A doação de órgãos e a prevalência da vontade do doador ante o conflito familiar*

La donación de órganos y la prevalencia de la voluntad del donante ante un conflicto familiar

Organ donation and the prevalence of the donor's will in the face of family conflict

Renato Braz Mehanna Khamis

Doutor, PPGD em Direito da Saúde (UNISANTA)

Júlio César Lellis

Mestrando, PPGD em Direito da Saúde (UNISANTA)

RESUMO: Contextualização: O presente trabalho se desdobrará sobre qual vontade prevalece quanto à doação de órgãos, se a do doador, quando expressamente registra sua vontade de doar ou não, ou de sua família tenha aquele oficializado ou não, o desejo de doar. ou não doar. **Problema:** O problema decorre de lacuna jurídica, porque embora a disposição sobre o biomaterial humano esteja disciplinada, não há unanimidade quanto à exegese sistemática entre estes mesmos textos legais que não se possa achar tanto em um quanto em outro elementares e circunstância do tipo normativo que assegurem uma ou outra tomada de decisão favorável. **Objetivos:** Objetiva-se análise das divergências do material pesquisado para que se chegue a uma interpretação adequado dos textos legais vigentes e validos no ordenamento jurídico. **Métodos:** Para tanto, busca-se através dos métodos heurísticos exploração qualitativo sob análise da revisão das hipóteses indutiva, utilizando-se da legislação e bibliografias em artigos científicos das principais plataformas da internet. **Resultados:** Ocorre que por uma análise proprietarista de disposição sobre as partes doáveis do corpo humano chega-se ao resultado quanto ao entendimento de respeitar, como regra, a vontade registrada expressamente do doador em vida, sem, contudo, descartar, sob o prisma humanitário, o entendimento, unânime, no sentido de que aqueles textos legais convergem quando, na ausência de manifestação expressa do doador em vida, é a família quem toma a decisão sobre a doação de órgãos post mortem. **Conclusão:** Com efeito, a prevalência da decisão no caso da doação de órgãos, por um lado, retoma a questão da segurança jurídica das relações sociais, que se pautam na validade jurídica das manifestações de vontade conscientes em vida, garantindo-se direitos e obrigações; por outra forma, também se valoriza o direito à vida, como opção de altruísmo e solidariedade, quando garante à família, subsidiariamente, decidir pela doação post mortem quando o doador não se manifestou em vida.

PALAVRAS-CHAVE: Obtenção de Tecidos e Órgãos. Cadáver. Autodeterminação. Direitos Civis

RESUMEN: *Antecedentes: En el presente trabajo se desarrollará sobre qué voluntad prevalece respecto a la donación de órganos, si la voluntad del donante, cuando deja constancia expresa de su voluntad de donar o no, o la de su familia lo ha hecho oficial o no, el deseo de donar o no donar. Problema: El problema radica en una laguna jurídica, pues si bien la disposición sobre biomaterial humano es disciplinada, no existe unanimidad en cuanto a la exégesis sistemática entre estos mismos textos legales que no se encuentra en circunstancias elementales y normativas que aseguren una u otra toma de decisiones favorable. Objetivos: El objetivo es analizar las divergencias del material investigado para llegar a una adecuada*

* Esse trabalho foi apresentado originalmente no V Congresso Internacional de Direito da Saúde, realizado em 19, 20 e 21 de outubro de 2023 na Universidade Santa Cecília (UNISANTA). Em função da recomendação de publicação da Comissão Científica do Congresso, fez-se a presente versão.

