentido de carinho, mas de afetar positiva ou negativamente a existência dos seus membros. Ela é, então, “calcada no diálogo e no respeito mútuo, sem qualquer forma de violência, e nela é garantida a igualdade entre os membros e a liberdade de cada um deles sem sacrifício da solidariedade que os interliga” (TEIXEIRA; KONDER, 2010, p. 14-15).

Esse primeiro diploma normativo parece ter sido, então, o regulamento mais adequado para consideração dessa convivência simbiótica entre o consentimento do falecido e dos familiares. É de se destacar que, apesar de seu projeto ter nascido quase simultaneamente à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com início da tramitação no mesmo ano, desde sua origem, ele já abarcava os novos valores do ordenamento jurídico brasileiro, em destaque a solidariedade e a dignidade.

Com o consentimento apenas supletivo da família, a personalidade e a essência daquele que deixa o mundo terreno encontram proteção positiva para que a integralidade do seu projeto de vida seja completado, mesmo na sua ausência consciente. Mas, também não desconsidera a participação familiar, principalmente em razão do ambiente de solidariedade e alteridade desenhado pelos valores constitucionais contemporâneos da família plural e democrática.

A preocupação com a solidariedade e com a alteridade é transparecida na justificativa do Projeto de Lei nº 1.169 de 1988 (doravante PL nº 1.169/88), da Câmara dos Deputados, que viria a ser a Lei nº 8.489/92, pautando-a, principalmente na dignidade dos doadores e receptores. Assim ao compreender “os transplantes como atitude de profunda solidariedade humana, este Projeto busca facilitar a sua realização, cercado-se dos cuidados técnicos e éticos necessários à realização segura e digna dos mesmos” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1989, p. 07).

Entretanto, essa solidariedade prevista pela justificativa do PL 1.169/88 tinha uma percepção distorcida da essência da alteridade e da personalidade, principalmente sob o ponto

de vista do doador falecido, pois originalmente a proposta o considerava doador presumido, desde que não houvesse manifestação contrária em vida. Essa distorção fica evidente ao considerar apenas a necessidade do receptor, utilizando o doador como uma ferramenta para suprir a demanda de órgãos, ou seja, instrumentalizando-o.

Nos termos do PL 1.169/88,

Para uma demanda enorme de pacientes, necessitados de transplantes, existe um obstáculo na oferta de órgãos, tecidos e outras partes do corpo, em virtude da falta de doadores e de uma legislação facilitadora da remoção de órgãos de pessoas recém falecidas.

Desta forma, o presente Projeto avança no sentido de considerar todas as pessoas doadoras em potencial, “post mortem”, de partes do corpo, desde que não tenham se manifestado contrariamente em vida.

(...)

A regulamentação desta Lei deverá prever a forma como as pessoas procederão para manifestarem-se contrariamente à cessão de órgãos, se assim desejarem (...) (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1988, p. 05-06).

Além de desconsiderar a construção da personalidade do doador, ainda se percebe o vácuo de respeito aos familiares que acabaram de perder um ente querido, deixando o seu momento de luto de lado e, também sem sequer serem ouvidos sobre o processo de doação. Essa postura acaba por gerar uma desconfiança no sistema de transplantes como um todo, em razão da insegurança sobre conceitos técnicos, como a morte cerebral, e da relativa obscuridade deixada em relação aos procedimentos a serem realizados.

Contudo, a versão final que resultou a Lei n. 8.489/92 optou por uma regulamentação mais personalista e individualista, mas, também conjugou a participação ativa da família, demonstrando consideração pela sua opinião, principalmente por ter sido ela a entidade básica formadora daquela personalidade que se foi e, na doação, se projeta para além da vida material, com a tutela dessa projeção sob responsabilidade familiar.

