



CENTRO UNIVERSITÁRIO LUTERANO DE PALMAS

Recredenciado pela Portaria Ministerial nº 1.162, de 13/10/16, D.O.U. nº 198, de 14/10/2016
AELBRA EDUCAÇÃO SUPERIOR - GRADUAÇÃO E PÓS-GRADUAÇÃO S.A.

ADRIEL BANDEIRA SILVA SOUSA

**O DIREITO DE PERSONALIDADE E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA
VONTADE NO TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS *POST MORTEM* COMO FORMA DE
GARANTIR A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Palmas -TO

2020

ADRIEL BANDEIRA SILVA SOUSA

**O DIREITO DE PERSONALIDADE E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA
VONTADE NO TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS *POST MORTEM* COMO FORMA DE
GARANTIR A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Trabalho de Curso em Direito apresentado
como requisito parcial da disciplina de
Trabalho de Curso em Direito II (TCD II) do
Curso de Direito do Centro Universitário
Luterano de Palmas – CEULP/ULBRA.

Orientador: Prof^ª. Ma. Fabiana Luiza Silva
Tavares

Palmas-TO

2020

ADRIEL BANDEIRA SILVA SOUSA

**O DIREITO DE PERSONALIDADE E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA
VONTADE NO TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS *POST MORTEM* COMO FORMA DE
GARANTIR A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Trabalho de Curso em Direito apresentado
como requisito parcial da disciplina de
Trabalho de Curso em Direito II (TCD II) do
Curso de Direito do Centro Universitário
Luterano de Palmas – CEULP/ULBRA.

Orientador: Prof^ª. Ma. Fabiana Luiza Silva
Tavares

Aprovado em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Ma. Fabiana Luiza Silva Tavares - Orientadora
Centro Universitário Luterano de Palmas

Prof(a). [nome e titulação do Professor(a)]
Centro Universitário Luterano de Palmas

Prof(a). [nome e titulação do Professor(a)]
Centro Universitário Luterano de Palmas

Palmas-TO

2020

Dedico este trabalho aos meus pais, que partilham de minhas conquistas como se deles fossem e que, com muito carinho e apoio, não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa da minha vida.

Agradeço primeiramente a Deus, que iluminou meu caminho durante esta caminhada; À minha orientadora Prof^a. Ma. Fabiana Luiza, por seus ensinamentos e pela paciência na orientação. Aos meus familiares, em especial meus pais, e aos amigos, pelo apoio e compreensão.

“Com este ato, você pode ser a esperança de muitos. Doe órgãos. Doe vida.”

Autor Desconhecido

RESUMO

O intuito dessa monografia, operacionalizada através do método dedutivo, volta-se a demonstrar a relevância dos direitos da personalidade e da autonomia da vontade do doador no transplante de órgãos *post mortem*. Para tal, abordaram-se inicialmente as conceituações terminológicas, bem como os aspectos históricos e algumas peculiaridades desses institutos, para só então demonstrar como a redação do artigo 4^a da Lei Federal nº 9.434/97 fere indiretamente o princípio da dignidade da pessoa humana. Em seguida, verificou-se que tal agressão ocorre pelo fato de o legislador desconsiderar a personalidade e a vontade do doador ao determinar como requisito exclusivo a autorização familiar para a retirada de órgãos. Por fim, conclui-se que o ato de doar envolve aspectos subjetivos e íntimos do doador, não sendo sensato por parte do Estado desconsiderar a personalidade e a vontade daquele que doa, visto ser ele o titular do direito. Assim, propõe-se ao final que a vontade familiar seja subsidiária à vontade do doador, sendo tão somente lícito a família manifestar-se a respeito do tema quando o doador em vida seja omissos ou tenha se manifestado de forma ilegal.