interpretación de los textos legales vigentes y vigentes en el ordenamiento jurídico. Métodos: Para ello, se busca a través de los métodos heurísticos la exploración cualitativa bajo el análisis de la revisión de hipótesis inductivas, utilizando legislación y bibliografías en artículos científicos de las principales plataformas de internet. Resultados: Sucede que a través de un análisis propietaria de la disposición de las partes donables del cuerpo humano, se llega al resultado en cuanto a la comprensión de respetar, por regla general, la voluntad expresamente inscrita del donante vivo, sin descartar, sin embargo, desde el punto de vista humanitario, la comprensión unánime en el sentido de que esos textos legales convergen cuando, a falta de una manifestación expresa del donante vivo, Es la familia la que toma la decisión sobre la donación de órganos post mortem. Conclusión: De hecho, la prevalencia de la decisión en el caso de la donación de órganos, por un lado, retoma el tema de la seguridad jurídica de las relaciones sociales, que se basan en la validez jurídica de las manifestaciones de la voluntad consciente en la vida, garantizando derechos y obligaciones; por otro lado, también se valora el derecho a la vida, como opción de altruismo y solidaridad. cuando garantiza a la familia, en su defecto, decidir sobre la donación post mortem cuando el donante no se manifestó en vida.

***PALABRAS CLAVE**: Obtención de Tejidos y Órganos. Cadáver. Autonomía Personal. Derechos Civiles.*

***ABSTRACT:** Background: The present work will unfold on which will prevails regarding organ donation, whether the donor's will, when he expressly registers his will to donate or not, or that of his family has made it official or not, the desire to donate. or not to donate. Problem: The problem stems from a legal lacuna, because although the provision on human biomaterial is disciplined, there is no unanimity regarding the systematic exegesis between these same legal texts that cannot be found in both elementary and normative circumstances that ensure one or another favorable decision-making. Objectives: The objective is to analyze the divergences of the researched material in order to arrive at an adequate interpretation of the legal texts in force and valid in the legal system. Methods: To this end, we seek through the heuristic methods qualitative exploration under analysis of the review of inductive hypotheses, using legislation and bibliographies in scientific articles of the main internet platforms. Results: It so happens that through a proprietarist analysis of the disposition of the donable parts of the human body, the result is reached regarding the understanding of respecting, as a rule, the expressly registered will of the living donor, without, however, discarding, from the humanitarian point of view, the unanimous understanding in the sense that those legal texts converge when, in the absence of an express manifestation of the living donor, It is the family that makes the decision about post-mortem organ donation. Conclusion: In fact, the prevalence of the decision in the case of organ donation, on the one hand, takes up the issue of the legal security of social relations, which are based on the legal validity of the manifestations of conscious will in life, guaranteeing rights and obligations; on the other hand, the right to life is also valued, as an option of altruism and solidarity, when it guarantees the family, in the alternative, to decide on post-mortem donation when the donor did not manifest himself in life.*

***KEYWORDS:** Tissue and Organ Procurement Cadaver. Personal Autonomy. Civil Rights*

Introdução

A manutenção da vida quando à mercê de um órgão que perde parte de sua funcionalidade (por exemplo: hemodiálise) ou na iminência de sua total disfunção (por exemplo: insuficiência cardíaca grave), assim como a melhoria estética (corpo disseminado) e funcional da própria força física, trouxe para as ciências médicas a necessidade de evoluir nos procedimentos biotecnológicos que permitam a disposição do biomaterial humano, tais quais órgãos, tecidos ou células, não apena para garantir a sobrevida, mas como também, em um mundo em que a vaidade prospera como sendo uma referência de saúde física e visual, proporcionar ao corpo humano uma perfeição advinda de partes disponíveis do corpo de uma pessoa a agregar ao corpo de uma outra

em que faltava, em si mesmo, justamente aquela parte faltante para melhor resistência e estética.

Assim sendo, devido a relevância que a doação de órgãos importa para fins de saúde pública, até para que não fosse objeto o corpo humano de mercancia, o legislador começou a disciplinar a disposição sobre partes do corpo humano que pudessem, salutarmente, dele serem destacadas em vida, ou, de maneira proveitosa, *post mortem*, tanto neste caso quanto no outro para a melhoria ou preservação da vida.

