



**O CONSENTIMENTO DA FAMÍLIA COMO CONDIÇÃO
LIMITADORA DA AUTONOMIA DO DOADOR NO TRANSPLANTE
*POST MORTEM***

**THE FAMILY'S CONSENT AS A LIMITING CONDITION TO THE DONOR'S
AUTONOMY IN *POST MORTEM* ORGAN TRANSPLANTATION**

Ana Thereza Meirelles *
Lara Fernanda Souza Magalhães **

RESUMO

No Brasil, há grande discrepância entre a demanda e o número de transplantes realizados. Um dos fatores limitantes para a execução desse procedimento consiste na legislação brasileira, uma vez que restringe a autonomia do sujeito ao dificultar o livre exercício da sua vontade quanto ao destino dos seus órgãos. Busca-se, no decorrer do desenvolvimento do trabalho, discutir acerca da legitimidade da restrição pelo ordenamento jurídico à autonomia do doador na transplantação *post mortem*. O estudo baseou-se em revisões bibliográficas, além da análise da legislação vigente, à luz do recente decreto nº 1.975/17 que regulamenta a lei de transplantes nº 9.434/97. Concluiu-se que a necessidade do consentimento familiar, prevista pela legislação para o transplante *post mortem*, representa uma afronta à autonomia do indivíduo, já que desconsidera sua vontade manifestada em vida.

Palavras-chave: Transplante de Órgãos. Autonomia. Consentimento da Família. Doador. Dignidade Humana.

ABSTRACT

In Brazil there is a big discrepancy between the demand and the effective number of transplants. One of the main limitations for transplants is the Brazilian legislation, in the means that it restricts the donor's autonomy by hindering the fulfillment of his wishes concerning the destination of his organs. This work aims to discuss the legitimacy of the restriction in autonomy imposed by the law to post mortem organ transplantation. This study consists in a bibliographic review, in addition to an analysis of current legislation, including the law decree number 1.975/17 that regulates the law number 9.434/97. It was concluded that the necessity for family's consent, provided by law for post mortem transplantation, represents a setback to the donor's autonomy, whereas his own wish is disregarded.

Keywords: Organ Transplantation. Autonomy. Family's Consent. Donor. Human Dignity.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO; 2 O TRANSPLANTE DE ORGÃOS *POST MORTEM*; 3 O SISTEMA DE DOAÇÃO PRESUMIDA E A IRRELEVÂNCIA DO

* Doutora em Relações Sociais e Novos Direitos pela Universidade Federal da Bahia. Professora da Universidade do Estado da Bahia, Faculdade Baiana de Direito e Universidade Católica do Salvador. Contato: anatherezameirelles@gmail.com

** Graduada em Direito pela Faculdade Baiana de Direito. Contato: lara_magalhaes33@hotmail.com

CONSENTIMENTO FAMILIAR; 4 A SELEÇÃO DE DOADORES E O SISTEMA DE LISTA ÚNICA; 4.1 O FUNCIONAMENTO DO SISTEMA DE LISTA ÚNICA; 4.2 AS POSSÍVEIS FRAUDES RELACIONADAS AO SISTEMA; 4.3 A RECUSA FAMILIAR COMO IMPEDIMENTO NA PRÁTICA DOS TRANSPLANTES; 5 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

Vive-se em um período de pós-modernidade, no qual é possível perceber a desconstrução dos valores estabelecidos para a fixação de novos preceitos, tendo como foco o homem e a sua dignidade humana. Dentre os inúmeros avanços sentidos pela sociedade, destaca-se o progresso das técnicas cirúrgicas e da imunologia, uma vez que trouxe consigo a possibilidade da substituição de partes do corpo, visando ao prolongamento da vida do ser humano.

A prática dos transplantes de órgãos e tecidos está diretamente relacionada ao exercício da autonomia do sujeito do doador. A intervenção do Direito na conformação ao exercício da autonomia do doador torna-se complexa, já que uma limitação excessiva vai afetar a liberdade de escolha do doador acerca do destino de seu próprio corpo.

As leis nº 9.434/97, nº 10.211/2001 e, mais recentemente, o decreto nº 9.175/2017 são as principais normas jurídicas que regulamentam o instituto do transplante de órgãos no Brasil. São esses textos normativos que determinam a estrutura do Sistema de Lista Única e estabelecem os critérios a serem atendidos para a prática dessa intervenção cirúrgica. Alguns pontos desses dispositivos legais são objetos de controvérsias no âmbito ético-jurídico, vez que afrontam a liberdade do indivíduo sobre o seu próprio corpo.

O objetivo desta pesquisa é discutir a imposição do consentimento familiar como uma limitação à autonomia do doador no transplante *post mortem*, avaliando a sua medida de legitimidade enquanto condição normativa trabalhada, recentemente, também pelo Decreto 9.175/2017.

Dessa forma, a construção deste trabalho acadêmico partiu de um levantamento bibliográfico, concernente à doutrina, legislação e jurisprudência, acentuando-se o exame de artigos das áreas jurídica e médica, em prol da contemplação da conexão de fundamentos de natureza multidisciplinar, a partir do uso da perspectiva analítica-discursiva.

O presente estudo tem como prerrogativa a discussão acerca do quanto disposto na legislação brasileira sobre a autonomia do doador, buscando elucidar os principais pontos controversos existentes na atualidade, a fim de promover uma adequação das normas vigentes

à evolução que permeia a nossa sociedade, considerando a necessidade de conferir uma maior autonomia para o doador, pautada no princípio da autonomia da vontade do indivíduo. A relevância jurídica do estudo também é corroborada pela necessária compreensão acerca das alterações promovidas pelo novo decreto, visto que a sua vigência ainda é recente no mundo jurídico.

A importância social de discutir tais questões parte do fato de que o Brasil é um dos países que mais promove a doação de órgãos, sendo assim, sua compreensão é de extrema valia para aumentar cada vez mais esse quadro. O transplante de órgãos deve ser considerado como um mecanismo de perpetuação da vida, e não de mutilação do corpo humano, como é o pensamento de grande parte da população. Portanto, a questão em debate, acerca da autonomia do doador, é fundamental para o futuro desenvolvimento da sociedade, promovendo uma maior conscientização da população para formação de cidadãos a favor da extensão da vida com dignidade.

2 O TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS *POST MORTEM*

O transplante de órgãos pode ser definido como um processo que se inicia com a identificação do indivíduo, seguido da avaliação do potencial doador e a decretação da morte encefálica, com a posterior abordagem da família¹, a qual irá permitir a operação, ou seja, a troca de um órgão deficitário humano, por outro saudável de função idêntica, tendo em vista fins terapêuticos, possibilitando ao donatário uma vida regular após a operação.

Para a realização da doação de órgãos, tem-se como pressupostos essenciais a presença do *animus donandi*, ou seja, da intenção do doador em praticar a liberalidade, bem como a transferência de bens ou vantagens em favor do donatário e a aceitação de quem recebe.²

O *animus donandi* representa o elemento subjetivo da doação e significa a vontade de doar, praticar uma liberalidade sem nada esperar em troca, sem o recebimento de uma contraprestação em si. Já a transferência patrimonial do doador para o donatário e a aceitação representam os elementos objetivos do instituto, sendo esta de extrema valia para o

¹ 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*, v. 19, n. 3, 2011, p. 671.

² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Teoria Geral e Contratos em Espécie*. 7. ed. Salvador: Editora Juspodivm, v. 4, 2017, p. 759-760.

aperfeiçoamento da doação, na medida em que traduz o consentimento de quem se beneficia, consentimento este que deve ser baseado na eticidade.³

A relevância desse instituto de preservação da vida humana proporcionou o surgimento de embates no âmbito ético-jurídico. Uma das questões amplamente discutidas envolve a realização dos transplantes de órgãos e o direito à integridade física. Conforme dispõe Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal⁴:

O direito à integridade física concerne à proteção jurídica do corpo humano, isto é, à sua incolumidade corporal, incluída a tutela do corpo vivo e do corpo morto, além dos tecidos, órgãos e partes suscetíveis de separação e individualização.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico, buscando garantir a proteção a esse direito, restringe a vontade do indivíduo significativamente, como se verifica nos dispositivos legais acerca da matéria que autorizam apenas alguns atos de disposição sobre o corpo.

Existe a possibilidade de desfazer-se de partes enfermas do corpo, bem como de partes reconstituíveis, durante a vida, tais como; leite, sangue e medula óssea, desde que se almeje o prolongamento da vida, além disso, é permitida, também, a transplantação *post mortem*.⁵

A morte marca o fim da vida, provocando a extinção da personalidade jurídica do indivíduo, o que acarreta diversos efeitos jurídicos, uma vez que não mais será considerado como um sujeito de direitos e obrigações, conforme o disposto no art. 6º do Código Civil.⁶

No ano de 1968, a Comissão da Escola de Medicina de Havard, que passou a se chamar, posteriormente, Comissão de Morte Cerebral de Havard, publicou um relatório, documento oficial, no *Journal of the American Association*, divulgando os critérios essenciais para definição da morte encefálica, o qual passou a ser aplicado por diversos países.⁷

Vale ressaltar que alguns dos critérios para definição do coma irreversível, estabelecidos na supracitada Comissão, são utilizados até os dias atuais, possuindo somente algumas atualizações, mas a base continua sendo a mesma.⁸

³ *Ibidem, loc. cit.*

⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Parte geral e LINDB*. 13. ed. São Paulo: Atlas, v. I, 2015, p. 174.

⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Parte geral e LINDB*. 15. ed. Salvador: Editora Juspodivm, v. I, 2017, p. 232.

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

⁷ 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*, v. 19, n. 3, 2011. p. 677.

⁸ *Ibidem, loc. cit.*

O nosso ordenamento jurídico exige, para que seja reconhecida a morte, chamada de morte real, uma declaração médica constatando a morte encefálica, com a posterior lavratura da certidão de óbito, no cartório do registro civil competente.⁹

Essa certidão em comento é um documento público que constará de informações pertinentes acerca do momento do óbito, tais como a hora, lugar e a razão da morte, segundo consta na Lei de Registros Públicos, lei 6.015/1973, em seu art. 80.¹⁰

Para fins de transplante de órgãos *post mortem*, também será necessário o diagnóstico da morte encefálica, decretado com base em critérios clínicos estabelecidos pela resolução nº 1.480/97 do Conselho Federal de Medicina (CFM), dado que o Código Civil Brasileiro é silente quanto ao término da vida humana, apesar de definir expressamente o seu início.¹¹

Anteriormente, com a aplicação do decreto nº 2.268/97, exigia-se, para a decretação da morte encefálica, a presença de dois médicos, sendo que, ao menos, um deles deveria ser especialista em neurologia com título reconhecido no país. Com a entrada em vigor do decreto nº 9.175/17, que revogou o supracitado dispositivo, determinou-se que o diagnóstico da morte encefálica deverá ser confirmado por um médico especificamente qualificado, que não seja integrante da equipe de remoção e transplantação de órgãos, sendo que essa qualificação será estabelecida pelo CFM, ou seja, foi retirada a exigência da

⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op. Cit.*, 2015, p. 307.

¹⁰ Art. 80. O assento de óbito deverá conter: (Renumerado do art. 81 pela, Lei nº 6.216, de 1975).

1º) a hora, se possível, dia, mês e ano do falecimento;

2º) o lugar do falecimento, com indicação precisa;

3º) o prenome, nome, sexo, idade, cor, estado, profissão, naturalidade, domicílio e residência do morto;

4º) se era casado, o nome do cônjuge sobrevivente, mesmo quando desquitado; se viúvo, o do cônjuge pré-defunto; e o cartório de casamento em ambos os casos;

5º) os nomes, prenomes, profissão, naturalidade e residência dos pais;

6º) se faleceu com testamento conhecido;

7º) se deixou filhos, nome e idade de cada um;

8º) se a morte foi natural ou violenta e a causa conhecida, com o nome dos atestantes;

9º) lugar do sepultamento;

10º) se deixou bens e herdeiros menores ou interditos;

11º) se era eleitor.

12º) pelo menos uma das informações a seguir arroladas: número de inscrição do PIS/PASEP; número de inscrição no Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, se contribuinte individual; número de benefício previdenciário - NB, se a pessoa falecida for titular de qualquer benefício pago pelo INSS; número do CPF; número de registro da Carteira de Identidade e respectivo órgão emissor; número do título de eleitor; número do registro de nascimento, com informação do livro, da folha e do termo; número e série da Carteira de Trabalho (Incluído pela Medida Provisória nº 2.187-13, de 2001)

¹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Parte geral e LINDB*. 15. ed. Salvador: Editora Juspodivm, v. I, 2017, p. 233.

avaliação de um médico neurologista para a identificação da morte encefálica, conforme art. 17, § 3º do decreto nº 9.175/17.¹²

O referido profissional de saúde constatará e registrará a cessação irreversível de todas as funções do encéfalo, incluindo o tronco encefálico, onde existem estruturas que regulam os processos vitais autônomos, para que possa ser realizado o transplante, além de viabilizar, também, o acompanhamento, no ato de comprovação e atestação da morte encefálica, pelo médico de confiança da família do falecido, uma vez que se trata de um procedimento delicado.¹³

Para os familiares, muitas vezes, é complicada a compreensão dos critérios definidores da morte encefálica, uma vez que só acreditam na ocorrência do óbito quando existe a parada cardiopulmonar. Quando há apenas a morte individual do cérebro, as pessoas não conseguem compreender que, efetivamente, o indivíduo tenha falecido, posto que o coração ainda continua a bater, dando a impressão de que o sujeito se encontra em um sono profundo, o que acaba se tornando um empecilho, principalmente, para a permissão da realização da doação de órgãos.¹⁴

Segundo Regina Fiuza Sauwen e Severo Hryniewicz:

[...] o conceito de morte encefálica, a compreensão de pessoa humana se restringe ao de suas funções nervosas superiores: consciência e autoconsciência, capacidade de abstração etc. Se o coração continuar a bater e os pulmões a respirar sem a ajuda de aparelhos, mesmo assim a morte ocorre. Assim sendo, um indivíduo em estado vegetativo permanente (EVP) pode ser considerado um cadáver e podem ser retirados seus órgãos para doação, respeitando-se a legislação local.¹⁵

Apesar de o CFM estabelecer critérios para definir o momento exato da morte encefálica, existem críticas quanto a estes, vez que já houve casos, na história da medicina, em que se constatou a cessação da atividade cerebral, mas o paciente veio a se recuperar posteriormente.¹⁶ Casos como esses demonstram que ainda se faz necessário o

¹² 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.