Palavras-chave: Doação de órgãos - Direitos da personalidade - Autonomia da vontade - Artigo 4º da Lei Federal nº 9.434/97.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 DIREITOS DA PERSONALIDADE NO BRASIL	9
1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	9
1.2 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	15
1.3 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE APLICADO AOS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS	19
1.4 POSITIVAÇÃO DA PERSONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	20
2 DOAÇÃO DE ÓRGÃOS NO BRASIL.....	23
2.1 LEGISLAÇÃO VIGENTE - LEI FEDERAL Nº 9.434/97	26
2.2 ARTIGO 4º - REDAÇÃO INSTITUÍDA PELA LEI Nº 10.211/01 - ANÁLISE SOBRE O REQUISITO AUTORIZADOR PARA O TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS APÓS A MORTE.....	28
2.3 O PROCESSO DE DOAÇÃO DE ÓRGÃOS E O POSICIONAMENTO DA FAMÍLIA BRASILEIRA	32
3 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE E DA VONTADE DO DOADOR NO TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS	38
3.1 DIREITOS PERSONALÍSSIMOS ENQUANTO DIREITOS FUNDAMENTAIS	38
3.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A DOAÇÃO DE ÓRGÃOS APÓS A MORTE.....	43
CONCLUSÃO.....	49
REFERÊNCIAS	52

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico é apresentado ao Centro Universitário Luterano de Palmas (CEULP/ULBRA) como requisito para a conclusão do curso de graduação em Direito, tendo por objetivo analisar o direito de personalidade e o princípio da autonomia da vontade no transplante de órgãos *post mortem* como forma de garantir a dignidade humana.

A presente monografia é estruturada em três capítulos e tem por objetivo realizar uma crítica ao artigo 4º da Lei nº 9.434/97, que regulamenta a disposição de órgãos após a morte do doador. O primeiro capítulo é responsável por abordar os direitos da personalidade e o princípio da autonomia da vontade, seus aspectos históricos, bem como suas características e a positivação no ordenamento jurídico nacional.

Posteriormente, traz-se à tona a problematização do trabalho, que se dar pelo fato de a autonomia da vontade do titular do direito de personalidade configurar-se como suficiente para a retirada das partes do próprio corpo humano contrariando a norma positivada, não sendo, portanto lícito à família do falecido se contrapor à sua vontade e impedir a doação, visto que dispor do próprio corpo é ato personalíssimo, ou seja, da própria pessoa. Por fim, têm-se o terceiro e último capítulo que ficará encarregado de evidenciar como essa problematização afeta o princípio da dignidade humana do doador.

O tema se mostra interessante, visto que o Brasil se configura como o país com o maior sistema público de transplantes do mundo, bem como é o segundo maior país do mundo em número de doadores, atrás apenas dos Estados Unidos da América. Todavia, apesar desses dados animadores, existe uma deficiência latente entre o número de órgãos disponíveis nos postos de saúde e o número de pessoas necessitando de um transplante.

Destarte, o que se tem é uma demanda muito alta e uma “oferta” reduzida. A legislação em vigor, a fim de resolver esse desbalanço, edita a Lei Federal nº 9.434/97 que, posteriormente, foi alterada pela Lei nº 10.211/01, a fim de flexibilizar a doação de órgãos e diminuir a burocracia existente quanto ao procedimento de doação de órgãos.

Todavia, a legislação atual desconsidera alguns institutos jurídicos que estão intimamente ligados ao processo de transplantes. Essa omissão legislativa traz consigo alguns problemas, tanto no âmbito social quanto na esfera legal, problemas esses que serão discutidos no decorrer deste trabalho.

1 DIREITOS DA PERSONALIDADE NO BRASIL

Inicialmente, cumpre registrar que o entendimento a respeito dos direitos da personalidade no Brasil sofre influência das concepções jurídicas do direito europeu, razão pela qual se mostra necessário entender a sua evolução histórica dentro de um contexto internacional, para só então delimitá-lo à realidade jurídico-brasileira.

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A origem dos direitos da personalidade nos remete à Antiguidade Clássica, mais especificamente à sociedade romana, quando os direitos da personalidade ainda não possuíam um conceito eminentemente jurídico, mas artístico, que viria a mudar com o passar dos anos (SOUZA, 2012).

A palavra personalidade deriva do vocábulo *persona* (*prósopon* – no grego) que entre a sociedade romana significava uma máscara utilizada por um ator nas peças teatrais. Com o passar do tempo, a palavra deixou de atribuir significado ao objeto e passou a significar o papel que o artista interpretava na obra, posteriormente, passa a significar a própria pessoa, sujeito de direito, nas mais variadas relações sociais (STANCIOLI e CARVALHO *apud* TEIXEIRA e RIBEIRO, 2011).

