

# O CONFLITO ENTRE A AUTONOMIA DA VONTADE DO DOADOR E O PODER DE DECISÃO DA FAMÍLIA NAS DOAÇÕES *POST MORTEM*

## *THE CONFLICT BETWEEN THE AUTONOMY OF THE DONOR'S WILL AND THE POWER OF DECISION OF THE FAMILY IN POST MORTEM DONATIONS*

SANTOS, Mariana Dias (1); JACOB, Alexandre (2); DINIZ, Murilo Pinheiro (3)

(1) Graduanda em Direito. Unipac Aimorés. E-mail: marianadias.86@gmail.com

(2) Orientador. Unipac Aimorés. E-mail: alexandre.jacob10@gmail.com

(3) Coorientador. Unipac Aimorés. E-mail: murilostrauss@gmail.com

### RESUMO

Este trabalho aborda o dilema que ocorre quando a vontade do doador é conflitante com a vontade de seus familiares a respeito da doação e transplante de órgãos *post mortem*. O artigo inicia analisando a evolução e consequentes mudanças ocorridas na legislação brasileira acerca da doação de órgãos ao longo do tempo. Em seguida é feita uma análise da atual lei que regulamenta o tema, destacando os pontos conflitantes com o disposto no Código Civil, investigando como é possível se tornar doador de órgãos no Brasil. Logo após, analisam-se formas de garantir que a vontade do doador seja respeitada. Através de pesquisa de campo por meio de questionário anônimo, observa-se o grau de aceitação dos participantes quanto a doação de órgãos, bem como analisa os principais motivos de não ser doador e identifica as razões pelas quais, em caso de morte encefálica há a recusa dos familiares em autorizar a retirada de órgãos para fins de doação do ente falecido.

**Palavras-chave:** Doação de órgãos. Autonomia da vontade do doador. Poder de decisão da família.

### ABSTRACT

*This work brings the dilemma that, when it is at ease, donor is conflicting with the will of their relatives in relation to donation and post-mortem transplant. The article begins analysis and consequence of changes in Brazilian legislation on donation over time. The following is an analysis of the current law, with the purpose of making public the code of conduct in Brazil. Soon afterwards, ways of ensuring that the donor's will is respected are analyzed. Through a field survey by the name of anonymous, the degree of adherence of participants to the organization of an organ is analyzed, as well as the main reasons for not being a donor and identify as a person by which, in case of brain death The refusal of relatives to authorize the withdrawal of organs for donation purposes was made.*

**Keywords:** Organ donation. Autonomy of the donor's will. Family decision makingpower.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda o tema da doação e do transplante de órgãos *post mortem* no ordenamento jurídico brasileiro, com enfoque em um eventual dissenso

entre a autonomia da vontade do doador e o poder de decisão da família nas doações *post mortem* no Brasil, tendo em vista haver, *a priori*, um conflito de regras regulamentadoras do tema em voga.

Muitas pessoas têm o desejo de dispor de seus órgãos para depois de sua morte, com o objetivo de ajudar outras pessoas ou, até mesmo, colaborar com a ciência e a pesquisa. Tal vontade é garantida constitucionalmente, tamanha sua relevância, estando prevista em nossa Magna Carta no artigo 199, § 4º, bem como no Código Civil de 2002 em seu artigo 14, sendo o tema regulamentado atualmente pela Lei nº 9.434/97 que “dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências”.

Dito isso, observa-se que a supracitada lei em seu artigo 4º concede à família do doador, o pleno poder de decidir sobre a retirada de órgãos e tecidos para transplantes, conquanto o Código Civil expressamente outorgue ao próprio indivíduo o direito de dispor de seu corpo, *in verbis*: “Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte”.

Diante dessa antinomia jurídica e, sobrevindo uma possível discordância entre a vontade do doador e a vontade da família, qual das vontades deve prevalecer? A solução da problemática supõe a observância do Enunciado nº 277 do Conselho da Justiça Federal (CJF) na IV Jornada de Direito Civil, no qual dispõe que o Art. 4º da Lei nº 9.434/97 somente deve ser aplicado nos casos de não haver manifestação expressa do doador em vida.

A pesquisa tem como escopo a análise de métodos que possam garantir efetivamente que a vontade do doador seja respeitada por seus familiares após a sua morte. Deste modo, tal estudo busca investigar os pontos conflitantes sobre o tema em comento no ordenamento jurídico brasileiro, bem como examinar se há garantia de que a vontade do *de cuius* será respeitada pelos familiares e, ainda, compreender os aspectos que motivam a recusa da família quanto à doação dos órgãos do falecido.

Trata-se de pesquisa descritiva e exploratória na forma de levantamento bibliográfico. As fontes primárias da pesquisa são a Constituição da República (1988), o Código Civil (2002) e a Lei nº 9.434 (1997). São fontes secundárias as obras de Maria Helena Diniz (2016), Carlos Roberto Gonçalves (2017) e Pablo Stolze Gagliano

e Rodolfo Pamplona Filho (2017). Os sujeitos da pesquisa foram não-doadores, os possíveis doadores e familiares dos possíveis doadores.