§ 3º Os médicos participantes do processo de diagnóstico da morte encefálica deverão estar especificamente capacitados e não poderão ser integrantes das equipes de retirada e transplante.

¹³ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas. *Curso de Bioética e Biodireito*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 364-365.

¹⁴ 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*, v. 19, n. 3, 2011, p. 677.

¹⁵ HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiuza. *O Direito "In Vitro" da Bioética ao Biodireito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 145.

¹⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Parte geral e LINDB*. 15. ed. Salvador: Editora Juspodivm, v. I, 2017, p. 233.

estabelecimento de um critério mais preciso para que não haja margem para erros, já que se trata da vida de um ser humano.

É de extrema valia que seja determinado o momento exato em que se passa a considerar a morte do indivíduo, buscando-se evitar a mistanásia, ou seja, a morte fora de hora, que ocorre quando é retirado um órgão vital ao ser humano antes que o paciente tenha efetivamente falecido, uma vez que, ao incidir em erro, pelo fato de não respeitar todos os critérios estabelecidos, o profissional de saúde poderá sofrer sanções, seja de natureza civil ou penal.¹⁷

O perigo de uma declaração incorreta da morte encefálica é proporcional à pressão para se ganhar tempo para se retirar órgãos que poderão servir para doação. Sendo assim, muitos defensores dos transplantes afirmam ser desnecessária a realização de exames confirmatórios, vez que eles só atrapalhariam o sistema de captação, tornando-o mais moroso.¹⁸

A lei 9.434/97 não dispõe acerca da responsabilidade civil, apenas da penal, uma vez que prevê sanções, nos arts. 14 a 20, para aqueles que praticarem atos que afrontem a integridade física dos doadores e receptores de órgãos, do mesmo modo àqueles que violem o princípio da dignidade humana. Sendo também vedada a conduta do médico que vise acelerar a morte do paciente terminal, buscando a realização do transplante deste para beneficiar outrem, configurando um homicídio ou, até mesmo, a eutanásia passiva.¹⁹

Quanto à responsabilidade civil do médico, decorrente dos danos causados pelo transplante, deve-se aplicar o disposto no Código Civil em seus arts. 186 e 951²⁰, já que a lei específica é silente nesse aspecto. De acordo com este, que adota a teoria da culpa, para ser caracterizada esta responsabilidade civil deve ser comprovada a culpa, ou seja, é fundamental a comprovação da imprudência, negligência ou imperícia do profissional de saúde para que o indivíduo tenha direito a um ressarcimento, configurando a responsabilidade subjetiva.²¹

Vale ressaltar que a obrigação existente entre o médico e o paciente em uma operação de transplante é de meio, ou seja, o profissional de saúde empregará todos os seus

¹⁷ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas. *Curso de Bioética e Biodireito*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 363.

¹⁸ RODRIGUES FILHO, Edison Moraes; JUNGES, José Roque. Morte encefálica: uma discussão encerrada? *Revista Bioética*, v. 23, n. 3, 2015, p. 487.

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 360.

²⁰ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se, ainda, no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

²¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 51-52.

esforços para a obtenção do resultado pretendido, prestando os esclarecimentos necessários para o paciente acerca dos riscos e possíveis prejuízos envolvidos, entretanto não poderá ser responsabilizado pelo insucesso da intervenção cirúrgica, já que não se obriga à obtenção do resultado. Diferentemente do que ocorre nas obrigações de resultado em que o devedor só se exonera da obrigação quando atinge o fim previamente estabelecido, uma vez que há uma vinculação a um resultado determinado, arcando com as consequências, caso haja descumprimento.²²

Uma vez deliberada a morte encefálica, será realizado o transplante, contudo, é indispensável a autorização do cônjuge, do companheiro ou do parente que seja capaz, de linha reta ou colateral até o segundo grau, sendo essa autorização fundada em documento subscrito por duas testemunhas que estavam presentes no momento da morte, segundo o art. 20, § 1º do decreto nº 9.175/17.²³ Caso não haja enquadramento do indivíduo nas hipóteses previstas no referente artigo, será necessária a autorização judicial para que o transplante seja realizado.

Quanto à conservação dos órgãos, esta deverá ser processada em centros específicos para essa finalidade, autorizados previamente pelo Ministério de Saúde, órgão central do Sistema Nacional de Transplantes (SNT), conforme dispõe o art. 24, §2º do decreto nº 9.175/17.²⁴

Insta salientar a obrigatoriedade de os estabelecimentos de saúde procederem com a notificação das Centrais, uma vez que haja diagnóstico de morte encefálica de algum dos seus pacientes. Contudo, se estes estabelecimentos não possuírem autorização para a retirada de órgãos, deverão, imediatamente, solicitar assistência dos profissionais mais próximos que sejam habilitados para tal, de acordo com a lei de transplantes.²⁵

²² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Obrigações*. 9. ed. São Paulo: Atlas, v.II, 2015, p. 292.

²³ Art. 20. A retirada de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano, após a morte, somente poderá ser realizada com o consentimento livre e esclarecido da família do falecido, consignado de forma expressa em termo específico de autorização.

§ 1º A autorização deverá ser do cônjuge, do companheiro ou de parente consanguíneo, de maior idade e juridicamente capaz, na linha reta ou colateral, até o segundo grau, e firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.

²⁴ Art. 24. Quando indicada a preservação *ex situ* de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano, esses serão processados obrigatoriamente em estabelecimentos previamente autorizados pelo órgão central do SNT, em conformidade com o disposto neste Decreto e nas normas complementares.

§ 2º A preservação de órgãos deverá ser realizada em centros específicos para essa finalidade.

²⁵ Art. 13. É obrigatório, para todos os estabelecimentos de saúde notificar, às centrais de notificação, captação e distribuição de órgãos da unidade federada onde ocorrer, o diagnóstico de morte encefálica feito em pacientes por eles atendidos.

Parágrafo único. Após a notificação prevista no caput deste artigo, os estabelecimentos de saúde não autorizados a retirar tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverão permitir a

3 O SISTEMA DE DOAÇÃO PRESUMIDA E A IRRELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO FAMILIAR

A lei específica nº 9.434, publicada em 5 de fevereiro de 1997 e regulamentada pelo decreto nº 9.175/17, delibera sobre a sistemática da transplantação de órgãos. Essa lei, inicialmente, era intitulada como “Lei de Doação Presumida de Órgãos”, justamente pelo fato de adotar o princípio do consentimento presumido, o qual estabeleceu que todos cidadãos maiores e capazes seriam caracterizados como doadores obrigatórios após a morte, uma vez que não manifestassem sua vontade contrária em vida, seja por desinformação, temor ou até mesmo negligência, almejando, dessa forma, ampliar o número de doadores de órgãos, visto que o grande número de pessoas à espera de um transplante era uma realidade do momento em que foi implementada a citada lei, que perdura até os dias de hoje.