Conforme estabelece Venosa (2004, p. 140), “na Roma Antiga, todavia, diferentemente de hoje, os direitos da personalidade eram restritos a uma categoria de pessoas que atendessem três requisitos essenciais: *libertatis, familiae e civitatis*”. Em outras palavras, os indivíduos para adquirir os direitos da personalidade precisariam ser livres, pertencentes a uma família com influência e terem a cidadania romana.

A sociedade romana era escravagista, logo, só era sujeito de direito aqueles que tinham a liberdade, ou seja, aqueles que nasceram livres e jamais foram escravos. Ademais, adquirida a liberdade a pessoa precisaria ter a cidadania romana, visto que os romanos eram os responsáveis por participar da vida política do país e, por fim, ainda precisariam ser pertencentes a uma família com influência e serem do sexo masculino, posto que as mulheres eram sujeitas as ordens do marido e pertences da família do cônjuge varão, não tendo poder decisório.

Sobre esse assunto, esclarece Venosa:

Status Libertatis – entendia-se como homem livre aquele que não pertencia a outrem. Entre os homens livres, havia os *ingenui*, que eram os nascidos de livre estirpe e que jamais foram escravos; e os *liberti*, que eram aqueles que nasceram ou caíram em estado de servidão e que conseguiram a liberdade através da alforria. *Status Civitatis* – somente homens livres podiam ser cidadãos (*cives*) ou estrangeiros (*peregrini*), sendo que estes últimos somente podiam praticar atos do *ius gentium*, eis que as normas do *ius civile* eram reservadas apenas aos cidadãos romanos. Os libertos possuíam capacidade limitada. *Status Familiae* – o estado familiar possuía grande importância na determinação da capacidade jurídica e seu campo de atuação dentro do direito privado. Em sentido amplo, abrangia o conjunto de pessoas que descendiam de um parente comum e sob cujo poder estavam caso ele estivesse vivo. Em sentido restrito, para caracterizar o próprio *status familiae*: de um lado, existia o *pater familias*, que não estava subordinado a nenhum ascendente vivo masculino e, de outro, as *fili* famílias, que abrangiam todas as demais pessoas que estavam sob a potestas do pater. A pessoa que não possuía ascendentes masculinos e que estava livre do pátrio poder entendia-se como *pater familias*. Todas as pessoas sujeitas ao poder do pater não tinham direitos nem podiam adquiri-los para si. Se o pater viesse a falecer, sua família era dividida em tantas quantas fossem as pessoas do sexo masculino, já que as mulheres eram consideradas *alieni iuris* (pertenciam a família do marido ou do pai, enquanto não casassem) ou *sui iuris* (quando viúvas). (VENOSA, 2004, p. 140-145)

Dessa forma, ainda que os direitos de personalidade não possuíssem um conceito eminentemente legal, além do fato de estarem privados a certa categoria da sociedade, neste caso, não sendo estendido a todas as outras pessoas, essa abordagem inicial constituiu-se como uma das etapas significativas no processo de construção dos direitos da personalidade como bem jurídico protegido e reconhecido pelos mais variados Estados soberanos.

Contudo, apesar do direito da personalidade ter sido abordado de forma embrionária entre os romanos na Antiguidade Clássica, a personalidade é trabalhada de forma mais minuciosa a partir do Cristianismo, entre os séculos V e XV, durante a Idade Média. A partir desse momento o ser humano é entendido como pessoa, dotada de características que os diferencia de outros seres (SOUZA; CALIXTO; SAMPAIO, 2006). A perspectiva cristã observa o ser humano em seu seio mais íntimo, atribuindo a ele o caráter de ser fraterno, dotado de peculiaridades intelectuais, psicológicas e morais. O Cristianismo compreende a pessoa como valor absoluto, exaltando a dignidade da pessoa e de direitos essenciais para a sua personalidade (PEREIRA NETO, 2014).