Acompanhando a evolução da legislação, a Lei nº 9.434/97, na redação original optou por considerar todas as pessoas como potenciais doadores *post mortem*, exceto se houvesse manifestação contrária em vida, nos moldes pretendidos pelo PL 1.169/88. A família também restou completamente desconsiderada nesse aspecto. Destaca-se ainda, que no art. 4º do Projeto de Lei nº 6 de 1995, do Senado Federal, (PLS nº 6/95) a expressão da vontade contrária à doação deveria ser feita por meio de instrumento público ou particular e, se nessa última forma, reconhecida firma em cartório (SENADO FEDERAL, 1995, p. 120), tornando o exercício pleno da liberdade e da personalidade extremamente burocrático.

As distorções acerca da proteção da integridade da personalidade do doador e da família, pela análise dos transplantes apenas pela perspectiva de suprimento da demanda de

órgãos pode ser exemplificada com a justificativa do PLS nº 6/95, que resultou na então Lei nº 9.434/97:

Desse modo, essa propositura objetiva salvar inúmeras vidas que dependem da boa vontade de escassos doadores. Não faz sentido que uma pessoa que tenha morrido de um ataque do coração, seja enterrada com todos os seus outros órgãos em ótimas condições de serem aproveitados. Por outro lado, é inconcebível ver um ser humano que necessita de um transplante morrer na fila de espera, enquanto seu semelhante que possuía o órgão necessitado em boas condições, leve-o para seu túmulo. Segundo o insigne jurista Nelson Hungria, “a vida é pressuposto da personalidade e é o supremo bem individual. A integridade corporal é condição de plenitude da energia e eficiência do indivíduo como pessoa natural” (SENADO FEDERAL, 1995, p. 121).

Embora o legislador tenha tido a boa intenção de buscar uma solução para a demanda de órgãos, a proposição é demasiado instrumentalista, isto é, transforma a pessoa falecida em um mero instrumento para suprir a necessidade de outra pessoa. Conforme outrora assinalado, o processo de captação e transplante de órgãos é um momento de emoções e sentimentos intensos, seja pela dor da perda de um ente querido pela família, seja pela expectativa do receptor e de sua família pela doação e melhoria da qualidade de vida. Assim, as pessoas envolvidas nesse momento devem ser consideradas no seu todo, em um procedimento holístico e integrativo, respeitando a dignidade e a personalidade de todos eles.

Essa necessidade de respeito à dignidade da totalidade das pessoas envolvidas no processo de doação, captação e transplante garantiria, por si só, uma maior confiança no sistema de transplantes (PESSALÁCIA; CORTES; OTTONI, 2011, p. 674). Como consequência dessa maior confiança e respeito pelos envolvidos no processo, a oferta de órgãos pode aumentar de forma espontânea, pois essas pessoas se sentiriam mais humanas, num sentimento puro de solidariedade e alteridade, e não da forma distorcida trazida pela justificativa do PLS nº 6/95.

Em relação aos receptores, os impactos positivos de uma consideração integrativa e holística do processo de transplante de órgãos é mais evidente, pois a melhoria na qualidade de vida deles é enorme com a possibilidade de se livrarem do mal que lhes acomete. Entretanto, a parte fundamental para que isso ocorra, o doador, se desconsiderado, gera desconfiança e receio na família, podendo, com isso, causar um efeito negativo nas doações (PESSALÁCIA; CORTES; OTTONI, 2011, p. 674).

A desconsideração da sua personalidade, dos seus valores pessoais íntimos e espirituais ao se presumir a opção pela doação, destrói a integridade do significado da existência dele e atenta contra a projeção dessa personalidade também, principalmente em razão dos aspectos dela que merecem tutela mesmo após a morte (TEIXEIRA, KONDER, 2010, p. 17). Imagine-se, por exemplo, o caso de uma crença religiosa que considere a alteração do corpo do falecido uma violência, tornando-o indigno; o quão arrasada ficaria a família desse falecido e,

além disso, mesmo que ele não tenha mais consciência e, por isso, é irreparável o dano causado ao significado que ele deu para sua existência enquanto em vida. Também se deve considerar as concepções individuais do projeto de vida e da identidade desse ser que permanecerá perene no espaço-tempo depois da morte, que pode ser violada com uma presunção nesse sentido.