## 2 REFERENCIAL TEÓRICO

### 2.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEGISLAÇÃO

A doação de órgãos no Brasil foi disciplinada pela primeira vez em 1963 com a edição da Lei nº 4.280/1963, que tratava sobre “a extirpação de órgão ou tecido de pessoa falecida”. A citada lei garantia ao doador a autonomia para dispor de seus órgãos após a morte, desde que tal vontade tivesse sido feita expressamente em vida.

Ainda de acordo com a Lei nº. 4.280/1963, caso o *de cujus* tivesse sido omissivo em vida com relação ao seu consentimento acerca da doação, esta ainda seria possível se não houvesse oposição por parte do cônjuge ou dos parentes até o segundo grau, ou de corporações religiosas ou civis responsáveis pelo destino dos despojos.

O que se extrai dessa primeira análise é que o legislador buscou priorizar a vontade do doador, deixando em caráter subsidiário a vontade dos familiares. Porém, além de tal lei regulamentar apenas a doação *post mortem*, a mesma também não vedava explicitamente a disposição não gratuita de órgãos.

Em agosto de 1968 a Lei nº 5.479/68 entrou em vigor, revogando totalmente a anterior, porém, a citada lei também consagrava ao doador todo o direito de dispor de seus órgãos, aplicando a vontade da família apenas quando da omissão desse. Contudo, o novo diploma legal trouxe grande inovação ao proibir expressamente a disposição onerosa de partes do corpo, bem como ao prever que a realização do transplante somente ocorreria após esgotados todos os meios de tratamento.

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88, a doação e o transplante de órgãos passou a ser matéria constitucional, sendo a comercialização dos mesmos vedada de forma expressa em seu texto no Art. 199, §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”.

O parágrafo 4º do Art. 199 da CRFB/88 trata-se de uma norma constitucional de eficácia limitada, ou seja, exige que o legislador infraconstitucional regulamente o tema por meio de lei específica. Para atender a tal exigência, foi editada a Lei nº 8.489/1992, sem muitas novidades com relação às leis anteriores.

Entretanto, no que tange a forma em que o doador poderia manifestar sua vontade, previu em seu art. 3º, inciso I, como condição para efetivação do transplante, que o desejo expresso do disponente deveria ser “manifestado em vida, através de documento pessoal ou oficial”, enquanto nas leis anteriores o legislador fazia menção tão somente a “manifestação expressa” ou “autorização por escrito”.

Mais uma vez a lei de transplantes foi ineficaz para aumentar o número de doações de órgãos no Brasil. Diante disso, editou-se uma nova lei para regulamentar o tema, qual seja, a Lei nº 9.434/97, que atualmente é a que vigora no país. A referida lei, apesar do grande avanço trazido por meio da exigência de diagnóstico de morte encefálica como requisito essencial para procedência da doação, causou espanto à população ao instituir, pela primeira vez no Brasil, a doação presumida.

A primeira redação do artigo 4º da Lei nº. 9.434/97 era a seguinte: “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*”. Deste modo, qualquer pessoa era um doador em potencial no caso de morte encefálica e, para que isso não ocorresse, seria necessário registrar a recusa no documento de identidade civil ou na carteira nacional de habilitação (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 163).

Tal disposição legal fez com que uma grande parcela da população procurasse as repartições competentes e registrassem em seus documentos pessoais a opção de “não-doador”. Devido à grande repercussão e à notável recusa da população em aceitar a imposição legal, foi instituída a Medida Provisória nº 1.959/2000 alterando a Lei nº. 9.434/97. Assim, era novamente necessária a manifestação expressa do doador para fins de transplantes.

Em 2001 a Medida Provisória nº. 1.959 foi convertida na Lei nº. 10.211, alterando alguns dispositivos da Lei nº. 9.434/97, entre eles o artigo 4º, que passou a ter a seguinte redação:

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 (BRASIL, 1997).

Desta forma, afirmam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, que se abandona o sistema da autorização presumida, passando a se exigir a autorização dos familiares nos casos em que o *de cuius* for omissivo quanto a doar seus órgãos. Caso a pessoa se manifestar contrariamente em vida, Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 195) diz ser impossível a doação, mesmo que a família proceda à autorização.

## 2.2 A DOAÇÃO DE ÓRGÃOS NA ATUAL LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Atualmente a doação de órgãos no Brasil, além de ser matéria de ordem constitucional e ser regulamentada pela Lei nº 9.434/97 (com alterações feitas pela Lei nº 10.211/01), também ganhou espaço no Código Civil de 2002 que, segundo Maria Helena Diniz, consagra em seu Art. 14 e parágrafo único o “Princípio do Consenso Afirmativo” (DINIZ, 2016, p. 144).

