



O DIREITO DE SER UM DOADOR DE ÓRGÃOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Gisele Mendes de Carvalho¹, Amanda Keren Louback Patussi², Aline Juliana Barbosa Amorim³

RESUMO: O presente artigo teve por escopo analisar a proteção atual do ordenamento jurídico pátrio ao direito de ser um doador de órgãos. Para isso fez-se uma breve análise da evolução legislativa, comparando os pontos comuns e as alterações sofridas ao longo dos anos, mais especificamente no que diz respeito a legitimidade do consentimento para a doação *post mortem* e à autonomia da vontade do doador de órgãos, em especial na Lei 9.434/97 e suas alterações. Ainda foi feita uma exposição interdisciplinar, demonstrando a importância e a diferença das diversas áreas científicas ligadas a realização da doação de órgãos, qual seja a psicologia, e medicina e o direito. Após, o trabalho apresentou um esboço sobre os direitos insculpidos no processo de doação de órgãos, tutelados pela carta magna, em especial o direito à dignidade humana, o direito à vida e a garantia constitucional à doação de órgãos. O trabalho também transcorreu sobre os aspectos gerais dos direitos da personalidade, trazendo noções gerais, com ênfase às características destes direitos, e pormenorizando o artigo 14 em conjunto com o enunciado 277 da IV Jornada de Direito Civil, que tenta trazer uma solução ao conflito da legitimidade sobre a decisão da disposição ao não dos órgãos *post mortem*. Trouxe também o conceito de doação de órgãos como atitude altruísta, em contraposição com a possibilidade de comercialização dos órgãos. Foi feita uma análise das condutas tipificadas como crime na lei 9.434/97, e uma breve exposição das campanhas e formas de incremento na doação de órgãos. Por fim o trabalho trouxe campanhas e fomentos a doação de órgãos, em especial no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Autonomia de Vontade; Post-mortem; Personalidade; Dignidade.

1 INTRODUÇÃO

A autonomia da vontade é princípio constitucional, e hoje encontrado em quase todos os ramos do Direito, por exemplo, nos contratos do Direito Civil, na identificação de dolo no Direito Penal, nas relações entre empregador e empregado no Direito Trabalhista, entre outros. O presente trabalho tem como tema a doação de órgãos *post mortem* e a necessidade de preservar a vontade do doador, manifestada em vida.

A Pós Doutora, Gisele Mendes de Carvalho e a Mestre Karla Jezualdo Cardoso, afirmam que

A liberdade individual é um dos bens mais preciosos que possui o ser humano. No entanto, constata-se que o direito de disposição do próprio corpo encontra limites quando conflitante com outros direitos da personalidade, que são fundamentais à sua própria subexistência, como a vida e a integridade física, não se olvidando ainda a dignidade da pessoa humana, princípio basilar do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CF)⁴

Mas como proteger essa vontade depois do falecimento?

Toda ação humana, consciente, racional e responsável é provida do chamado elemento volitivo, que é essa vontade sobre as decisões e atos praticados.

No ordenamento jurídico existem manifestações de vontade expressadas em vida que produzem efeitos até após a morte, como é o caso dos testamentos (art. 1.857, e ss., CC), onde o indivíduo pode dispor desde seus patrimônios, até a forma como pretende ser enterrado, devendo produzir efeitos até depois do falecimento.

Esse trabalho pretende defender que as manifestações de vontade deixadas em vida sobre a disposição do corpo para a doação de órgãos também deve ser resguardada, mesmo que contrária a vontade da família. E isso poderia ser, por exemplo, com a exigência de um testamento, ou documento que comprove essa vontade, deixar uma pessoa responsável para atender especificamente este interesse, entre outros.