Dois aspectos, portanto, a serem observados: primeiro, a segurança jurídica na autonomia de vontade do doador sobre partes de seu corpo que desejasse doar em vida ou após sua morte. Em um segundo momento, o prisma solidário e da preservação da vida humana de terceiros, até que ponto considerar decisiva a vontade da família sobre uma vontade intencional e expressa oficialmente em vida pelo doador que desejou ou não doar partes disponíveis de seu corpo, já dissociadas de sua personalidade (morto); ou mesmo quando, vivo, não se manifestou sobre a vontade ou não de doar?

Portanto saber em que contexto legal se insere a vontade do doador e da família no momento em que ocorre a morte encefálica, para rápida manipulação dos órgãos para fins de transplante, é importante não apenas para garantir que a doação de órgãos se firme como uma atividade lícita, bem vista e querida pela sociedade, mas como também decorra daquele resultado, por um lado, a segurança jurídica das relações intersubjetivas, convalidadas por uma vontade expressa e consciente; e por outro, a conscientização pela tomada de decisão de um ato solidário e altruísta em prol a sobrevivência da vida humana.

O ordenamento jurídico brasileiro, desde o ano de 1963, passou a disciplinar sobre a doação de órgãos através da Lei Especial Lei n. 4.280 de 06/11/1963, a qual foi revogada pela Lei n. 5.479 de 10/8/1968, que foi revogada pela Lei n. 8.489, de 1992, que foi revogada pela Lei revogada n. 9.434, de 1997, a qual vige sob alteração dada pela Lei n. 10.211, de 23/3/2001, regulamentada pelo Decreto n. 9.175, de 2017, sob o auspício da Constituição Federal de 1988.

Ocorre que, mesmo o artigo 199 da Carta sendo uma norma de caráter programática, deixou o constituinte para o legislador ordinário estabelecer os requisitos e condições para o devido transplante de órgãos.

Essa ambiguidade, conforme se observa dos dois textos que se reportam a disciplinar sobre a doação de Órgãos, a Lei Especial vigente de n. 9.434, de 1997 e o Código Civil brasileiro (Lei n. 10.406/2022), dão margem à discussão sobre a vontade manifestada pelo doador em vida quanto à prevalência da legitimidade na tomada de decisão no que tange ao dilema doar ou não doar por ingerência da família após a morte daquele.

Portanto, a dicotomia jurídica entre autonomia da vontade do doador, defendida como prevalente por uns, todavia, sublevada por outros que salvaguardam a decisão da família, é a "pedra de toque" deste trabalho.

Mesmo diante de um conflito aparente de normas sobre o mesmo fato de disposição das partes do corpo do doador, seja pela por parte do legislador, seja pela interpretação da doutrina ou mesmo da jurisprudência, o que se objetiva é traduzir o transplante de órgãos como uma realidade que não é obstada pelas interpretações dos textos legais acima, senão pela ausência de política pública voltada para conscientização de um ato de

benevolência para assegurar a preservação da vida de um ser humano que depende de partes do corpo de uma outra pessoa que daquelas prescinde.

Recentes orientações do Conselho de Justiça Federal de Justiça e Resolução do Conselho Federal de Medicina, corroboram para que se chegue a um posicionamento em que se prestigia a segurança jurídica, com a ressalva subsidiária à família na tomada de decisão, excepcionalmente, garantindo, por um lado, a autonomia em vida sobre a disposição de vontade sobre partes do próprio corpo e de outro, o lado humanitário e solidário na preservação da vida de terceiros, cuja sobrevivência depende doação altruística.

O método científico utilizado é o da revisão bibliográfica, amparada essencialmente nos textos sobre o tema "Doação de Órgãos". O material de pesquisa foram os textos, principal e complementar, referendados na Disciplina de Bioética e Biodireito Sanitário no Mestrado acadêmico em Direito da Saúde, assim como bibliografias em artigos científicos, disponíveis em bases de dados do Google acadêmico, análise de legislação, jurisprudências.