Todavia, o assunto virou uma controvérsia jurídica, já que a Lei de Transplantes, como já citado acima, priorizou a vontade da família ao condicionar a retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo do ente falecido à autorização dos familiares, obedecida a linha sucessória, o que vai de encontro com o que em 2002 estabeleceu o Código Civil.

O legislador ao assegurar a liberdade de dispor do próprio corpo após a morte como um direito da personalidade, nitidamente optou por privilegiar o próprio indivíduo, inclusive garantindo a possibilidade de mudança de posicionamento ao longo de sua vida, quando no parágrafo único do artigo 14 estabeleceu que o ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Diante dessa antinomia jurídica, o Conselho de Justiça Federal (CJF), na IV Jornada de Direito Civil, aprovou o Enunciado nº 277 que dispõe:

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 nº. 9.434/97 ficou restrita à hipótese de silêncio do potencial doador (CJF, 2006).

À vista disso, depreende-se que a aplicação do artigo 4º da Lei de Transplantes tem caráter subsidiário, na medida que primeiramente deve ser aplicado o disposto no Código Civil em seu artigo 14, ou seja, a vontade do doador mais uma vez foi priorizada com relação à vontade dos familiares, sendo esta aplicada apenas no caso do silêncio do potencial doador.

Entretanto, na prática, esse entendimento do Conselho de Justiça Federal não é aplicado quando do diagnóstico de morte encefálica de um potencial doador, visto que em nenhuma hipótese a entrevista familiar é descartada e que, de acordo com dados do Ministério da Saúde, apenas 56% das famílias entrevistadas aceitam doar os órgãos do ente falecido.

### **2.2.1 Como Ser Doador de Órgãos no Brasil**

Atualmente no Brasil, nos termos da legislação vigente, nenhuma declaração feita em vida é necessária ou válida para que efetivamente a vontade de doar seja respeitada após o falecimento do potencial doador. Desta forma, as declarações que constam nos documentos de identidade, nas carteiras de habilitação e até mesmo nas carteirinhas de doador não são válidas. Não existe em nosso país nenhum cadastro de doadores, e nem mesmo por meio de testamento é possível validar a vontade de doar os órgãos após a morte, de acordo com a Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos (ABTO).

Antônio Cantero Gimenes (2015, p. 127) cita a decisão da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, em sede da apelação nº 0013044-15.2009.8.26.0053, na qual se discutiu a legalidade da retirada de órgão sem a autorização da família. Tal ação foi proposta pela genitora do *de cuius*, que alegou que as córneas de seu filho falecido no ano de 2006 foram retiradas e doadas sem autorização. Os requeridos foram condenados ao pagamento de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de danos morais.

Diante disso, resta claro que a única forma de ser um doador *post mortem* é conversar com os familiares e expressar claramente o desejo de doar seus órgãos após a morte, pois de acordo com a Lei nº. 9.434/97, apenas a família pode autorizar a doação dos órgãos de pessoa falecida em caso de morte encefálica. Assim, a família é parte legítima para pleitear em juízo indenização por danos morais, caso seja

realizada a retirada de órgãos do falecido sem sua autorização. Entretanto, é possível que ocorra um conflito de vontades, caso o doador manifeste em vida seu desejo de doar e, após sua morte a família decida por não doar.

### 2.3 AUTONOMIA DA VONTADE DO DOADOR X VONTADE DA FAMÍLIA

No Brasil atual há um grande esforço do governo em realizar campanhas em prol da conscientização da população sobre a doação de órgãos. O tema tem estado cada dia mais presente na mídia, tanto em propagandas promovidas pelo Ministério da Saúde, quanto em telenovelas, bem como em sites oficiais do governo, ganhando espaço até mesmo nos órgãos judiciários, como exemplo o programa “Doar é legal” coordenado nacionalmente pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e executado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Programas como o “Doar é legal” tem por escopo conscientizar mais pessoas a se tornarem doadores de órgãos e frisam sempre que é preciso informar o desejo de doar à família e fazem um apelo: “Se você tem um parente doador, respeite a vontade dele”. Através da página desse programa é possível emitir uma certidão que atesta a vontade de doar, que poderá inclusive ser compartilhada nas redes sociais como o *Facebook*, no intuito de informar aos familiares e amigos a decisão de ser doador.

Todavia, como já visto, essa certidão não possui validade jurídica, pois não existe no Brasil nenhum documento válido para expressar a vontade de ser doador após a morte. De acordo com o entendimento doutrinário à luz do que dispõe a lei de transplantes, nem mesmo o testamento é instrumento válido para dispor de seus órgãos após a morte, ainda que o artigo 1.857 do Código Civil, em seu parágrafo segundo disponha que: “São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado” (BRASIL, 2002).