Desta forma, a filosofia cristã vê o ser humano como ser semelhante a “Deus” e, portanto, por ser semelhante a Deus, Este estaria comunicando alguns de seus atributos pessoais aos seres humanos, atributos esses que estariam devidamente demonstrados através da personalidade humana, no espírito humano, de ser a pessoa um ser social, livre e fraterno, tendo autonomia por seus atos e sendo responsável por eles (STANCIOLI e CARVALHO *apud* TEIXEIRA e RIBEIRO, 2011).

Essa concepção teológica-cristã a respeito do ser humano é de suma importância para a formação da personalidade no direito ocidental, na medida em que através dela é que o indivíduo é entendido como pessoa e adquiriu personalidade, tornando-se alvo de estudo na ciência. É dentro desse contexto que os direitos da personalidade compreendem-se como intrínsecos a própria pessoa.

Os direitos personalíssimos nada mais são do que os poderes que indivíduo exerce sobre si mesmo, portanto, são bens essenciais intrínsecos a pessoa, estando relacionados de forma íntima e, na sua ausência, a pessoa não se desenvolveria em sua plenitude. Nessa perspectiva, disserta Hammerschmidt:

Predomina a doutrina da concepção dos direitos da personalidade como poderes que o indivíduo exerce sobre sua própria pessoa – *ius in se ipsum*. A subsistência da identidade biológica e psíquica de determinada pessoa está condicionada à posse de determinados bens ou valores de maneira que na ausência deles, embora se pudesse falar em existir um ente com vida biológica, não há que se falar em pessoa. Esses bens, denominados bens de personalidade, são essenciais, intrínsecos à pessoa, estando ligados a ela de modo íntimo e necessário, e de uma forma tal que se pode afirmar que tão fundamentais são eles, que a pessoa não tem condições de sem eles se desenvolver e exercer seu potencial, vindo a definhir. Por esse raciocínio, esses bens “são coisas que pertencem aos correspondentes sujeitos, que delas têm de se valer necessariamente para lograr normal desenvolvimento de vivência social”. (HAMMERSCHMIDT, 2007, p. 74 -75)

Assim sendo, a partir do momento em que o ser humano é compreendido como pessoa, ele se torna sujeito de direito e obrigações e titular de personalidade. No entanto, os direitos da personalidade como conhecemos hoje é analisado e compreendido a partir da Idade Moderna, entre os séculos XV e XVIII, principalmente, sendo compreendidas como direito subjetivo, isto é, um direito ao qual atribui-se ao titular a faculdade de exercê-lo ou não, o que gerou críticas entre os negacionistas dessa corrente pelo fato de, segundo eles, não ser possível se admitir o direito do homem sobre a própria pessoa (BARRETO, 2005). Esse conflito dogmático quanto a existência ou não dos direitos de personalidade se dava pela incongruência de ser o homem a um só tempo, sujeito e objeto de direito.

Entre os negacionistas dessa tese jurídica, Savigny era um dos mais conhecidos. Para o jurista alemão “não existia a possibilidade de se constituir direitos separados dos direitos de propriedade, limitando o ser humano a um só tempo a objeto e titular de um direito específico” (TEPEDINO, 2008, p. 27; SOUSA, 1995, p. 81). Para ele, ao consagrar o ser humano ao mesmo tempo como objeto e titular de um bem jurídico, o suicídio poderia vir a ser legitimado, o que seria um grande erro. Assim, fundada em uma visão patrimonialística do direito civil, os negativistas defendiam que o reconhecimento dos direitos da personalidade,

atribuindo a pessoa a titularidade e o objeto do direito, seria uma contradição lógica que deveria ser desencorajada.

Em tese, a teoria negacionista discordava da forma como se abordava os direitos da personalidade, posto que o direitos da pessoalidade eram da categoria do “ser” e não do “ter”, desta forma, não poderia enquadrar-se em direitos subjetivos, ou seja, os direitos a vida, a saúde e a honra, que em tese seriam personalíssimos, seriam incompatíveis com o direito subjetivo (TEPEDINO, 2008).

Ao passar dos anos, e com as devidas superações das controvérsias envolvendo os direitos da personalidade quanto a sua existência, restou definido entre a doutrina majoritária que a personalidade se configura como atributo da natureza humana, não devendo o direito se limitar a apenas regular as relações do homem com a propriedade. A Revolução Francesa, ocorrida no século XVIII (1789-1799), se configurou como marco importante na interpretação do direito, não devendo a ciência jurídica interpretar a norma apenas sob o aspecto patrimonial.