Resultados

Da análise entre a discussão sobre a norma jurídica, há de prevalecer, como disciplina da autonomia da vontade e na tomada de decisão, sobre à doação de órgãos, o conceito de proprietarismo, que leva ao entendimento de uma relação de natureza privada entre o doador e as partes disponíveis sobre seu corpo, cuja segurança jurídica advém das normas gerais previstas no código de direito privado, norteando não apenas o advogado, mas como também o julgador para adequar ao caso concreto a subsunção entre o fato e a norma jurídica de caráter geral; servindo como paradigma na defesa e julgamento das hipóteses, a considerar à disposição do biomaterial humano como direito fundamental personalíssimo doador, o que seria uma relação similar a *propter rem*[1].

Por sua vez, a evolução legislativa sobre a doação de órgãos quando dos primórdios, a autonomia de vontade do doador sempre aparece por prevalente, do que se infere pelo advento do novo Código Civil de 2022 (art. 14, Parágrafo único); todavia, em razão da Lei n. 9.434/1997 (art. 04), que dispõe, expressamente sobre transplante de órgãos, cuja regulamentação se dá pelo Decreto n. 9.175, de 2017 - posterior este ao advento daquele diploma privado - é nítida a divergência entre os dois textos normativos, quanto à prevalência da autonomia de vontade sobre a disposição de partes do corpo após a morte do doador.

Encontramos, por um lado, robustecidos pelo Enunciado 277 do Conselho de Justiça Federal (CJF), aprovado na IV Jornada de Direito Civil, os intérpretes adeptos do entendimento de que prevalece a vontade em vida do doador, para depois da morte, com relação à disposição de partes de seu corpo, somente podendo ingerir a família no caso de silêncio do doador:

[1] Ao contrário das obrigações de direito real, no qual os direitos e direitos acompanham o objeto imóvel de disposição de seu proprietário, aqui se faz entender a relação *propter rem* no sentido de que o biomaterial humano é indissociável da vontade do doador.

> "O artigo 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 artigo 4º da Lei n. 9.434/97 ficou restrita à hipótese de silêncio do potencial doador" (CJF, Res. 277/2006).

Para aqueles mesmos exegetas a Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 1995/2012, teria disciplinado as denominadas Diretivas Antecipadas de Vontade (DAVs) para, justamente, o doador deixar registrado em vida e consciência a sua vontade de disponibilidade dos órgãos, devendo essa decisão predominar sobre a vontade dos familiares, exceto se, por ocasião, o doador já esteja impossibilitado de manifestar sua vontade:

> "Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes... O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições... Considerando...resolve... Art. 1º Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade" (Resolução CFM n. 1.995, de 9 de agosto de 2012).

A contrário sensu, os adeptos da prevalência da vontade familiar como regra na tomada de decisão *post mortem* do doador sobre a disposição de órgãos, fundamentam-se no princípio da legalidade, o qual se sobrepõe a qualquer espécie normativa de cunho administrativo - tais quais o Enunciado e a Resolução supracitados - que queira inovar regras que contrariem o previsto no artigo 4º da Lei n. 9.434/1997:

> "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" (Redação dada pela Lei n. 10.211, de 23.3.2001).

Além do mais, a respeito das DAVs, os mesmos adeptos afirmam que as diretivas não teriam incluído a hipótese de doação de órgãos de sorte que a Resolução n. 1995/2012, iria de encontro à atual Lei de Transplantes, supracitada, que determinou a necessidade de autorização familiar para a doação.

A antinomia jurídica no ordenamento jurídico brasileiro sobre a prevalência da vontade na doação de órgãos *post mortem* é real, não prescindindo, portanto, de uma simbiose legislativa dos dois diplomas legais - um genérico e outro específico - de sorte a garantir o direito fundamental da pessoa humana no que tange à vontade expressa e documentada do doador em vida sobre a disposição de parte de seu corpo doável.