Deste modo, demonstra-se que caso haja conflito de vontades entre o desejo manifestado em vida pelo doador e a decisão da família quando da entrevista após a constatação da morte encefálica do indivíduo, prevalecerá a decisão da família. Ainda que isso vá de encontro com o Enunciado 277 do CJF que deixou claro: “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”.

## 2.3 COMO GARANTIR QUE A VONTADE DO DOADOR SEJA CUMPRIDA

### 2.3.1 Das Diretivas Antecipadas de Vontade

As DAVs surgiram por meio da Resolução nº 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina (CFM), e estão definidas em seu artigo 1º 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” (CFM, 2012).

A publicação da citada resolução do CFM, despertou novas discussões em relação aos conflitos de consentimento para a doação de órgãos *post mortem* no Brasil. Para alguns autores, as DAVs seriam um instrumento eficiente para expressar a vontade da pessoa que escolhe doar ou não seus órgãos, e que tal decisão deve prevalecer sobre a vontade da família (MAYNARD, 2015, p. 134).

Não obstante, Luciana Dadalto acredita não ser possível tratar sobre a doação de órgãos *post mortem* por meio das DAVs devido ao que dispõe o artigo 4º da Lei 9.434/1997 e assevera:

Ou seja, segundo esta lei a vontade dos parentes se sobrepõe à vontade do paciente, indo, portanto, de encontro ao fundamento das DAV: o respeito à vontade do paciente. Com isso, reafirma-se aqui posição já assumida em trabalho anterior, de que a disposição sobre doação de órgãos em uma DAV brasileira geraria choque de institutos e, além disso, desnaturaria as DAV, haja vista que são, por essência, negócio jurídico, com efeito *inter vivos*, cujo principal objeto é garantir a autonomia do sujeito quanto aos tratamentos a que será submetido em caso de terminalidade da vida (DADALTO *et al*, 2013).

Assim sendo, por mais que as DAVs se mostrem como uma opção interessante no que tange a manifestação da vontade do paciente e por mais que em alguns países seja instrumento válido para dispor sobre a doação de órgãos *post mortem*, no Brasil não é possível tratar do assunto por meio das Diretivas Antecipadas de Vontade por contrariar a legislação atual.

### 2.3.2 Das Disposições Testamentárias



O Código Civil de 2002 estabelece em seu artigo 1.857: "Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte". O testamento, todavia, além de tratar sobre questões patrimoniais, pode versar, como ato de última vontade, sobre diversos outros assuntos, assevera Washington de Barros Monteiro, inclusive quanto a disposição do próprio corpo após a morte.

Para Caio Mário da Silva Pereira, por testamento é possível dispor do próprio corpo, no todo ou em parte, o que está em harmonia com o que dispõe o parágrafo segundo do citado artigo, *in verbis*: "§2º São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado".

De acordo com o autor, uma das características principais do testamento é ser uma disposição de última vontade, sendo esta a própria razão da feitura do ato, que se destina a produzir efeitos *post mortem*, traduzindo o legítimo desejo do testador. Dessa forma, o testamento configura instrumento hábil para dispor sobre a doação de órgãos após a morte do testador (PEREIRA, 2017).

Diante disso, conforme a análise dos dispositivos legais do Código Civil supracitados e em conformidade com o entendimento doutrinário majoritário, entende-se ser plenamente possível dispor dos órgãos para fins de doação *post mortem*.

Porém, pode não configurar um meio eficaz para tal ato, diante da formalidade intrínseca da abertura do testamento e da difícil dinâmica do processo de doação, considerando o tempo de isquemia de cada órgão e, ainda, o tempo de locomoção até o receptor.