Esse período de intensa agitação política e social ocorrida na França culminou na declaração dos direitos do homem e do cidadão, onde previa-se uma série de liberdades da pessoa frente ao Estado. Esses direitos individuais e coletivos influenciaram na construção dos direitos de personalidade (COTRIM, 2016).

A ciência normativa deixa de ser estudada sob o aspecto patrimonial, apenas, e passa regular as relações do homem com os seus semelhantes. Dentro desse contexto é que os direitos da personalidade são compreendidos como paralelos aos direitos patrimoniais.

Nessa continuidade, ensina Diniz:

A fim de satisfazer suas necessidades nas relações sociais, o homem adquire direitos e assume obrigações, sendo, portanto, sujeito ativo e passivo de relações jurídico-econômicas. O conjunto dessas situações jurídicas individuais, suscetíveis de apreciação econômica, designa-se patrimônio, que é, sem dúvida, a projeção econômica da personalidade. Porém, a par dos direitos patrimoniais a pessoa tem direitos da personalidade. (DINIZ, 2005, p. 131)

Assim sendo, a autora compreende que os direitos da personalidade merecem apreciação da ciência normativa, visto que não se confundem com os direitos patrimoniais, posto que o direito ao patrimônio é mera ramificação do direito da personalidade, no entanto, apesar de eles existirem, a pessoa também possui direitos inerentes a ela mesmo, direitos esses desprovidos de valor econômico, sendo íntimo à própria pessoa, sendo mensurável apenas pelo princípio da dignidade humana. Portanto, o direito não se limita a uma visão

patrimonial, visto que há direitos inerente à qualidade humana desprovidos de qualquer valor monetário.

Assim, o caráter patrimonial é mera projeção que se estende aos direitos de personalidade. Os defensores estabelecem que os direitos de personalidade sustentam a tese de que, concorrentemente aos direitos patrimoniais, existem certos direitos que não podem ser reparados economicamente, esses direitos são aqueles atinentes a condição humana, em seus aspectos, físicos e morais (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2002).

Dessa forma, os efeitos causados pela Revolução Francesa, bem como diversas revoluções liberais ocorridas nesse período, no que tange principalmente a desconstrução da visão meramente patrimonialística do direito, impulsionou a concretização dos direitos da personalidade nos mais variados ordenamentos jurídicos, trazendo ainda consigo características básicas (BARROS, 2003).

Nesse liame, explica Sergio Resende de Barros quantos aos direitos personalíssimos:

[...] surgiram de forma absoluta para combater a monarquia absoluta. Eram direitos absolutos opondo-se aos reis absolutos: um absoluto contra o outro absoluto... as revoluções liberais os proclamaram como direitos universais, imprescritíveis e inalienáveis do ser humano, em suma: direitos assim abstratos e básicos, tais como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à fraternidade, à felicidade, à segurança e outros igualmente genéricos. (BARROS, 2004)

Dessa forma, percebe-se que os direitos da personalidade decorrem principalmente das revoluções liberais e do pensamento crítico em relação as monarquias absolutistas do sec. XVIII. Assim, nesse momento histórico, percebe-se uma valorização do indivíduo enquanto pessoa em detrimento do Estado, em outras palavras, a filosofia liberal, isto é, a ideia de valorização do indivíduo e uma mínima interferência do Estado nas relações sociais, constitui-se como fato determinante no processo de construção dos direitos personalíssimos (COTRIM, 2016).

Todavia, apesar dos direitos da personalidade inovarem o direito, a ponto resguardar o ser humano, reconhecendo-o como sujeito e objeto de direitos inerentes a ele próprio, pondera-se que a visão patrimonialística do direito, em especial ao Código Civil, predominavam na ciência jurídica, encontrando resistência quanto aos reconhecimentos dos direitos da personalidade nas mais variadas constituições nacionais, entre elas, podemos destacar o Brasil. O código Civil de 1916, não contemplou os direitos da personalidade em detrimento de uma concepção meramente patrimonial do direito, tutelando nesse caso apenas as relações do homem com a propriedade (SARMENTO, 2008).