Discussão

O corpo humano é um todo unitário de partes funcionais indissociáveis da personalidade do ser natural, as quais estão intrinsicamente conectadas à dignidade uma vez que justificam a própria existência e são o termômetro de uma saúde física e moral.

Inegável que o pensamento não seja o fio condutor de toda a máquina motora que se expressa, naturalmente, através da autonomia da vontade, razão pela qual o poder que as pessoas exercem sobre o direcionamento do próprio corpo são indissociáveis dos direitos personalíssimos, o que lhes garante o "ser" - sujeito de direitos e obrigações.

Nos primeiros passos da legislação brasileira sobre disposição dos órgãos, partes disponíveis e úteis do ser humano para transplante, o legislador foi de objetiva clareza quanto à prevalência do consentimento expresso do doador e a subsidiariedade da manifestação familiar em casos de omissão daquele quando ainda em vida, relegando à subsidiariedade a intervenção da família o que se constata do artigo 1º da Lei n. 4.280 de 06/11/1963:

> "Art. 1º É permitida a extirpação de partes de cadáver, para fins de transplante, desde que o de cujus tenha deixado autorização escrita ou que não haja oposição por parte do cônjuge ou dos parentes até o segundo grau, ou de corporações religiosas ou civis responsáveis pelo destino dos despojos". (grifo nosso)

No próprio texto da Lei revogadora, subsequente, de n. 5.479 de 10/8/1968, também se previu o consentimento expresso do doador e a subsidiariedade da manifestação familiar em casos de omissão daquele quando ainda em vida:

> "Art. 3º A permissão para o aproveitamento, referida no art. 1º, efetivar-se-á mediante a satisfação de uma das seguintes condições: I - Por manifestação expressa da vontade do disponente; (...) III - Pela autorização escrita do cônjuge, não separado, e sucessivamente, de descendentes, ascendentes e colaterais, ou das corporações religiosas ou civis responsáveis pelo destino dos despojos..." (grifo nosso)

Com o advento da Carta de 1988, a vontade do doador sobre a disposição de seus órgãos foi recepcionada no §4º do artigo 199, determinando, de certa forma, que o legislador ordinário, passasse a estabelecer critérios para "facilitar a remoção de órgãos", crendo-se que fosse no aspecto de desenvolvimento de política pública específica para garantir eficiência de todo um processo transplantar, posterior a vontade expressa do doador, já delineada no bojo da legislação vigente.

> "Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. [...] § 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização". (grifo nosso)

Nesse mesmo diapasão, a Lei posterior e revogadora, n. 8.489 de 18/11/1992, foi mais longe ao tornar necessário o consentimento expresso do doador, quando em vida, através de documento pessoal e oficial, para efetiva doação *post mortem*, devendo apontar, ainda, qual ou quais partes do corpo, especificamente, desejaria que fossem ou que viessem a ser objeto de doação, intervindo a família com a vontade subsidiária e no caso de omissão:

> "Art. 3° A permissão para o aproveitamento, para os fins determinados no art. 1° desta lei, efetivar-se-á mediante a satisfação das seguintes condições: I - por desejo expresso do disponente manifestado em vida, através de documento pessoal ou oficial; II - na ausência do documento referido no inciso I deste artigo, a retirada de órgãos será procedida se não houver manifestação em contrário por parte do cônjuge, ascendente ou descendente". (grifo nosso)

Mesmo a atual lei vigente sobre a disposição de órgãos, de n. 9.434, de 04/2/1997, antes das alterações feitas pela Lei 10.211/2001, evidenciava o instituto da autonomia da vontade – seja pelo texto original do artigo 4º deste diploma legal, seja pelo advento das medidas provisórias que também alteraram o mesmo artigo subsequentemente, ainda que fosse para registrar a tomada de decisão contrária a presunção *jure et jure* no caso de ausência de manifestação do doador:

> "Art. 4º Salvo manifestação de vontade em contrário, nos termos desta Lei, presume-se autorizada a doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, para finalidade de transplantes ou terapêutica post mortem". (grifo nosso)
>
> "Art. 1º O art. 4o da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo: (...) "§ 6º Na ausência de manifestação de vontade do potencial doador, o pai, a mãe, o filho ou o cônjuge poderá manifestar-se contrariamente à doação, o que será obrigatoriamente acatado pelas equipes de transplante e remoção" (NR) Medida provisória n. 1.959-26, de 22 de setembro de 2000 (Reeditada pela Medida Provisória n. 1.959-27, de 2000).

A partir da Medida Provisória n. 2.083-32, de 22/2/2001, convertida na Lei n. 10.211, de 2001, foi que o artigo 4º da Lei n. 9.434, de 4/2/1997 passou dar prevalência à vontade familiar como determinante da tomada de decisão quanto à disposição de partes do corpo do doador *post mortem* independentemente de sua vontade:

> "Art. 4º A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas, para transplante ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização de qualquer um de seus parentes maiores, na linha reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, ou do cônjuge, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte".

Não titubeou o legislador de prestigiar a vontade da família em detrimento à vontade do potencial doador, ainda que, em vida, registrasse sua vontade formal e oficialmente de doar partes de seu corpo, deixando cara essa opção legislativa ao vetar o

parágrafo único, incluído pela mesma Lei n. 10.211, de 23/3/2001, ao dispor, nas razões de veto que:

> "A inserção deste parágrafo induz o entendimento que, uma vez o potencial doador tenha registrado em vida a vontade de doação de órgãos, esta manifestação em si só seria suficiente como autorização para a retirada dos órgãos. Isto além de contrariar o disposto no caput do art. 4º a autorização familiar contraria a prática da totalidade das equipes transplantadoras do País, que sempre consultam os familiares (mesmo na existência de documento com manifestação positiva de vontade do potencial doador) e somente retiram os órgãos se estes, formalmente, autorizarem a doação".

No entanto, a superveniência do novo Código Civil em 2002, pela inserção do artigo 14 e parágrafo único, reviveu-se, no ordenamento jurídico, a vontade do doador como única para expressar o desejo de doar partes de seu corpo:

> "Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte. Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo".

Ao amparo dessa nova previsão e diante da antinomia jurídica entre esta última (artigo 14 do Código Civil) e a Lei especial (artigo 4º da Lei n. 9.434/1997), a jurisprudência, representada pelo Conselho da Justiça Federal (CJF) estabeleceu a seguinte exegese, durante a IV Jornada de Direito Civil, através da edição do Enunciado 277, *in verbis*:

> "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."

Por fim, na algibeira deste entendimento jurisprudencial, prestigiando a vontade manifesta do doador por sua declaração em vida, sobreveio a Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 1995/2012, que estabeleceu a forma através da qual, formalmente, se garante a manifestação legítima do doador em vida para que possa produzir efeitos jurídicos, disciplinando as chamadas Diretivas Antecipadas de Vontade (DAVs), através das quais aquele deixa registrado em vida e consciente a sua vontade de disponibilidade dos órgãos, devendo essa decisão predominar sobre a vontade dos familiares.

Ocorre que não deixou os adeptos da prevalência da vontade familiar sobre a disposição dos órgãos do doador *post mortem* criticarem a Resolução supracitada, dentre vários argumentos, o de que esta última iria de encontro à atual Lei de Transplantes que determinou a necessidade de autorização familiar para a doação, não tendo condão, por ser uma espécie normativa de natureza administrativa, sobrepor-se à espécie normativa de natureza *lato sensu*, sob pena de afronta ao direta princípio da legalidade, razão pela qual não poderiam as DAVs serem interpretadas para inovar os termos da lei especial que disciplina sobre a doação de órgãos e retirar da vontade da família o poder de decisão.