### **3 PESQUISA E ANÁLISE DE DADOS**

#### **3.1 DADOS ATUAIS DE DOAÇÕES DE ÓRGÃOS NO BRASIL**

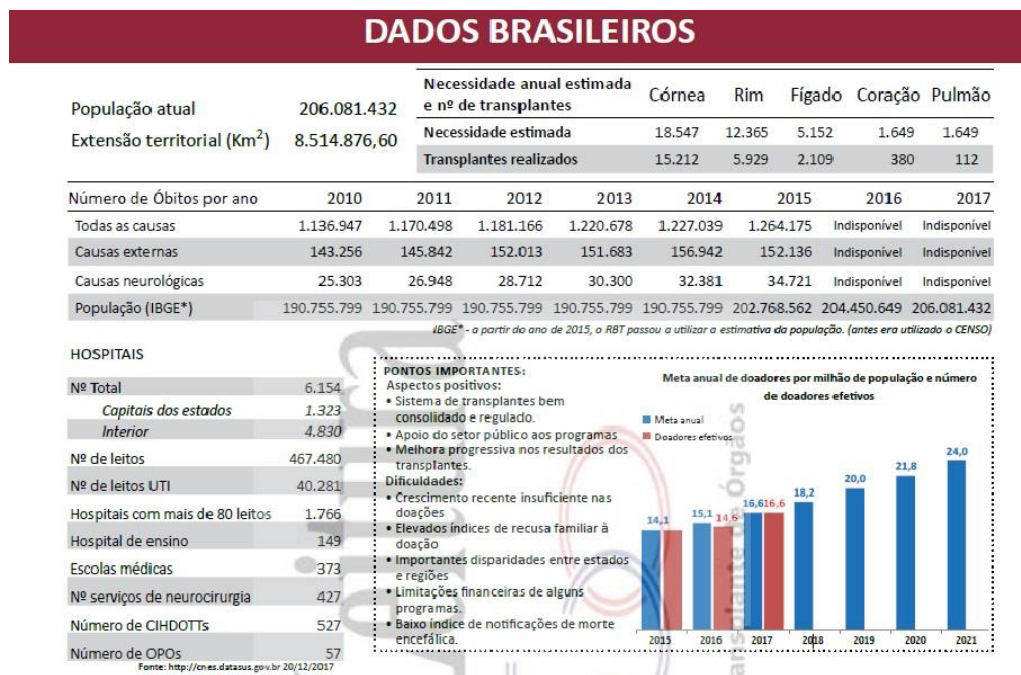
De acordo com os dados do Registro Brasileiro de Transplantes (RBT), veículo oficial da ABTO, no primeiro trimestre de 2018 houve uma leve diminuição na taxa de doadores efetivos com relação ao ano de 2017, e isso faz com que a meta prevista para 2018 fique mais distante de ser alcançada. Essa diminuição, porém, já era esperada diante da publicação de uma nova resolução do Conselho Federal de

Medicina (CFM), que passou a exigir a capacitação específica dos médicos para a determinação da morte encefálica.

Ainda conforme os dados da RBT, entre janeiro e março de 2018, houve 2613 notificações de potenciais doadores no Brasil, ou seja, pacientes que tiveram morte encefálica nesse período. Dentre esses, 1772 foram considerados não doadores e apenas 841 doadores efetivos, sendo 736 o número de doadores cujos órgãos foram de fato transplantados. No período em análise, das 1566 entrevistas realizadas com os familiares de potenciais doadores, 637 foi o número de recusas, o que representa ainda um alto índice, cerca de 41% dos entrevistados se apresentam desfavoráveis à doação.

A seguir pode-se visualizar alguns dados brasileiros de transplantes e doações, apresentados no informativo da RBT, a. 23, n. 4, sobre o dimensionamento dos transplantes no Brasil.

**Gráfico 1 – Dados brasileiros de transplantes e doações de órgãos**



Fonte: RBT, 2017.

Dentre as dificuldades apresentadas no gráfico 1, está o crescimento recente insuficiente nas doações e o elevado índice de recusa familiar à doação.

Alguns estudos publicados analisaram os principais motivos da aceitação ou recusa da família em doar os órgãos do ente falecido, sendo certo que as razões para

permitir a doação estão no fato de a família sentir-se confortável por ajudar outras pessoas que estão à espera de um órgão, entendendo que a morte do ente não foi totalmente em vão, dando um significado à morte do familiar, além do fato de o indivíduo ter manifestado em vida o desejo de doar (GARCIA, 2015, p. 72).

Em contrapartida, os motivos que justificam a recusa da família são diversos, dentre os quais destacam-se o desconhecimento do conceito de morte encefálica, que acarreta a não aceitação de que o ente querido de fato está morto, bem como a insegurança do profissional que solicita a doação, além do horário e local inapropriados para a solicitação diante da situação de fragilidade em que se encontram devido à perda.

Ademais, os estudos também apontaram como justificativa à recusa familiar a proibição por sua religião e também, uma questão de suma importância, o desconhecimento da vontade do falecido (GARCIA, 2015, p. 72).