¹ Orientadora e docente do Curso de Direito do Centro Universitário Cesumar – UNICESUMAR, Maringá – Paraná. giselemendesdecarvalho@yahoo.es

² Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário Cesumar – UNICESUMAR, Maringá. Bolsista do programa de Iniciação Científica da UniCesumar/2014 (PICC). amandapatussi@hotmail.com

³ Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário Cesumar – UNICESUMAR, Maringá. alineee_amorim@hotmail.com

⁴ CARVALHO, Gisele Mendes de. CARDOSO, Karla Jezualdo. **Tráfico de Órgãos, Paternalismo Jurídico e Direito à Integridade Moral: A Dignidade Humana tem preço?** Anais do XXII Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2013



Historicamente falando, segundo artigo do Hospital Albert Einstein:

[...] o primeiro transplante renal no homem foi realizado em 1933 por Voronoy, um cirurgião ucraniano, para tratar uma insuficiência renal aguda causada por envenenamento com mercúrio. Barnard, em 1967, realizou o primeiro transplante cardíaco e Starzl, em 1963, o primeiro de fígado. No Brasil, o primeiro transplante de fígado foi realizado pela equipe do Dr. Marcel Machado, em 1968.⁵

Hoje, com o avanço da medicina, já se pode falar em transplantes diferenciados dos convencionas, como os de útero realizados este ano na Suécia.

Os transplantes podem ser feitos entre vivos (*inter vivos*) ou após a morte do doador (*post mortem*). O transplante feito entre vivos só é permitido pela legislação brasileira, no artigo 9º, parágrafo 3º, da Lei 9434/97, quando:

[...] se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável, e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora.

Segundo a autora Ana Cláudia Pirajá Bandeira, 2001, o Direito é uma ciência reguladora que busca “unir os princípios fundamentais da indisponibilidade da vida e da saúde; da salvaguarda da dignidade humana; do consentimento do sujeito, e da liberdade e igualdade [...]”⁶

É ainda função do Direito, regulamentar o que é ou não delito contra o próprio corpo, e segundo Washington de Barros Monteiro⁷, tirando os delitos que a lei proíbe, o indivíduo pode dispor de seu corpo como quiser, ainda mais se tratando de doação *post mortem*, que é um ato considerado altruístico, em favor da sociedade.

Sobre todos esses interessantes pontos tratar-se-á a seguir.

2 MATERIAL E MÉTODOS

Para elaboração do presente trabalho realizou-se revisão bibliográfica e documental, através do levantamento das publicações disponíveis sobre o tema proposto, bem como obras literárias e artigos científicos; além da análise das leis que abarcam o tema diluído no corpo deste projeto, fez-se ainda comparativos entre diversos ramos científicos, para demonstrar como cada ramos lida com o tema.

3 RESULTADO E DISCUSSÕES

A presente problemática tornou-se totalmente pertinente no decorrer da elaboração do projeto. Um tema que começou como uma dúvida acadêmica no sentido de quem tem o direito de ser doador de órgãos, acabou por se desenvolver uma discussão que vai muito além do âmbito do Direito e das leis.

Embora artigo acadêmico, a pesquisa mostrou que o público alvo vai além de estudantes universitários, e atinge toda a população, uma vez que o tema tem repercussão e discussão internacional, e a problemática é tema adotado em políticas públicas, de interesse da coletividade, uma vez que, conforme a própria lei define, doar órgãos é atitude altruística, e beneficia toda a coletividade.

Com o presente trabalho trouxe-se esclarecimento jurídico sobre a indagação de se a Legislação atual realmente protege os direitos personalíssimos, quando se trata de doação de órgãos, bem como que a mesma não dá o suporte necessário para que uma pessoa, uma vez que manifestou expressamente sua vontade, seja um doador de órgãos.

Viu-se que no ordenamento jurídico brasileiro a temática foi positivada pela primeira vez no ano de 1963, com a Lei 4.289. Referida lei tratava sobre a extirpação de órgãos e tecidos da pessoa falecida, sendo que era permitido apenas a extirpação da córnea.

Com a evolução da medicina a legislação evoluía para acompanhá-la, sendo que na Lei 5.479 de 1968 se tornou possível, inclusive, a doação de órgãos de doador vivo. Até que as leis foram evoluindo, trazendo termos técnicos como “morte encefálica”, “doação *post mortem*”, etc.