O viés tecnicista e instrumentalista da proposição se torna ainda mais claro quando se invoca a dicotomia entre o direito público e o direito privado para justificar a presunção de autorização para doação caso não haja manifestação em contrário. Assim

Não existe direito privado que lhe faça frente, pois nosso ordenamento jurídico opera segundo o princípio da precedência do direito público sobre o direito privado, da superioridade do direito coletivo sobre o direito individual, da importância maior do direito social sobre as faculdades privadas. Sendo assim, nada mais natural que, na busca por uma melhor qualidade de vida, encontremos uma forma de facilitar os transplantes de órgãos, o que certamente propiciará uma melhoria na saúde da população (SENADO FEDERAL, 1995, p. 121)

E continua com a distorção da solidariedade e da alteridade:

Para tanto, melhor que todos possuam órgãos que estejam em pleno funcionamento, dentro das possibilidades de cada um. Isto somente se tornará realizável com a facilitação dos meios de transplante.

Como se vê, é de grande alcance social e humanitário o presente Projeto de Lei, tendo em vista que se reconhece a dignidade e o elevado espírito de solidariedade humana de todo aquele, embora falecido, contribuirá para salvar a vida de seu semelhante. Portanto, é com o intuito de melhorar a vida do cidadão brasileiro e na tentativa de humanizar os transplantes (...) (SENADO FEDERAL, 1995, p. 121).

Ora, essa distorção da solidariedade e da dignidade humana é gritante e pode ser considerada até um retrocesso frente à legislação originária revogada pela nova lei de transplantes. A dimensão da autonomia existencial e da proteção da personalidade do indivíduo que se constrói diuturnamente é praticamente anulada por uma decisão legislativa que a desconsidera em razão de uma postura funcionalista e simplista de uma demanda estatística.

Dentro desse contexto de autonomia existencial, é sempre salutar recordar a lição de Stefano Rodotà trazida por Ana Carolina Brochado Teixeira, onde essas questões afetas à essência do ser, sobre sua interpretação do significado da vida, da morte e para além dela, que se relacionam intimamente com a personalidade da pessoa são um espaço onde não cabe decisão imposta pelo legislador (TEIXEIRA, 2018, p. 96). Isto é, o doador, nesse caso, é a única pessoa legitimamente capacitada de decidir plenamente acerca do destino da sua vida e de seus órgãos para além dela. Nas palavras de Stefano Rodotà, sobre a autodeterminação

Certamente, entre “soberanos” são sempre possíveis tensões ou conflitos. Mas, exatamente para evitar que a vida se torne um campo de batalha, foi delineado um perímetro, foram definidas fronteiras que, como foi dito, o poder político e o poder médico não podem ultrapassar. De modo que, ainda quando ponderações ou composições se revelam possíveis ou necessárias, isto exige não apenas uma consideração paritária dos poderes em campo, mas sobretudo a impossibilidade de considerar que o Estado tenha jurisdição sobre a vida (RODOTÀ, 2018, p. 146).

Dentro desse contexto de autodeterminação e autonomia existencial se pode afirmar que, na tentativa de apresentar uma resposta para o problema trazido pela presunção de doação, o legislador de 2001 (BRASIL, 2001) acabou por optar por uma solução que anulou a projeção da personalidade do doador. Na redação atual da Lei nº 9.434/97 dada pela Lei nº 10.211/2001, a última palavra a ser considerada para retirada dos órgãos e posterior transplante cabe à família, independentemente de qualquer manifestação deixada em vida pelo falecido.

Ao levar em consideração apenas a vontade da família, invertendo completamente a lógica do sistema, a manifestação de vontade válida em vida expressada pelo doador pode ser anulada pela negativa dos familiares. Pode soar contraditório a anulação dessa dimensão da personalidade do doador pela própria família, mas há de se considerar que o consentimento da captação e transplante de órgãos ocorre em um dos momentos mais tensos e delicados da vida familiar e exige um desprendimento da materialidade corporal muito grande (PESSALÁCIA; CORTES; OTTONI, 2011, p. 674).