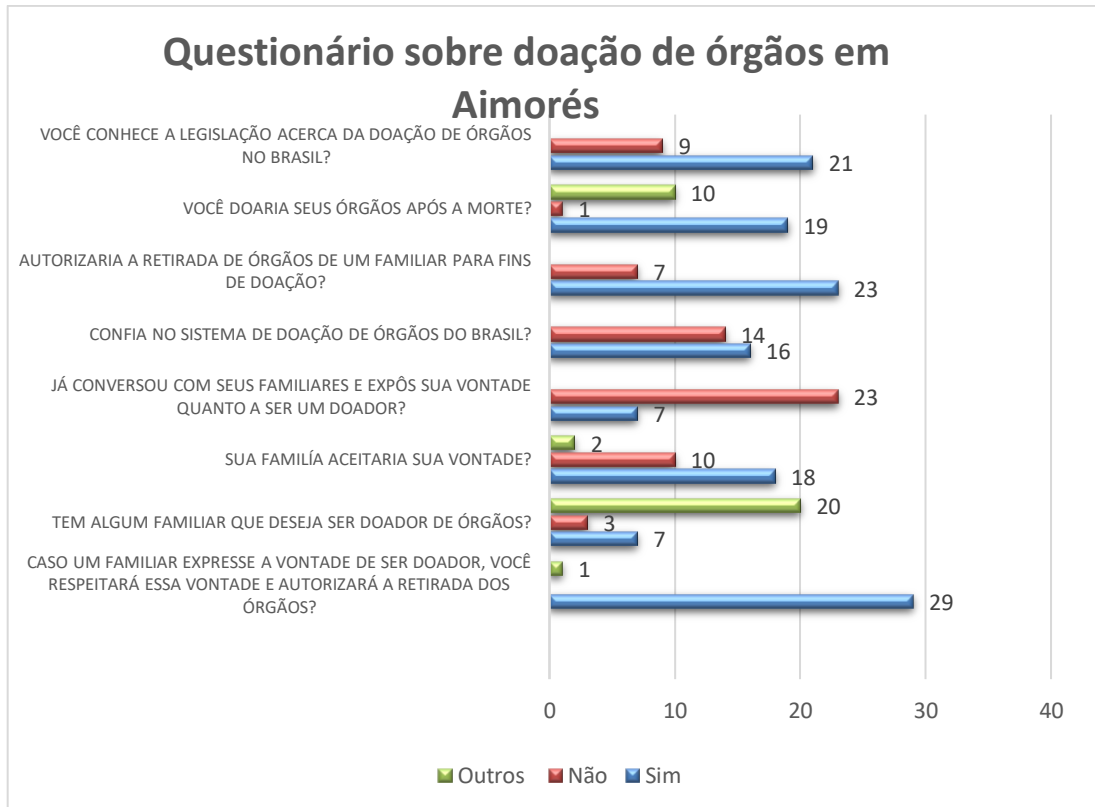
### 3.3 LEVANTAMENTO DE DADOS EM AIMORÉS/MG

Durante os meses de maio a julho de 2018 foram colhidos dados de 30 (trinta) participantes voluntários através de questionário anônimo contendo perguntas acerca do tema de doação de órgãos no Brasil, conforme consta no gráfico 2 a seguir.

A coleta de dados foi realizada no município de Aimorés/MG, com participantes de ambos os sexos, idade e escolaridade diversas.

De acordo com os dados coletados através do questionário, 70% dos voluntários afirmam conhecer a legislação que trata da doação de órgãos no Brasil. Um percentual tão alto pode ser fruto das inúmeras campanhas realizadas pelo Ministério da Saúde afim de conscientizar a população, deste modo se pode entender que a falta de conhecimento das leis não é o que desencadeia o grande número de recusa das famílias a doar os órgãos do ente falecido, já que a maioria das pessoas afirma ter algum conhecimento quanto ao tema.

#### **Gráfico 2** – Questionário sobre doação de órgãos em Aimorés/MG



Fonte: Pesquisa elaborada pela autora (2018).

Quando perguntados se doariam seus órgãos após a morte, 63,34% responderam que sim, ao passo que 33,33% disseram que ainda não haviam pensado sobre isso, e apenas 3,33% dos entrevistados responderam que não doariam seus órgãos. Como se nota, o percentual de pessoas que doariam seus órgãos é maior, porém ainda é grande o número de pessoas que dizem não pensar sobre o assunto, que para muitos ainda é um tabu.

Já com relação à autorização para a retirada de órgãos de um familiar após o diagnóstico de morte encefálica, 76,67% dos voluntários responderam positivamente, ou seja, aceitariam doar os órgãos do ente falecido. Esse percentual encontrado na pesquisa de campo difere bastante dos dados em nível nacional, conforme os números da RBT já mencionados acima, em que o percentual de aceitação das famílias entrevistadas é apenas de 59%. Todavia, os dados coletados encontram mais harmonia com relação aos números do estado de Minas Gerais, que conforme a RBT, a aceitação das famílias entrevistadas chega a 63,67% (RBT, 2017, p. 26).

Com efeito, a recusa familiar pode estar adstrita ao grau de confiabilidade no Sistema Único de Saúde (SUS), em vista que a maior parte dos transplantes de órgãos no Brasil (89%) é realizada pelo SUS. Quando questionados se confiam no sistema

de doação de órgãos no Brasil, mais da metade (53,3%) dos voluntários declarou não confiar em nosso sistema.

No que tange à conversa com a família afim de expor a vontade de se tornar um doador, 76,67% das pessoas que responderam ao questionário alegaram não ter conversado com seus familiares. Diante desse número e da ênfase feita pelas campanhas em prol da doação de órgãos para que as pessoas conversem com sua família e expressem seu desejo de doar, pode-se inferir que a falta desse esclarecimento para com a família influa diretamente na decisão que esta irá tomar no momento da entrevista.