⁵ ALBERT EINSTEIN. Sociedade Beneficente Israelita Brasileira. Transplante de Órgãos. Disponível em: <<http://www.einstein.br/hospital/transplantes/transplanteorgaos/Paginas/transplante-de-orgaos.aspx>>. Acessado em 25 Fev. 2014

⁶ BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá Bandeira. **A questão jurídica do consentimento no transplante de órgãos**. Curitiba: Juruá, 2001. Pg. 18

⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. **Transplantes de órgãos do corpo humano sob aspectos jurídicos**. RT 389/390



A lei 9.434 de 1997, lei que está em vigor até hoje, trouxe a ideia de presunção de doação, ou seja, para referida lei, ao menos que houvesse disposição em contrário todas as pessoas eram presumidamente doadoras de órgãos, até que no ano de 2001 essa presunção foi revogada.

Uma nova redação instituiria a supremacia da vontade do doador, onde o possível doador manifestaria sua vontade de doar órgãos ainda enquanto estivesse vivo, e após a morte essa vontade permaneceria. Contudo o parágrafo único do artigo 4º foi vetado antes mesmo de ser publicado, deixando a redação como a atual, onde a família do *de cujus* é quem decide sobre a doação.

Ainda mostrou-se como a medicina, a psicologia e o Direito tratam sobre o tema, com suas peculiaridades e semelhanças, mas mais importante é a necessidade dos ramos trabalharem juntos para garantir maior efetividade nas doações de órgãos.

Descobriu-se que hoje, principalmente, a fomentação e o incentivo à doação, em especial no Brasil, é algo intenso e de notoriedade, pois mais do que nunca vemos notícias, dados, expectativas, propagandas, etc. sobre o tema.

O resultado dessa intensa divulgação sobre o tema se mostra nos dados a seguir:

“O Brasil é responsável pelo maior sistema público de transplante do mundo, com 27 centrais de notificação, captação e distribuição de órgãos, 11 câmaras técnicas nacionais, 748 serviços distribuídos em 467 centros, 1047 equipes de transplantes e 71 organizações de procura por órgãos”⁸.

“Entre janeiro e junho de 2012, foram realizados 12.287 transplantes contra 10.905 nos primeiros seis meses de 2011. Dados do Ministério da Saúde indicam que o número de doadores de órgãos também aumentou, passando de 997 em 2011 para 1.217 em 2012 (22%)”⁹.

A Espanha é considerada o país que mais registra transplantes, a taxa é de 37 por milhão, enquanto no Brasil, a taxa é de 14,2 por milhão, segundo informações mais recentes do jornal O Globo¹⁰.

Agora alguns gráficos e informações:



Figura 1 – número de transplantes realizados pelo SUS nos anos de 2011 e 2012

Fonte: adote.org

⁸ SAÚDE PLENA. **Brasil dobra o número de doações de órgãos em dez anos.** Disponível em <http://sites.uai.com.br/app/noticia/saudeplena/noticias/2013/09/25/noticia_saudeplena,145638/brasil-dobra-o-numero-de-doacoes-de-orgaos-em-dez-anos.shtml>. Acesso em: 09 jul. 2015

⁹ TERRA. **Número de doadores de órgãos cresce 22% no Brasil.** Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/numero-de-doadores-de-orgaos-cresce-22-no-brasil,4d33dc840f0da310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>>. Acesso em 09 jul. 2015.

¹⁰ O GLOBO. **Cresce doação de órgãos no Brasil, mas rejeição de famílias ainda é alta.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2015/02/cresce-doacao-de-orgaos-no-brasil-mas-rejeicao-de-familias-ainda-e-alta.html>>. Acessado em: 09 jul. 2015.



Figura 2 – quais órgãos podem ser doados

Fonte: senado.gov

No decorrer do trabalho algumas campanhas sobre o tema foram citadas, inclusive uma de destaque internacional, que ganhou prêmios, qual seja, a campanha realizada pelo milionário Chiquinho Scarpa, em setembro de 2013, quando ele disse que enterraria seu carro, avaliado na época em mais de Um Milhão de Reais, com o slogan “Absurdo é enterrar algo muito mais valioso do que um Bentley: seus órgãos”.