Ato contínuo, o que se pode observar pela tramitação no Congresso Nacional de cerca de mais de 51 (cinquenta e um) Projetos de Lei a respeito da regulamentação da doação de órgãos, é a tendência a prevalência da vontade expressa do doador em vida sobre à disposição de órgãos, tecidos e partes do corpo e, no caso de ausência de manifestação expressa e válida daquele, a doação será presumida, salvo manifestação contrária da família, pelo que se observa a seguir:

> "PL 3.643/2019 (n. anterior: PLS 453/2017) EMENTA: Altera o caput do art. 4º da Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, a fim de tornar explícito que o consentimento familiar, no caso de doação de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para depois da morte, só se faz necessário quando o potencial doador não tenha, em vida, se manifestado expressa e validamente a respeito." (grifo nosso)
>
> "PL 3.176/2019: Ementa: Altera a Lei n. 9.434/97 e a Lei n. 8.072/90, para tornar presumida a doação de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, tornar hediondos os crimes que específica, permitir campanhas para arrecadação de fundos para financiamento de transplante ou enxerto e dá outras providências." (grifo nosso)
>
> "PL 1774/2023: (apensado ao PL 10733/2018 que está apensado ao PL3643/2019), Ementa: Altera a Lei n. 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 e dá outras providências, para instituir a doação presumida de órgãos, salvo manifestação de vontade em contrário, nos termos desta Lei." (grifo nosso)

Não é nenhum presságio afirmar que a médio prazo o ordenamento jurídico não mais terá dúvidas sobre a vontade prevalente e primária do doador sobre a disposição de partes de seu corpo a serem transplantados em outrem, ratificando o disposto no artigo 14 e parágrafo único do Código Civil, uma vez que resulta daquele *caput* e respectivo parágrafo a disposição da vontade como requisito de validade da doação de órgãos *post mortem.*

De outra maneira, a vontade do doador será presumida, por direito (*jure et jure*) quando não dispuser, expressamente, sobre sua intenção de não doar de sorte que sequer a família poderá dispor em sentido contrário à ausência daquela manifestação.

A família deixa de ter a responsabilidade pela decisão de transplante de órgãos, seja pela afirmação do doador em vida, seja no caso de omissão deste último, passando o legislador a prever a presunção líquida e certa da doação de partes do corpo como regra na ausência da tomada de decisão em vida por parte daquele primeiro.

Enfim mesmo flexibilizando-se a legislação para aumentar a oferta do biomaterial humano e diminuir as extensas filas de espera, como já se viu de outrora, capital importância se vislumbra na adoção de política pública específica para o aceite, como regra, da doação de órgãos *jure et jure* como um fato da vida social corriqueiro e estabelecido como regra de presunção.

Daí porque cabe ao Estado dar efetividade a norma jurídica através de uma série de medidas sociocultural-educativas para que a doação de órgãos se insira no âmago das pessoas e se revele não por omissão, mas sim através de uma vontade expressa e

oficialmente elaborada para que se tenha maior segurança jurídica em todo o procedimento de transplante de órgãos.

Considerações finais

O prolongamento do tempo e qualidade de vida é uma realidade concreta que se aperfeiçoou nos últimos tempos em vista do aprimoramento no processo de transplantes de órgãos humanos, através das novas técnicas de cirurgias proporcionadas pela medicina.

Em razão da relevância social que atende os transplantes de órgãos do corpo humano e para garantir a máxima segurança na relação de disposição entre o doador e partes de seu corpo para a doação, o ordenamento jurídico, através da Constituição, não apenas assegura a remoção e transplantes de órgãos, mas como também determina que a Lei estabeleça condições e requisitos que facilitem todo o procedimento.