Deve-se ressaltar que essa mudança teve um intuito nobre e se atentou ao que já acontecia na prática diuturna dos hospitais, conforme se demonstrará em seguida pela justificativa da proposição legislativa. Entretanto, também é passível de críticas por ter conduzido de um extremo ao outro, isto é, de uma presunção pautada por uma solidariedade distorcida, tecnicista e instrumentalista, para a potencial desconsideração das projeções da autonomia existencial em razão dos interesses do *de cuius* tuteláveis após a sua partida. Além disso, foi uma tentativa de fortalecer a confiança dos familiares no sistema, integrando-os na tomada de decisão ⁷.

⁷ Nas palavras da justificativa da proposta legislativa: Essa alteração se impõe para assegurar aos parentes de pessoa falecida o direito de manifestar-se contrariamente ou a favor da remoção de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, para fins de transplante e tratamento, quando o paciente com morte cerebral não houver manifestado em vida sua oposição à referida remoção.

A mudança oficializa o que na prática já acontece, uma vez que a grande maioria dos cirurgiões, quiçá sua totalidade, exige a aquiescência dos parentes antes de proceder à remoção de quaisquer órgãos. Isso porque o princípio da doação presumida, sem assegurar o direito à família de se manifestar, trouxe um dilema para os médicos, no que se refere à conduta ética. O Conselho Federal de Medicina chegou a orientar seus membros nesse sentido, julgando ser comportamento correto sempre consultar à família.

O princípio da doação presumida chegou também a levar pânico a alguns setores da sociedade que acreditam que doar é um ato de solidariedade humana e que deve ser traduzido concretamente por uma atitude explícita e declarada. Mais pela desinformação e medo do que pela verdadeira recusa à solidariedade, milhares de pessoas procuraram os postos de identificação para definirem-se como “não doadoras”, reduzindo significativamente o impacto esperado pelo espírito da Lei nº 9.434/97 no incremento da oferta dos órgãos e tecidos tão necessários aos milhares de brasileiros que aguardam por um transplante.

Além disso, algumas das pessoas que se declararam “não doadoras” têm orientado a família para permitir que a retirada dos órgãos seja feita caso não reste dúvidas sobre o falecimento (CONGRESSO NACIONAL, 2001, p. 864-865)

Deve-se notar que na proposição, o consentimento familiar seria exigido apenas caso não houvesse a negativa manifestada em vida pelo falecido. A redação em vigência, contudo, exige o consentimento familiar em qualquer hipótese, mesmo havendo manifestação positiva de vontade em vida do *de cuius*, em claro descompasso com o respeito à autonomia existencial dele.

A integração da família no processo de doação tem um impacto positivo na estatística de transplantes, mas a solução mais adequada seria um equilíbrio entre a autonomia existencial do potencial doador e a participação familiar durante o desenrolar desse momento. A abordagem da equipe de transplantes deve ser humana e sensível, deixando explícito para os familiares que o consentimento dado é essencialmente revogável, mesmo após a assinatura do termo (PESSALÁCIA; CORTES; OTTONI, 2011, p. 675).

A consideração de todas as pessoas envolvidas nos procedimentos da doação de forma sensível e humana, inclusive da família do potencial doador pode resultar em uma harmonia entre a autonomia existencial dele com o pensamento da família, cujos membros conhecem melhor a personalidade uns dos outros. Isto se deve ao fato de, para além da ideia constitucionalizada de uma família plural e democrática, pautada pelo personalismo

em um sistema familiar, o que ocorre com o indivíduo pode ser justificado pela influência/relação com os demais membros de sua família. Desta maneira, não somente o paciente considerado potencial doador deve receber atenção: a família como um todo deve ser vista pela equipe de saúde como uma unidade de cuidado. Esta visão mais ampla das interações e necessidades familiares aumenta as chances de que a família tenha melhor compreensão do momento, sinta-se mais acolhida e segura (PESSALÁCIA; CORTES; OTTONI, 2011, p. 675).