Figura 3 – Chiquinho Scarpa em sua campanha para doação de órgãos.

Fonte: Revista Veja

Ao observar a imagem, é possível ler a seguinte frase “seja um doador, avise sua família”. Essa foi a principal problemática trazida na pesquisa, e descobriu-se que hoje, diferentemente do que muitos pensam, quem decide sobre a doação não é o doador, e sim sua família, algo que, conforme explanado em todo o trabalho, fere os direitos personalíssimos de quem quer doar.

O possível doador de órgãos não tem voz, ele não decide sobre doar ou não, ficando essa decisão a ser tomada pela família enlutada, que acaba de receber a notícia da morte de seu ente.

Por isso campanhas como:



Figura 4 – campanha: seja um doador de órgãos e avise sua família.

Fonte: Rede de mobilização social



Figura 5 – campanha: seja um doador de órgãos e avise sua família.

Fonte: Seja doador de vidas.

As imagens e informações constantes acima são um exemplo de que o Brasil possui grande aparato para incentivar a doação, contudo a legislação faz com que um direito tão importante, quanto ser doador de órgãos, fica restringindo à vontade dos familiares.

E a psicologia demonstrou que muitas vezes a família decide por não permitir a doação exatamente porque tem que decidir em momento tão delicado e difícil, se fosse possível que a vontade do doador prevalecesse não haveria a necessidade do desgaste emocional dos parentes do falecido.

Desta forma, após a elaboração do trabalho, viu-se que a atual legislação fere inúmeros direitos pessoais, e mais, vai contra o interesse público que a sociedade tem na doação de órgãos.

Ao confrontar leis percebeu-se que em alguns momentos alguns direitos entram em conflito pois a lei de transplante, do ano de 1997, confere a família o direito de permitir ou não a doação de órgãos, enquanto o código civil, de 2002, no artigo 14 traz como forma válida a disposição do próprio corpo, após a morte, em partes ou no todo, para fins terapêuticos e altruístas, desde que esta disposição seja gratuita.

O Código Civil entrou em vigor no ano de 2002, ou seja, 5 anos depois da Lei de Transplantes, e um ano após a modificação da lei, e deveria se sobressair às referidas leis, entretanto, em se tratando de conflitos de normas, a Lei especial prevalece, ainda que mais antiga.

Para tentar solucionar o conflito, a IV Jornada de Direito Civil, que ocorreu no ano de 2006, editou o seguinte enunciado:

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

Segundo o enunciado, a família decidiria sobre a doação ou não dos órgãos caso o potencial doador não tivesse se manifestado sobre tal decisão em vida.



O enunciado trouxe uma solução muito viável para o conflito, entretanto ele é apenas uma orientação, e não vincula qualquer decisão, tanto que hoje não se aplica o entendimento trazido pelo enunciado.

Portanto, mais uma vez, deveria haver maior conscientização das famílias, para que, com a atual lei, o número de transplante e doações cresça. Percebeu-se que muitas pessoas não tem conhecimento sobre o tema, ou muitas vezes não gostam de falar sobre isso, mas é de extrema importância que a população converse sobre isso, com a família, para que ela saiba qual a sua vontade e com amigos, para que eles entendam sobre o tema.

4 CONCLUSÃO

Com o trabalho demonstrou-se que a atual legislação pátria não protege o direito de ser um doador de órgãos. A família hoje é quem decide sobre o destino dos órgãos do de cujus, e é ela quem decide ajudar outras pessoas ou não. Mas seria muito mais fácil se os entes queridos não tivessem que tomar essa decisão. Seria muito melhor que uma vez manifestada a vontade em doar órgãos, uma pessoa seria doadora de órgãos. Contudo o ordenamento jurídico brasileiro retrocedeu neste ponto.