Contudo, o seu objetivo inicial não foi alcançado, vez que houve a abolição da autonomia do indivíduo, limitando a possibilidade de decidir sobre a disposição do próprio corpo. Esse fenômeno resultou em um inconformismo social, comparando-se, inclusive, aos tempos de escravidão quando um indivíduo possuía o direito de propriedade sobre o corpo do outro. Já no caso da doação presumida, a figura do “senhor de escravos” é substituída pelo Estado e a dos escravos pelos cidadãos.²⁶

Essa não autorização deveria ser comprovada através da expressão “não doador de órgãos e tecidos”, gravada na carteira de identidade civil ou na carteira nacional de habilitação, o que se mostrou uma afronta à autonomia dos possíveis doadores, uma vez que não reconhece o direito ao consentimento esclarecido. Isso configura uma atitude antiética e coercitiva, que, certamente, viria a provocar conflitos futuramente, posto que, ao declarar essa exigência para a validação da autorização, desconsidera as diversas outras formas de manifestações de vontade, prejudicando a harmonia social.²⁷

A lei em comento, ao consagrar o princípio do consentimento presumido, desnaturou o instituto da doação de órgãos, uma vez que este trata de um contrato em que há a disposição gratuita da coisa, sendo baseada numa ideia de liberalidade. Apesar de não haver uma contraprestação envolvida, a sua prática gera um sentimento de solidariedade ao

imediate remoção do paciente ou franquear suas instalações e fornecer o apoio operacional necessário às equipes médico-cirúrgicas de remoção e transplante, hipótese em que serão ressarcidos na forma da lei.

²⁶ SILVEIRA, Paulo Vítor Portella et al. Aspectos éticos da legislação de transplante e doação de órgãos no Brasil. *Revista Bioética*, v. 17, n. 1, 2009, p. 70.

²⁷ SILVEIRA, Paulo Vítor Portella et al. Aspectos éticos da legislação de transplante e doação de órgãos no Brasil. *Revista Bioética*, v. 17, n. 1, 2009, p. 68.

próximo, ou seja, através da doação é possível que se ganhe muito mais do que foi doado, é um ato que não tem como se atribuir um valor específico.²⁸

Dessa forma, a doação deve partir da própria empatia do indivíduo, do altruísmo inerente ao supracitado instituto, e não de uma imposição do Estado. Este, ao agir dessa forma, desconsiderando a vontade do indivíduo ser ou não doador, está retirando o *animus donandi*, um requisito subjetivo essencial para configuração da doação, o qual representa a intenção do doador de praticar a liberalidade. Como assevera Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

O elemento subjetivo da doação (*animus donandi* ou liberalidade) significa a ação desinteressada de ceder a outrem um determinado bem, sem contraprestação. O doador deve estar premido pela vontade de enriquecer o donatário, através de sua própria conduta, sem a obtenção de uma contraprestação. É o que se chamou no Código Civil italiano e no português de espírito de liberalidade.²⁹

Destarte, a autorização dos familiares era irrelevante para a realização desse procedimento, cabendo aos profissionais de saúde, apenas, a obrigação de devolução do corpo condignamente recomposto, para os familiares do falecido ou aos seus responsáveis legais, após a transplantação, visto que é considerado como um direito que deve ser protegido em prol da dignidade humana, conforme lei n° 9.434/97³⁰. A inocorrência desta conduta configura crime previsto no art. 19 da supracitada lei³¹.

Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves asseveram que:

A princípio, poder-se-ia dizer que os fins da Lei, por intermédio dos dispositivo legal e regulamentar, afiguravam-se altruístas. Afinal, por que não salvar uma vida se isso é possível, mediante a retirada de órgãos de um indivíduo que já não a tem? É a luta pela a vida, contra a morte.³²

Todavia, o fato de não possuírem mais vida não torna os cadáveres sem valor, uma vez que, para os seus familiares, continuam possuindo a mesma importância que tinham em vida, muitas vezes, até mais, justamente pelo fato de o corpo, mesmo morto, traduzir a imagem da pessoa viva para os seus entes queridos. Inclusive, apesar de não possuir mais personalidade jurídica, o *de cujus* ainda possui proteção legal, posto que, mesmo após a

²⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Teoria Geral e Contratos em Espécie*. 7. ed. Salvador: Editora Juspodivm, v. 4, 2017. p. 756.

²⁹ *Ibidem*, p. 759.

³⁰ Art. 8º Após a retirada de tecidos, órgãos e partes, o cadáver será imediatamente necropsiado, se verificada a hipótese do parágrafo único do art. 7º, e, em qualquer caso, condignamente recomposto para ser entregue, em seguida, aos parentes do morto ou seus responsáveis legais para sepultamento.

³¹ Art. 19. Deixar de recompor cadáver, devolvendo-lhe aspecto condigno, para sepultamento ou deixar de entregar ou retardar sua entrega aos familiares ou interessados: Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

³² SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Biodireito*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2011. p. 297.

decretação da morte, há a possibilidade da aplicação de sanções pelo Código Penal caso sejam praticados crimes contra o respeito aos mortos, disposto nos seus arts. 209 a 212.³³

Sendo assim, a aplicação do princípio do consentimento presumido gerou muitas controvérsias, principalmente pela insegurança que provocou na população, considerando que os seus efeitos eram pouco claros e imprevisíveis, acarretando a inaplicabilidade da doação presumida no direito brasileiro, de acordo com a nova redação dada ao art. 4º da lei nº 9.434/97³⁴ decorrente do implemento da lei nº 10.211/2001.³⁵

O consentimento presumido constrangia direito personalíssimo, privando a autodeterminação do indivíduo. Devido a isso, fez-se necessária essa mudança legislativa, colocando nas mãos dos familiares o poder decisório acerca do transplante *post mortem*, extinguindo a solidariedade compulsória que antes era aplicada.³⁶

A aplicação da legislação anterior referente à regulamentação do transplante de órgãos deixava os familiares do falecido receosos quando este manifestava a vontade no sentido de permitir a doação de órgãos, dado que, devido à falta de conhecimento acerca da matéria, acreditavam que a morte do indivíduo seria acelerada para que fossem retirados seus órgãos e, posteriormente, disponibilizados para salvar outra vida em risco, podendo gerar, inclusive, um tráfico de órgãos.³⁷

Vale ressaltar que tanto a aplicação do consentimento presumido pela lei 9.434/97, quanto as alterações feitas pela lei 10.211/2001 promoveram críticas, como dispõe Paulo Vítor Portella Silveira *et al*³⁸:

Sendo assim, verifica-se que o próprio legislador ao instituir a Lei 10.211 toma uma postura que entra em desacordo com os princípios de liberdade e

³³ Art. 209 - Impedir ou perturbar enterro ou cerimônia funerária:

Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa.