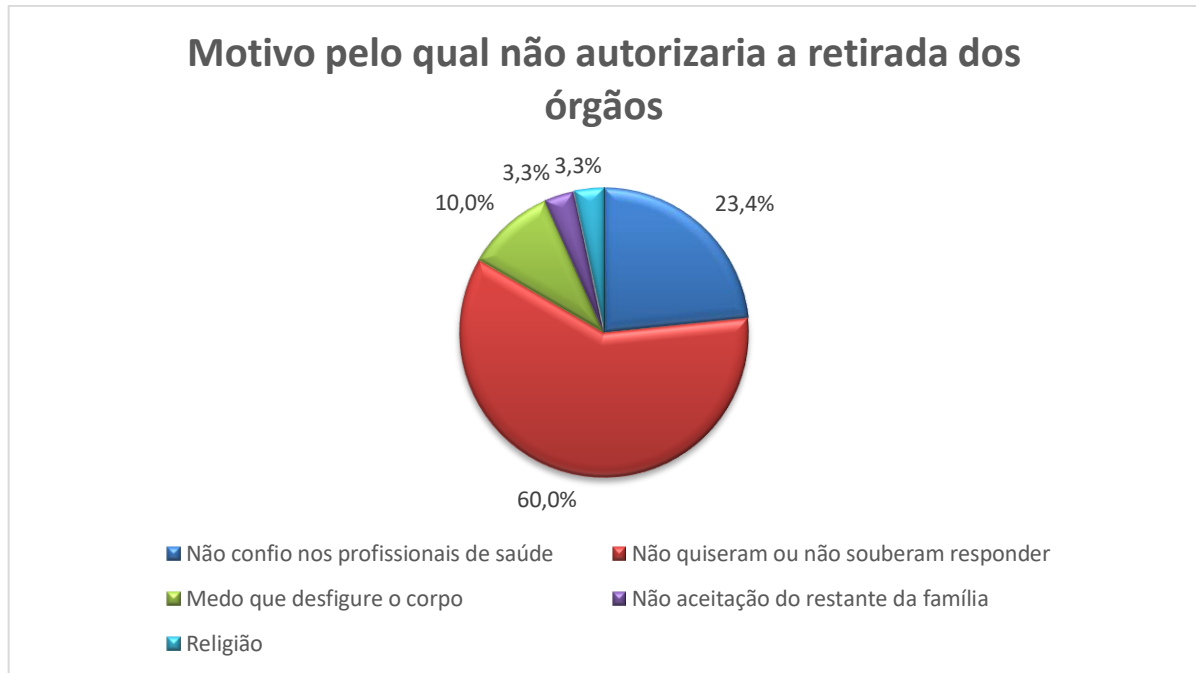
Apesar da maioria afirmar nunca ter conversado com a família acerca da doação de órgãos, quando questionados se a família aceitaria sua vontade, 60% responderam que sim. Os 33,34% que responderam não a essa pergunta, disseram que mesmo não aceitando, a família iria autorizar a retirada dos órgãos, à medida que 6,66% declararam que a família é totalmente contra à doação.

Ao se indagar se possui algum familiar que deseja doar os órgãos após a morte, a maior parte dos voluntários (66,7%) asseverou nunca ter conversado sobre isso com os seus familiares, conquanto 23,3% alegaram existir alguém na família que deseja ser doador e apenas 10% declararam não haver na família ninguém que queira doar os órgãos *post mortem*.

Também foi questionado se algum familiar expressar o desejo de doar os órgãos em caso de morte encefálica, caso esta ocorra, se respeitariam essa vontade e autorizariam a retirada dos órgãos para fins de transplante. A este item 96,7% dos entrevistados responderam positivamente, isto é, garantiram que respeitariam o desejo do ente falecido caso este tenha se manifestado em vida. Os outros 3,3% responderam ainda não ter pensado sobre isso, e ninguém respondeu negativamente a essa questão.

Ainda houve um item questionando no caso de não autorizar a retirada de órgãos de parente diagnosticado com morte encefálica, qual seria o motivo dessa negativa, e as respostas obtidas para essa questão são as que constam no gráfico 3 a seguir.

**Gráfico 3** – Motivo pelo qual não autorizaria a retirada dos órgãos



Fonte: Pesquisa elaborada pela autora. (2018)

Como pode ser observado no gráfico acima, a maior parte dos entrevistados (60%), não quiseram ou não souberam responder o motivo pelo qual não autorizaria a retirada dos órgãos de um familiar no caso de diagnóstico de morte encefálica. Uma parcela considerável, cerca de 23,4% alegaram que a negativa se dava pelo fato de não confiarem nos profissionais de saúde do SUS.

Outras razões suscitadas para a não autorização da retirada dos órgãos para fins de transplante e doação foram: o medo de que desfigure o corpo do ente falecido (10%), a não aceitação por parte do restante da família do de cujus (3,3%) e também, por motivos religiosos (3,3%).

#### 4 CONCLUSÃO

Por meio da pesquisa foi possível observar que o tema em questão ainda é bastante velado, já que não há como se falar em doação de órgãos *post mortem* sem adentrar em um assunto tão sensível para a maioria das pessoas, que é a morte, tornando o diálogo no âmbito familiar sobre a problemática muito difícil.