Mais uma vez, deve-se buscar um equilíbrio para

o constante conflito entre liberdade e solidariedade: a liberdade na formação da família, da forma de realização no interior da família e, simultaneamente, a intensa incidência do princípio da solidariedade, pois, na relação afetiva com “o outro”, no âmbito da alteridade familiar, existe corresponsabilidade. Como justificar, então, que, depois da morte, não prevaleça mais a decisão tomada pela pessoa, porque incompatível com o desejo de seus familiares? (TEIXEIRA, KONDER, 2010, p. 16).

Essa harmonia é necessária para que não se chegue ao absurdo de anular a autonomia existencial e a completude do significado da vida, da morte e para o além dela do potencial doador. Lembrando as palavras de Stefano Rodotà, a autodeterminação da personalidade do sujeito não deve ser negada, no sentido de uma “vida que não é sua, é de outros, de um Deus que te a deu, de um Estado que dela se apossa, de uma sociedade que a quer controlar, de um poder médico que pretende a exclusividade da cura” (RODOTÀ, 2018, p. 147). Isto é, para que não seja invadido um espaço íntimo que define para aquela pessoa o que ela é, o que ela foi em razão da sua projeção na constante do espaço tempo.

5 CONCLUSÃO

Diante do exposto, discutiu-se sobre a doação de órgãos *post mortem* sob o viés da autonomia existencial e dos direitos da personalidade. Primeiro ponto que se deve destacar é que o ser humano tem como atributo da personalidade, logo, há a capacidade da pessoa de ser titular de direito e obrigações. Nessa esfera da personalidade, dentre diversas liberdades, deve-se destacar que o indivíduo detém liberdade sobre o seu próprio corpo.

Dentro dessa seara da liberdade corporal, se insere o objeto de estudo do trabalho, a doação de órgãos após a morte. Apesar da previsão legal autorizando a pessoa a realizar esta disposição, existe a exigência do consentimento da família antes do procedimento. Tal requisito confronta diretamente à liberdade e à autonomia do doador.

Mesmo com o falecimento, os direitos da personalidade sobre o corpo, dentro da seara da autonomia existencial, continuam vigentes, como projeções, resultando em efeitos após a morte. Entender que com a morte, as vontades da pessoa não precisam mais ser respeitadas é uma clara afronta à autonomia existencial.

Ademais, deve-se destacar que a autonomia também é prevista no campo da bioética, concedendo a liberdade do indivíduo gerir sua vida no campo médico. Assim, nota-se a importância desse princípio que não está presente apenas no Direito, mas também na Medicina, primando pelo respeito aos desejos e vontades dos pacientes.

Percebe-se que na questão envolvendo a doação de órgãos *post mortem*, muitas vezes a interferência da família. Na regulamentação nacional, os familiares concedem a autorização para a retirada dos órgãos do parente falecido, logo, detém o poder decisório nesse momento. Todavia, o mais adequado seria o pronunciamento da família, em caso de ausência de manifestação prévia do falecido.

Os Projetos de Lei que tramitaram no Brasil também não foram sempre condizentes com o zelo a autoridade existencial e a liberdade do doador. O Projeto de Lei nº 1.1669/88, por exemplo, apresentava uma solidariedade distorcida, porque presumia toda pessoa como doadora, desconsiderando assim a personalidade do doador.

A atual Lei dos Transplantes não concede o devido papel a autonomia do doador, porque destaca apenas a vontade da família. Os familiares são os responsáveis pela autorização dos procedimentos de doação dos órgãos do falecido, podendo então se manifestar contrários ao desejo do falecido.