Parágrafo único - Se há emprego de violência, a pena é aumentada de um terço, sem prejuízo da correspondente à violência.

Art. 210 - Violar ou profanar sepultura ou urna funerária:

Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.

Art. 211 - Destruir, subtrair ou ocultar cadáver ou parte dele:

Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.

Art. 212 - Vilipendiar cadáver ou suas cinzas:

Pena - detenção, de um a três anos, e multa.

³⁴ Art. 4º 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.

³⁵ SILVEIRA, Paulo Vítor Portella et al. Aspectos éticos da legislação de transplante e doação de órgãos no Brasil. *Revista Bioética*, v. 17, n. 1, 2009.p. 69-70.

³⁶ *Ibidem*, loc. cit.

³⁷ SILVEIRA, Paulo Vítor Portella et al. Aspectos éticos da legislação de transplante e doação de órgãos no Brasil. *Revista Bioética*, v. 17, n. 1, 2009.p. 69-70.

³⁸ *Ibidem*, p. 71-72.

dignidade, que regem a sociedade de forma harmônica, instituídos legalmente por aquele mesmo poder. Não se pode desconsiderar o intuito e empenho do legislador de resolver o problema da doação de órgãos com a criação das leis. No entanto não se pode também admitir que desconsidere os princípios fundamentais de liberdade do cidadão. Podemos inferir, que o legislador equivocou-se ao ser extremista em suas colocações, pois ora instituía a doação presumida (Lei 9.434), ora eliminava a mesma, mas deixava de lado a liberdade de escolha do cidadão (Lei 10.211).

Além de interferir na liberdade de escolha do indivíduo, a instituição do supracitado princípio pela lei 9.434/97 foi acusada de ser inconstitucional, do ponto de vista jurídico, já que ofendia o direito de propriedade sobre o corpo do falecido por parte da família, bem como a falta de esclarecimento de boa parte da população acerca do tema poderia ocasionar a não manifestação das pessoas em documentos adequados sobre a vontade de ser ou não um doador, não por desinteresse realmente, mas sim, pela falta de acesso à informação devida. A falta de documentação de uma parcela dos brasileiros também poderia vir a interferir na manifestação de vontade, já que ainda existem alguns indivíduos sem registro de nascimento no país.³⁹

Ademais, as pessoas que não queriam se tornar doadoras, pois havia essa possibilidade, já que se trata de um ato de liberalidade, ficavam apreensivas de declarar sua vontade e serem censuradas, segregadas pela sociedade ou, até mesmo, pelos próprios funcionários das repartições públicas competentes para realizar esse registro.⁴⁰

O fato de não se admitir mais a doação presumida de órgãos resultou em uma diminuição considerável do número de transplantes no Brasil, já que é comum haver a recusa familiar, aliado aos outros empecilhos encontrados na obtenção de transplantes, como no caso das crenças religiosas e a falta de esclarecimento da população sobre a matéria.

O Brasil está entre os três principais países do mundo que mais realizam transplantes, mas ainda há uma grande desproporção entre a alta demanda e o baixo número de transplantes efetivados. Ao analisar a estatística de transplantes realizados no ano de 2016, disponibilizada pela Associação Brasileira de Transplante de Órgãos (ABTO), observa-se que o Brasil teve um aumento de 3,5% do índice de transplantes e atingiu o número de 14,6 doadores por milhão de população (pmp), sendo que a região sul do país se destaca em relação às demais por apresentar 30,1 doadores pmp. De acordo com a supracitada associação,

³⁹ HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiuza. *O Direito "In Vitro" da Bioética ao Biodireito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 142-143.

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 397-398.

também houve uma redução, mesmo que pequena, da recusa familiar no país, mas o índice ainda continua alto.⁴¹

Nada obstante, ainda é necessária maior divulgação de informações quanto aos transplantes de órgãos e seus procedimentos para a população, vez que grande parcela ainda não possui conhecimento acerca da matéria para a tomada de uma decisão consciente, pois a falta de discernimento acaba influenciando em um posicionamento negativo.

Ademais, trata-se de uma matéria de saúde pública, sendo assim, merece mais atenção do Estado, visto que as filas de procura de transplante de órgãos crescem cada vez mais, já que as fontes disponíveis são insuficientes para suprir a necessidade da população. A escassez de órgãos é uma realidade do nosso país, sendo caracterizada como uma questão metalegal, uma vez que vai além da lei.

Insta salientar que, atualmente, grande parcela dos órgãos que são disponibilizados para transplante é decorrente de doações *post mortem*, no entanto, esse número ainda é pequeno e não consegue suprir a demanda existente, uma vez que a decretação da morte encefálica não é algo tão comum de ocorrer.⁴²

A problemática paira na escassez chamada de não patrimonial, ou seja, pela carência de recursos não econômicos, infungíveis, visto que nenhuma decisão judicial poderá contornar esse obstáculo, ordenando a realização da doação de órgãos para todos que necessitam.⁴³

Isto posto, devem ser criados programas que propiciem a captação de órgãos, naqueles lugares onde os transplantes são desenvolvidos, visando estimular gestos de solidariedade e altruísmo dos seres humanos.⁴⁴

4 A SELEÇÃO DE DOADORES E O SISTEMA DE LISTA ÚNICA

O Sistema de Lista Única, coordenado pelo Sistema Nacional de Transplantes, é responsável pelo controle dos transplantes de órgãos realizados no Brasil, de acordo com o decreto nº 9.175/2017.

⁴¹ ABTO - Associação Brasileira de Transplante de Órgãos. *Registro Brasileiro de Transplantes*, 2016. Disponível em: <<http://www.abto.org.br/abtov03/default.aspx?c=1092&mn=476>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

⁴² 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*, v. 19, n. 3, 2011, p. 673.

⁴³ VILLAS-BÓAS, Maria Elisa. Alocação de órgãos e tecidos e a disciplina dos transplantes. *Revista Bioética*, v. 19, n. 3, 2011, p. 642.

⁴⁴ SILVEIRA, Paulo Vítor Portella et al. Aspectos éticos da legislação de transplante e doação de órgãos no Brasil. *Revista Bioética*, v. 17, n. 1, 2009, p. 61.

4.1 O FUNCIONAMENTO DO SISTEMA DE LISTA ÚNICA

O decreto nº 9.175/17 institui que os transplantes de órgãos só poderão ser realizados por estabelecimentos de saúde, sejam públicos ou privados, que possuam equipes autorizadas pelo Ministério da Saúde para prática de tal operação, conforme previsto em seu art. 11⁴⁵. Entretanto, para que seja concedida essa autorização, é essencial que sejam efetuados todos os testes necessários no doador para que se verifique se há alguma infecção ou infestação que venha a prejudicar o transplante futuramente, de acordo com o disposto no art. 34 do supracitado decreto⁴⁶.