Conforme visto na pesquisa de campo uma grande parcela dos entrevistados ainda não pensou sobre o tema em comento e de acordo com os dados a nível nacional, o número de negativa dos familiares ainda é muito alto. Dentre os motivos

para negar a retirada dos órgãos, observa-se que existe um desconhecimento por parte da população em geral sobre a forma em que é realizado o transplante de órgãos, sobretudo com relação ao diagnóstico da morte encefálica.

Identificou-se que de fato há divergência no que dispõe o Código Civil e a Lei nº. 9.434/1997, todavia pôde-se inferir através do Enunciado nº. 277 do CJF que um dispositivo não anula o outro, ou seja, deve ser feita a aplicação subsidiária do que dispõe a Lei de Transplantes, de modo que caso a pessoa manifeste sua vontade de doar ou não doar em vida, essa deve prevalecer. Assim, somente na ausência da manifestação em vida é que prevalecerá a vontade da família.

Entretanto, insta salientar que ainda paira muita incerteza sobre de que forma a pessoa pode e/ou deve manifestar sua vontade quanto à doação de órgãos no Brasil. Isso porque a doutrina majoritária admite que o testamento é instrumento válido para dispor de órgãos após a morte, porém de acordo com a ABTO não existe no Brasil nenhum documento válido para esse fim.

Dessa forma, conforme a ABTO, bem como as campanhas promovidas pelo governo através do Ministério da Saúde e até mesmo do Conselho Nacional de Justiça, a pessoa que deseja ser doadora de órgãos deve conversar com seus familiares e externar sua vontade de doar, para que estes estejam cientes, o que facilita a tomada de decisão quando da entrevista familiar após o diagnóstico de morte encefálica.

Diante disto, constata-se que por mais que exista uma orientação do Conselho de Justiça Federal, através do Enunciado nº. 277, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, se faz necessária a inclusão de um dispositivo na Lei nº. 9.434/1997 que trate explicitamente da forma em que a vontade de doar deve ser expressa, bem como determinar quais instrumentos são válidos para tal manifestação de vontade.

Deste modo, com uma legislação mais categórica e sem dissenso, a pessoa que deseja realizar esse ato de amor e solidariedade com o próximo, poderia ter maior certeza de que de fato sua vontade será realizada após a sua morte, o que poderia servir de motivação para que mais pessoas se manifestassem em prol da doação de órgãos.

Não obstante, importante ressaltar que apesar da Lei de Transplantes estabelecer que a retirada de órgãos do falecido dependerá da autorização dos

familiares, não consta em seu texto nenhuma vedação à manifestação de vontade em vida pelo doador quanto a dispor de seus órgãos após a sua morte, o que torna a aplicação do Enunciado nº. 277 do CJF a solução atual adequada em casos de dissonância entre a vontade do doador e a vontade dos familiares do *de cuius*.

## REFERÊNCIAS

ABTO. Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos. **Você quer ser um doador de órgãos e tecidos?** 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/2COztT4>> Acesso em: 15 nov. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília-DF: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. **Lei nº. 9.434 de 04 de fevereiro de 1997**. Brasília-DF: Senado, 1997.

\_\_\_\_\_. **Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Brasília-DF: Senado, 2002.

CFM. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº. 1995 de 09 de agosto de 2012**. Brasília-DF: CFM, 2012.

CJF. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº. 277**. Brasília-DF: CJF, 2006.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Doar é legal**. 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/1WtpAZT>> Acesso em: 14 nov. 2018.

DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unaí; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. **Revista Bioética**, v. 21, n. 3, p. 463-476, 2013. Disponível em: <<https://bit.ly/2SQoonu>> Acesso em: 14 nov. 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 1.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 6.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 1.

GARCIA, Clotilde Druck. **Doação e transplante de órgãos e tecidos**. São Paulo: Segmento Farma, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 1.

GIMENES, Antônio Cantero. **Dilema acerca da vida humana: interfaces entre a bioética e o biodireito**. São Paulo: Atheneu, 2015.



MAYNARD, Lorena Oliveira Dantas *et al.* Os conflitos do consentimento acerca da doação de órgãos *post mortem* no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 16, n. 3, p. 122-144, dec. 2015. Disponível em: <<https://bit.ly/2PIPRpo>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: Direito das Sucessões**. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 6.

OLIVEIRA, Renata Almeida. Doação e transplante de órgãos. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, VIII, n. 21, maio 2005. Disponível em: <<https://bit.ly/2CgVmbo>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito das sucessões**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 6.

RBT. Registro Brasileiro de Transplantes. **Dimensionamento dos transplantes no Brasil e em cada estado**: 2010 a 2017, a. 23, n. 4, 2017. Disponível em:<<https://bit.ly/2FWrocl>> Acesso em: 14 nov. 2018.