Percebe-se que esta situação é extremamente complexa, porque envolve a vontade do falecido, mas também os desejos dos familiares que estão em luto e podem ter crenças pessoais contrárias a determinados procedimentos. A solução adequada é o equilíbrio entre autonomia existencial do doador e a participação familiar, sendo que é fundamental que a equipe médica realize uma abordagem humana e sensível.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 10. ed. revista e modificada – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

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, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm>. Acesso em 20. abr. 2020.

BRASIL. **Lei n. 8.489 de 18 de novembro de 1992. Dispõe sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, com fins terapêuticos e científicos e dá outras providências**. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1989_1994/L8489.htm#:~:text=LEI%20No%208.489%2C%20DE%2018%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201992.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20retirada%20e,cient%C3%ADficos%20e%20d%C3%A1%20outras%20prov%20id%C3%A2ncias.>>. Acesso em set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.211 de 23 de março de 2001. Altera dispositivos da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento**. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10211.htm#art1>. Acesso em set. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: abr. 2020.

BRASIL. [Código Civil (2002)]. **Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: mar. 2020

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei da Câmara nº 1.169, do Sr. Carlos Mosconi. Dispõe sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, com fins terapêuticos e científicos, e dá outras providências**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1988. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=188425>>. Acesso em abr. 2020.

CONGRESSO NACIONAL. **Diário do Congresso Nacional. Sessão Conjunta**. Brasília, DF. Congresso Nacional: Ano LVI. n. 11. sáb. 17. fev. 2001. Disponível em:

<<https://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaPaginasDiario?codDiario=3547&paginaInicial=&paginaFinal=>>. Acesso em abr. 2020.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Coordenador e atualizador: Edvaldo Brito; Atualizadora: Reginalda Paranhos de Brito. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil**. Revisão e atualização: Maria Celina Bodin de Moraes. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PESSALACIA, Juliana Dias Reis; CORTES, Vanessa Faria; OTTONI, Alba. **Bioética e doação de órgãos no Brasil: aspectos éticos na abordagem à família do potencial doador**. *Revista Bioética*. Brasília, DF. vol. 19. n. 3. 2011. p. 671-682.

ROZA, Bartira de Aguiar; GARCIA, Valter Duro; BARBOSA, Sayonara de Fátima Faria; MENDES, Karina Dal Sasso; SCHIRMER, Janine. **Doação de órgãos e tecidos: relação com o corpo em nossa sociedade**. *Acta Paul Enferm*. vol. 23. n. 3. p. 417-422. São Paulo: 2010.

RODOTÀ, Stefano. **Autodeterminação e laicidade**. Tradução de Carlos Nelson Konder. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. Belo Horizonte, v. 17, p. 139-152. jul./set. 2018.

RODRIGUES-FILHO, Edison Moraes; FRANKE, Cristiano Augusto; JUNGES, José Roque. **Transplante de pulmão e alocação de órgãos no Brasil: necessidade ou utilidade**. *Rev. Saúde Pública*. vol. 53. n. 23. São Paulo: 2019.

SENADO FEDERAL. **Anais do Senado Federal. Ata da 1ª Reunião Preparatória da 50ª Legislatura. Atas da 1ª à 8ª Sessão da 1ª Sessão Legislativa Ordinária da 50ª Legislatura**. Brasília, DF: Senado Federal: Secretaria de Documentação e Informação; Subsecretaria de Anais. v. 19. n. 3. 1º fev./24 fev. 1995. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/Anais_Republica/1995/1995%20Livro%203.pdf>. Acesso em abr. 2020.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Autonomia existencial**. *Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, abr./jun. 2018.

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

VICTORINO, João Paulo; VENTURA, Carla Aparecida Arena. **Bioética e Biodireito: da Doação ao Transplante de Órgãos**. *Brazilian Journal of Forensic Sciences, Medical Law and Bioethics*. vol. 6. n. 1. p. 72-83. São Paulo: 2016.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **Alocação de órgãos e tecidos e a disciplina dos transplantes**. *Rev. Bioét.* (Impr.). vol. 19. n. 3. p. 639-658. Brasília: 2011.