Existe, por enquanto, um conflito aparente de normas que se revela na antinomia jurídica decorrente, por um lado, de norma prevista em Lei Especial que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e, por outro, da previsão genérica do Código Civil, a disposição do corpo para depois da morte, podendo a qualquer momento ser revogada aquela vontade.

Neste diapasão, a jurisprudência e doutrina majoritária interpretam que o artigo 14 do Código Privado dá prevalência à vontade expressa do doador em vida em detrimento ao arredio entendimento da corrente contrária que sustenta ofensa à legalidade carrear para família a tomada de decisão subsidiária, tão-somente no caso de omissão do doador.

Com o aumento da fila de receptores em busca de órgãos para sua sobrevivência e a escassez de doadores, o legislador estabelece como condição e requisito de facilitação aos transplantes de partes do corpo humano, a presunção *jure et jure* da vontade de doar em caso de ausência de manifestação declarada do doador, saindo do cenário jurídico a ingerência da vontade da família deste último em qualquer hipótese.

Ressente-se, contudo, de *lege ferenda* política pública específica para informar toda a coletividade de pessoas, desde o entendimento primário nas escolas até os ensinos superiores, alcançando, ainda, todas as aquelas inseridas no mercado de trabalho e demais castas sociais para que se estabeleça na maioria a vontade de doar livre e expressamente como uma atitude altruísta para com o seu próximo, e mínima seja a indiferença para com aqueles que, neste momento, dependem da solidariedade humana, em abdicação do desprendimento material do corpo, para continuarem a viver dignamente.

Referências

BRASIL. **Lei n. 4.280, de 06 de novembro de 1963**: Dispõe sobre a extirpação de órgão ou tecido de pessoa falecida. Brasília, DF, [1963]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4280.htm. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL**. Lei n. 5.479 de 10/8/1968**: Dispõe sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes de cadáver para finalidade terapêutica e científica, e dá outras providências. Brasília, DF, [1968]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l5479.htm . Acesso em:15 out. 2023.

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, [1992]. Disponível em: https://legislacao.presidencia.gov.br/. Acesso em:15 out. 2023.

BRASIL. **Lei n. 9.434, de 04 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, [1997]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htmAcesso em:15 out. 2023.

BRASIL. **Decreto n. 9.175 de 18 de outubro de 2017**: Regulamenta a Lei n. 9.434/1997, para tratar da disposição de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Brasília, DF, [2017]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br. Acesso em:15 out. 2023.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF, [2002]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em:15 out. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 15.out. 2021.

DA SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. Editora Revista dos Tribunais, 1982.

DE MORAES AMAZONAS, Martha Alves et al. Doação de órgãos: dilemas dos familiares na doação de órgãos. **Revista Eletrônica Acervo Saúde**, v. 13, n. 1, p. e5871-e5871, 2021.

MANRIQUE, Ricardo García. **La propriedad sobre las partes separadas del cuerpo: un test para el enfoque proprietarista. Revista de Bioética e Derecho**, Barcelona, n. 40, pp. 49-61, jul., 2017. Disponível em: http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/19162/21616>. Acesso em: 03 fev. 2018.

MARQUES, Thammara Vieira et al. **Doação e transplante de órgãos post mortem: um estado da aplicação do princípio da autonomia da vontade do doador**. 2018.

MAYNARD, Lorena Oliveira Dantas; LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira; LIMA, Yara Oyram Ramos; COSTA, Ediná Alves. **Os conflitos do consentimento acerca da doação de órgãos *post mortem* no Brasil.** Revista de Direito Sanitário, São Paulo, vol. 16, n. 3, pp. 122-144, nov.-fev., 2015. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/111657/109688>. Acesso em: 08 fev. 2018

WIEGAND, Bárbara Bowoniuk; VENTURI, Thaís Gouveia Pascoaloto. **Autonomia privada e doação de órgãos e tecidos: vontade do doador versus vontade da família**. Percurso, v. 2, n. 17, p. 195-217, 2015.