Cada Estado Brasileiro possui a incumbência de cadastrar as pessoas que necessitam de transplante em uma lista única para que não haja espaço para fraudes, bem como para tornar mais organizado esse sistema, segundo art. 5, § 2º, inciso II, do decreto nº 9.175/17.⁴⁷

Insta salientar que o Estado Brasileiro, através do Sistema Único de Saúde (SUS) oferece, gratuitamente, todos os tipos de transplantes para a população, bem como, a medicação necessária para o pós-operatório.⁴⁸

Segundo Maria Helena Diniz, não há a estipulação de um critério justo na escolha do receptor no cadastro desse sistema, devendo ser adotado, consoante posicionamento da autora, o critério terapêutico, o qual determina que se deve observar, na escolha do receptor, a urgência médica do seu estado clínico, respeitando o princípio da não discriminação, seja ela por idade, nacionalidade, sexo, raça ou crença religiosa, sendo que, para isso, deveria o receptor, além de estar cadastrado na lista única, possuir, também, compatibilidade imunológica com o doador. Esse critério proporcionaria uma maior celeridade, já que existem pacientes nessa lista que estão em estado crítico e podem vir a falecer, pelo fato de não possuir prioridade.⁴⁹

⁴⁵ Art. 11. O transplante, o enxerto ou a retirada de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano somente poderão ser realizados em estabelecimentos de saúde, públicos ou privados, por equipes especializadas, prévia e expressamente autorizados pelo órgão central do SNT.

⁴⁶ Art. 34. A realização de transplantes ou enxertos de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano somente será autorizada após a realização, no doador, dos testes estabelecidos pelas normas do SNT, com vistas à segurança do receptor, especialmente quanto às infecções, às afecções transmissíveis e às condições funcionais, segundo as normas complementares do Ministério da Saúde.

⁴⁷ § 2º Para fins do disposto no inciso VIII do caput, a lista única de espera de receptores será constituída pelo conjunto das seguintes listas:

II - lista estadual.

⁴⁸ STANCIOLI, Brunello et al. O Sistema Nacional de Transplantes: saúde e autonomia em discussão. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 11, n. 3, Fevereiro 2011, p. 131.

⁴⁹ DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 403-404.

Contudo, observa-se que, de acordo com os princípios adotados no âmbito da Bioética, ao se legitimar esse critério terapêutico haveria uma transgressão ao princípio da justiça, o qual “refere-se à imparcialidade da distribuição dos riscos e benefícios de todos os envolvidos na pesquisa científica e nas práticas médicas, seja no âmbito nacional quanto no internacional”⁵⁰, de acordo com Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf, na medida em que prioriza pacientes em estado mais gravoso cadastrado no Sistema de Lista Única.

Esse sistema de captação de órgãos para transplante se inicia pela decretação da morte encefálica de um paciente e a subsequente notificação à Central Estadual de Transplante (CET) da unidade federativa vinculada, conforme art. 18 do decreto nº 9.175/17.⁵¹

A supracitada Central irá se dirigir ao hospital em que houve a morte para realização de exames preliminares, buscando auferir as características do futuro doador, para que, de acordo com o perfil encontrado, seja analisada a lista de possíveis receptores compatíveis que se encaixam nesse perfil e possa ser realizado o transplante posteriormente.⁵²

Nada obstante, a baixa taxa de notificação dos potenciais doadores é um dos problemas que assolam nossa sociedade, prejudicando ainda mais o aumento do número de transplantes. Essa notificação às Centrais de Notificação é obrigatória após a decretação da morte encefálica, segundo dispõe a lei 9.434/97, em seu art. 13⁵³.

4.2 AS POSSÍVEIS FRAUDES RELACIONADAS AO SISTEMA

Existem diversos critérios para a alocação de recursos escassos em saúde, sendo os principais: a fila, a efetividade, a necessidade-gravidade e o merecimento. A fila é um critério cronológico e imparcial, já que dispensa qualquer avaliação pessoal, sendo, por isso, o mais utilizado. Entretanto, apesar de ser um critério neutro e, em consequência disso, mais “justo”, desconsidera diferenças que devem ser observadas em algumas ocasiões, como a urgência.⁵⁴

⁵⁰ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Bioética e Biodireito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 18.

⁵¹ Art. 18. Os hospitais deverão notificar a morte encefálica diagnosticada em suas dependências à CET da unidade federativa a que estiver vinculada, em caráter urgente e obrigatório.

⁵² SILVEIRA, Paulo Vítor Portella et al. Aspectos éticos da legislação de transplante e doação de órgãos no Brasil. *Revista Bioética*, v. 17, n. 1, 2009, p. 65.

⁵³ Art. 13. É obrigatório, para todos os estabelecimentos de saúde notificar, às centrais de notificação, captação e distribuição de órgãos da unidade federada onde ocorrer, o diagnóstico de morte encefálica feito em pacientes por eles atendidos.

⁵⁴ VILLAS-BÓAS, Maria Elisa. Alocação de órgãos e tecidos e a disciplina dos transplantes. *Revista Bioética*, v. 19, n. 3, 2011, p. 644.

A divulgação das posições na fila de espera é uma questão que apresenta controvérsias, pois, na forma que é regulada atualmente, considerando que o paciente/receptor apenas tem acesso à sua posição na lista e não dos demais, pode vir a ensejar fraudes futuras devido ao sigilo desse sistema, mesmo que necessário, dado que a ordem da fila pode sofrer alteração sem que seja conhecido pelos outros.⁵⁵

Já o critério da efetividade busca certificar o maior aproveitamento possível dos recursos disponíveis, por isso é baseado em um viés utilitarista. Pela lógica desse critério, os recursos disponíveis deveriam ser destinados àqueles que possuem maior chance de sucesso com a utilização do mesmo. Posto que é utilitarista, visa à maximização do bem coletivo, evitando que haja o desperdício de bens ou o seu mau uso, uma vez que podem ser inúteis para quem os recebe, todavia, podem existir outras pessoas que teriam grande chance de sucesso com o mesmo recurso.⁵⁶

Tendo disposto Maria Elisa Villas-Bôas que:

Imagine-se, *verbi gratia*, alocar órgãos para transplante sem atentar para a compatibilidade minimamente essencial entre o órgão e o receptor que permitisse supor com segurança a viabilidade do procedimento. O priorizado, nesse caso, não apenas não resolveria seu problema com o recebimento do órgão, que poderia melhor servir a outrem, como poderia vir a sofrer agravos maiores, com o risco de se perderem o órgão e as duas vidas.⁵⁷

O critério da necessidade se fundamenta nas situações em que os recursos são escassos, dessa forma, baseando-se na questão da gravidade, é um dos critérios mais utilizados, considerando que aquele paciente que possui uma situação de maior urgência deva ser atendido primeiramente, em detrimento daquele que possui uma maior estabilidade.⁵⁸

Contudo, existem desvantagens na aplicação desse critério, na medida em que pode estar havendo um desperdício de recursos, uma vez que alguns pacientes se encontram em uma situação já tão avançada e grave que a esperança de recuperação, muitas vezes, é mínima, sendo este um argumento muito debatido entre os utilitaristas.⁵⁹

Outrossim, outra problemática desse critério é a subjetividade que lhe é inerente, vez que, ao ponderar quem está em uma situação de urgência, sempre há alguma subjetividade envolvida.⁶⁰

⁵⁵ *Ibidem, loc.cit.*

⁵⁶ *Ibidem, p. 645.*

⁵⁷ *Ibidem, loc.cit.*

⁵⁸ *Ibidem, loc.cit.*

⁵⁹ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. Alocação de órgãos e tecidos e a disciplina dos transplantes. *Revista Bioética*, v. 19, n. 3, 2011, p. 645.