Ainda foi possível observar que em se tratando do tema doação de órgãos vários direitos, individuais e coletivos, entram em discussão, e algumas vezes em choque. E para solucionar eventuais conflitos, deveria prevalecer a vontade em doador, pois embora atitude individual, beneficia toda a coletividade.

Foi demonstrado ainda que doar órgãos é garantia constitucional, e que o Direito à Vida e a Dignidade são direitos ligados à essência do ser humano, não podendo ser colocados de lado por vontade dos familiares quando se opõe a doação de órgãos.

Embora a atual Lei dos Transplantes seja bem completa e específica, ela demonstra retrocesso neste ponto, posto que não protege o direito que cada ser humano tem em se doar em favor do próximo.

Desta forma, deveria haver mudanças legislativas, que conseguissem garantir que uma pessoa ao decidir ser doadora de órgãos pudesse efetivamente doá-los, mudanças que tornassem o direito a ser um doador de órgãos um direito personalíssimo, juntamente com o direito à integridade física, à vida e à dignidade.

Referências

ALBERT EINSTEIN. Sociedade Beneficente Israelita Brasileira. Transplante de Órgãos. Disponível em: <<http://www.einstein.br/hospital/transplantes/transplanteorgaos/Paginas/transplante-de-orgaos.aspx>>. Acessado em 25 Fev. 2014

BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá Bandeira. **A questão jurídica do consentimento no transplante de órgãos**. Curitiba: Juruá, 2001. Pg. 18

BRASIL. IV Jornada de Direito Civil. Disponível em <<http://columbo2.cjf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=2016>>. Acesso em: 25 set. 2014

CARVALHO, Gisele Mendes de. CARDOSO, Karla Jezualdo. **Tráfico de Órgãos, Paternalismo Jurídico e Direito à Integridade Moral: A Dignidade Humana tem preço?** Anais do XXII Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2013

DOE ÓRGÃOS, DOE VIDA. Disponível em: <<https://sejadoadordevidas.wordpress.com/page/2/>>. Acesso em: 09 jul. 2015

MONTEIRO, Washington de Barros. **Transplantes de órgãos do corpo humano sob aspectos jurídicos**. RT 389/390

O GLOBO. **Cresce doação de órgãos no Brasil, mas rejeição de famílias ainda é alta**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2015/02/cresce-doacao-de-orgaos-no-brasil-mas-rejeicao-de-familias-ainda-e-alta.html>>. Acessado em: 09 jul. 2015.

REDE DE MOBILIZAÇÃO SOCIAL. **Doação de órgãos: avise sua família se pretende se tornar um doador**. Disponível em <<http://www.mobilizacaosocial.com.br/profiles/blogs/doacao-de-orgaos-avise-sua-familia-se-pretende-se-tornar-um-doador>>. Acesso em 09 jul. 2015;

SAÚDE PLENA. **Brasil dobra o número de doações de órgãos em dez anos**. Disponível em <http://sites.uai.com.br/app/noticia/saudeplena/noticias/2013/09/25/noticia_saudeplena,145638/brasil-dobra-o-numero-de-doacoes-de-orgaos-em-dez-anos.shtml>. Acesso em: 09 jul. 2015



SENADO. País avança no transplante de órgãos, mas fila ainda é grande. Disponível em:
<<http://www12.senado.gov.br/jornal/edicoes/2012/12/04/pais-avanca-no-transplante-mas-fila-ainda-e-grande>>.
Acesso em: 09 jul. 2015

TERRA. Número de doadores de órgãos cresce 22% no Brasil. Disponível em:
<<http://noticias.terra.com.br/brasil/numero-de-doadores-de-orgaos-cresce-22-no-brasil,4d33dc840f0da310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>>. Acesso em 09 jul. 2015.

VEJA. Chiquinho Scarpa não enterra Bentley e diz: “Não sou louco”. Disponível em:
<<http://vejasp.abril.com.br/blogs/terracco-paulistano/2013/09/chiquinho-scarpa-nao-enterra-bentley-e-diz-nao-sou-louco/>>. Acesso em: 28 out. 2014.