⁶⁰ *Ibidem, loc.cit.*

A bioética apresenta, também, um critério que pode ser utilizado nesses casos, sendo ele chamado de merecimento. Esse critério leva em consideração as contribuições do indivíduo na sociedade, o que gera controvérsias em relação a sua aplicação, posto que o indivíduo é analisado pela perspectiva utilitarista, ou seja, pela sua utilidade na sociedade e não pelo seu valor próprio como ser humano, além, também, de suscitar a subjetividade, visto que parte de um julgamento moral.⁶¹

Atualmente, o critério aplicado no caso dos transplantes de órgãos é, em regra, o da fila, aliado ao da efetividade e o da necessidade, sob o aspecto da urgência ou gravidade. Sendo esse último critério, no caso dos transplantes de fígado, aplicado através de sistemas de pontos internacionalmente validados, chamado de *Model for End-Stage Liver Disease (MELD)*, dedicado para adolescentes e adultos, e o *Pediatric End-Stage Liver Disease (PELD)*, dedicado para menores de 12 anos. Buscando, dessa forma, que o critério da necessidade seja assentado em parâmetros mais objetivos.⁶²

Esses ainda não são critérios ideais, ainda possuem muitas falhas. O ideal seria que houvesse uma oferta de órgãos equivalente à demanda e que não fosse preciso priorizar uma pessoa em relação à outra, vez que o direito à vida é um direito fundamental e previsto constitucionalmente.

Nada obstante, a escassez de órgãos ainda é uma realidade do nosso país e, enquanto perdurar, o que resta a fazer é investir em programas de incentivo às doações, bem como na otimização do sistema de doação de órgãos, para que transpareça confiança e segurança para as pessoas, conseqüentemente, ampliando a oferta, ética e lícita, desses recursos.⁶³

4.3 A RECUSA FAMILIAR COMO IMPEDIMENTO NA PRÁTICA DOS TRANSPLANTES

Apesar de haver incentivos à doação de órgãos, a fila de espera por um transplante aumenta a cada dia. Essa situação é ocasionada devido à coexistência de diversos fatores que implicam a concretização do transplante. De acordo com Claussel, esses fatores seriam: a falta de identificação e notificação de um potencial doador, bem como a não prestação de cuidados

⁶¹ *Ibidem*, p.646.

⁶² *Ibidem*, *loc.cit.*

⁶³ *Ibidem*, p. 655.

adequados ao doador. Além disso, Claussel ainda cita como um fator a inadequada entrevista familiar.⁶⁴

Depois da decretação da morte encefálica, surge o doador em potencial, ou seja, aquele que poderá doar seus órgãos e prolongar outras vidas. Esse consentimento quanto à doação de órgãos do *de cuius*, na doação *post mortem*, cabe aos familiares, conforme consta no decreto 9.175/2017, já apresentado neste trabalho, dessa forma, a entrevista familiar é um momento de extrema importância para o processo de doação.⁶⁵

Por se tratar de um momento delicado para os entes queridos, a recusa familiar, atualmente, é considerada como um dos principais obstáculos enfrentados para a realização dos transplantes no Brasil. Essa recusa pode ser ocasionada devido à abordagem inadequada ao familiar, devendo esta ser feita por profissionais capacitados.⁶⁶

Nas regiões menos desenvolvidas do país, a taxa de recusa familiar chega aos 70%, sendo, muitas vezes, ocasionada por uma abordagem familiar inadequada. Essa abordagem deverá ser realizada por profissionais capacitados, sendo eles: médicos, enfermeiros, psicólogos ou assistentes sociais.⁶⁷

Uma equipe capacitada é essencial para esse momento que antecede o transplante, uma vez que surgem muitas dúvidas, por parte da família, que precisam ser esclarecidas por essa equipe, para que se obtenha uma decisão positiva quanto à doação. Nessa etapa, surgem muitos questionamentos sobre as consequências dessa decisão e os familiares se veem diante de um impasse, posto que, muitas vezes, não têm conhecimento sobre o desejo do *de cuius* antes do óbito, então, não se sentem confortáveis para permitir essa intervenção no seu corpo, como, também, existe a vontade de fazer o bem ao próximo. Essa comunicação com a família, acerca da escolha de ser ou não doador após a morte, é de extrema importância, vez que representa a manifestação da própria autonomia do indivíduo.⁶⁸

O profissional que irá lidar com a família nesse momento de luto deverá possuir habilidade para comunicar-se com uma linguagem clara e acessível, visto que se trata de uma matéria em que são utilizados muitos termos técnicos, além de salientar que a revogação

⁶⁴ CLAUSSEL, Gonçalves LFS, Veronese FJV *apud* Mattia, Ana Lúcia de *et al.* Análise das dificuldades no processo de doação de órgãos: uma visão integrativa da literatura. *Revista Bioethikos*, v. 4, n. 1, 2010, p. 68.

⁶⁵ 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*, v. 19, n. 3, 2011, p. 672-673.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 676.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 674.

⁶⁸ 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*, v. 19, n. 3, 2011, p. 672-675.

poderá ser realizada a qualquer momento até a realização efetiva do transplante, mesmo após a assinatura do termo do consentimento, o que poderá proporcionar maior tranquilidade para que os familiares adotem uma posição favorável.⁶⁹ Vale ressaltar que, apesar de existir essa possibilidade de revogação, poderá ser imputada responsabilidade, caso surjam danos em decorrência desse ato, já que pode haver a violação da boa-fé objetiva.⁷⁰

O que for definido pela família deve ser respeitado, dessa forma, não é orientado aos profissionais que tentem influenciar a decisão com o uso de argumentos morais e religiosos, bem como com a exposição de estatísticas, vez que essas atitudes não surtem efeitos nesse momento delicado, podendo até implicar, de forma negativa, na escolha.⁷¹

Outra questão que interfere na decisão familiar é a definição de morte encefálica. Essa definição é julgada como incerta pelas pessoas que não têm conhecimento dos critérios utilizados para decretação da morte encefálica, visto que o corpo ainda apresenta sinais vitais, mesmo que mantido por aparelhos. Dessa forma, na abordagem familiar, o entrevistador deve se comunicar com clareza para que a situação em questão possa ser compreendida da melhor forma possível.⁷²

Outrossim, outra informação que pode propiciar segurança para os familiares, no momento da decisão, é a ciência de que, após seja dada a permissão quanto à doação de órgãos, o indivíduo será transferido para um hospital para a realização de um exame complementar, desde que seja necessário, para confirmação da morte encefálica, evitando que se incorra em erro, como no caso da mistanásia.⁷³

O atendimento hospitalar que foi prestado ao familiar que veio a óbito influencia diretamente na decisão familiar, sendo assim, uma vez que tenha sido prestado um atendimento humanizado e digno no hospital, há uma tendência a que a família venha a consentir a doação de órgãos.⁷⁴

Diante disso, hoje já se discute sobre a possibilidade da disposição no testamento vital de uma cláusula acerca da doação de órgãos, uma vez que, além de preservar a vontade do ser humano após a morte, também visa diminuir a altíssima carga de responsabilidade que é imposta aos familiares nessa situação.

⁶⁹ *Ibidem, loc. cit.*

⁷⁰ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito à integridade pessoal. In: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coords.). *Direitos constitucionalizados*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 416.

⁷¹ *Ibidem, loc. cit.*

⁷² PESSALACIA, Juliana Dias Reis; CORTES, Vanessa Faria; OTTONI, Alba. Op. cit. *Revista Bioética*, v. 19, n. 3, 2011, p. 676.

⁷³ *Ibidem, loc. cit.*

⁷⁴ 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*, v. 19, n. 3, 2011, p. 676.

Por fim, conclui-se que, para que haja o tão almejado aumento do número de transplantes é preciso que todos os envolvidos nesse processo cooperem, já que, além dos profissionais de saúde, a família, o governo, bem como os meios de comunicação, que possuem o papel de divulgar informações de qualidade para a população, são fundamentais para o êxito do transplante.⁷⁵

5 CONCLUSÃO

Atualmente, o decreto n° 9.175/2017, que regulamenta a lei de transplantes n° 9.434/97, determina a necessidade de consentimento familiar para efetivação da doação de órgãos do falecido, no âmbito dos transplantes *post mortem*. A aplicação do consentimento familiar para a realização dos transplantes proporcionou uma melhora na relação médico-paciente-família, visto que há o respeito ao momento de luto e dor vivenciado pela família, evitando conflitos nesse período. Todavia, ao mesmo tempo, descarta a possibilidade do sujeito, em vida, decidir sobre o destino do seu próprio corpo, desconsiderando a sua liberdade decisória, o que inclui, em algumas vezes, a desconstrução do seu projeto de vida e das suas convicções pessoais.

Isto posto, constata-se que o supracitado decreto veio para consagrar a ineficácia da declaração da vontade de ser doador, uma vez que colocou nas mãos da família a decisão acerca da transplantação *post mortem*. Essa ineficácia já se mostrava evidente na prática médica, dessa forma, o dispositivo legal em comento formalizou uma situação já existente, quando, na verdade, deveria ter corrigido essa realidade, reafirmando o direito do cidadão de decidir sobre o destino do seu próprio corpo.

Essa alteração representa uma afronta à autonomia do indivíduo, dado que ignora expressamente a vontade do titular do corpo, com a justificativa de proporcionar maior segurança para o procedimento cirúrgico, já que diminuirá a possibilidade de extração precipitada de órgãos. Contudo, essa modificação, instituída pelo decreto, pode vir a ensejar uma diminuição do número de transplantes, posto que, atualmente, a recusa familiar é um dos principais impedimentos na prática de transplantes no Brasil. A família, após a morte do sujeito, se encontra em um momento delicado, o que torna mais difícil a abordagem para tratar da transplantação, bem como a aceitação desse procedimento.

Destarte, faz-se necessário, diante dessa nova realidade, um maior investimento em campanhas pelo poder público, visando à disseminação de informação acerca da alteração

⁷⁵ *Ibidem*, p. 679.

promovida por esse dispositivo legal, para que os indivíduos estejam devidamente informados e possam revelar a vontade de ser ou não doador para sua família, para que, após a sua morte, a sua escolha seja respeitada, mesmo que de forma indireta. Essa comunicação com a família é de extrema importância, vez que representa a manifestação da própria autonomia do indivíduo.

Por fim, é possível constatar que o tema transplante de órgãos ainda necessita de maior atenção e dedicação legislativa, vez que o direito precisa se adequar ao desenvolvimento da ciência médica para que possa haver um abrandamento dos tormentos sofridos pelo ser humano. Ademais, trata-se de uma matéria de saúde pública, sendo assim, carece de maior atenção do Estado, visto que as filas de procura de transplante de órgãos crescem cada vez mais, já que as fontes disponíveis são insuficientes para suprir a necessidade da população, sendo a escassez de órgãos uma realidade do nosso país, caracterizada como uma questão metalegal, vez que transcende a própria lei.

REFERÊNCIAS

- ABTO - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS. *Registro Brasileiro de Transplantes*, 2016. Disponível em: <<http://www.abto.org.br/abtov03/default.aspx?c=1092&mn=476>>. Acesso em: 20 mar. 2017.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito à integridade pessoal. In: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coords.). *Direitos constitucionalizados*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 413-431.
- BRASIL. *Decreto 9.175*, de 18 de outubro de 2017. Brasília, DF, 18 out. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Decreto/D9175.htm>. Acesso em: 25 out. 2017.
- _____. *Lei 6.015*, de 31 de dezembro de 1973. Lei de Registros Públicos. Brasília, DF, 31 dez. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 21 mai. 2017.
- _____. *Lei 9.434*, de 04 de fevereiro de 1997. Lei de Transplante de Órgãos. Brasília, DF, 04 fev. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm>. Acesso em: 17 mar. 2017.
- CLAUSSEL, Gonçalves LFS, Veronese FJV *apud* Mattia, Ana Lúcia de *et al.* Análise das dificuldades no processo de doação de órgãos: uma visão integrativa da literatura. *Revista Bioethikos*, v. 4, n. 1, 2010, p. 66-74.
- DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Parte geral e LINDB*. 13. ed. São Paulo: Editora Atlas, v. I, 2015.

_____. 15. ed. Salvador: Editora Juspodivm, v. I, 2017.

_____. *Curso de Direito Civil: Obrigações*. 9. ed. São Paulo: Editora Atlas, v. 2, 2015.

_____. *Curso de Direito Civil: Teoria Geral e Contratos em Espécie*. 7. ed. Salvador: Editora Juspodivm, v. 4, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiuza. *O Direito "In Vitro" da Bioética ao Biodireito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

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

_____. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

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*, v. 19, n. 3, 2011, p. 671-682.

RODRIGUES FILHO, Edison Moraes; JUNGES, José Roque. Morte encefálica: uma discussão encerrada? *Revista Bioética*, v. 23, n. 3, 2015, p. 485-494.

_____; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Biodireito*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2011.

SILVEIRA, Paulo Vítor Portella et al. Aspectos éticos da legislação de transplante e doação de órgãos no Brasil. *Revista Bioética*, v. 17, n. 1, 2009, p. 61-75.

STANCIOLI, Brunello et al. O Sistema Nacional de Transplantes: saúde e autonomia em discussão. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 11, n. 3, Fevereiro 2011, p. 123-154.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. Alocação de órgãos e tecidos e a disciplina dos transplantes. *Revista Bioética*, v. 19, n. 3, 2011, p. 639-658.