Explica Geraldo Andrade (2008, p. 12), que “os direitos da personalidade são de construção recente”. O Código de 1916 não protegia a personalidade, o foco estava na propriedade, assim sendo, a construção da personalidade no aspecto nacional mostra-se como algo recente previsto no código civil de 2002, em consonância com a redação da Carta Magna de 1988.

Ademais, consigna-se ainda que as consequências geradas pelas guerras mundiais no século XX impactaram positivamente na ciência jurídica, visto que os direitos de personalidade começaram ser entendidos como essenciais, sendo vistos como categoria de direitos subjetivos, imantados na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas de 1948, na Convenção Europeia de 1950 e no Pacto Internacional das Nações Unidas, como forma de reação às agressões à dignidade humana perpetradas pelo nazifascismo. Esses fatores impulsionam uma nova concepção a respeito do direito constitucional e civil. (PIOVESAN e ROSSO, 2004).

Assim sendo, os direitos da personalidade, a grosso modo, se constroem através de quatro períodos históricos: Antiguidade Clássica, Idade Medieval, Idade Moderna e Contemporânea. Na antiguidade, mais especificamente em Roma, observa-se os direitos da personalidade como algo embrionário, sem explicação ou forma, mas como algo importante que deva ser apreciado e discutido entre a filosofia, pois, o ser humano por ser partícipe do consórcio humano, ou seja da sociedade, merece ser tutelado, ainda que essa tutela seja restrita.

Na idade medieval, apesar de ser denominada “idade das trevas”, os direitos da personalidade já começam a assumir uma descrição sob a perspectiva teológica-cristã, sendo analisados como intrínsecos a todos os seres humanos, pois, é nesse período histórico que os indivíduos são compreendidos como pessoa, sendo semelhante a Deus e dotada de personalidade. O cristianismo atribui ao direito personalíssimos o caráter de “universalidade”.

Na idade moderna, por sua vez, se discute a existência desses direitos sob o prisma científico, isto é, influenciados pelo iluminismo e as revoluções liberais. A ciência jurídica discute não só a existência ou o alcance desses direitos, mas o conceito e a forma como devem ser abordados, entendendo-os como essenciais, imprescindíveis e universais a todos os indivíduos, sendo o ser humano a um só tempo sujeito e objeto de direito. A idade moderna, tendo como marco a Revolução Francesa, reconhece os direitos da personalidade nos ordenamentos jurídicos, apesar da visão patrimonial do direito.

E por fim, temos a Idade contemporânea onde de fato os direitos personalíssimos não são só reconhecidos, mas protegidos e aplicados pelas constituições nacionais, muito por

conta das guerras mundiais e uma nova concepção jurídica que surgiu após a criação da Organização das Nações Unidas, o princípio da dignidade da pessoa humana (BITTAR, 1990).

1.2 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos personalíssimos configuram-se como autônomos, isso porque tutelam direitos próprios, inerentes à condição humana, reunindo características próprias e resguardando os bens mais elevados do ser humano. Como demonstrado anteriormente, a personalidade decorre de um processo histórico, daí de se ter a historicidade como característica da personalidade. Todavia, os direitos de personalidade comportam outras peculiaridades. Nesse sentido, será abordado algumas das suas principais características, entre as quais podemos citar o caráter absoluto, geral, extrapatrimonial, indisponível, intransmissível, irrenunciável e ligado a autonomia da vontade.

Quanto ao caráter absoluto, os direitos da personalidade revelam-se como essenciais, íntimos de cada pessoa humana, isto quer dizer, que eles fazem parte da natureza humana e por isso todos tem o dever de respeito (GONÇALVES, 2013).

Pamplona Filho estabelece que o caráter absoluto esteja relacionado com a indisponibilidade, não sendo lícito ao titular renunciá-los (irrenunciáveis) ou cedê-los (intransmissíveis) a outros, isso porque os direitos da personalidade envolvem aspectos subjetivos próprios de cada ser humano, não sendo cabível transmiti-los a terceiros, visto que tais direitos são responsáveis por individualizar cada ser humano na sociedade (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2014).

Dessa forma, os direitos da personalidade se configuram como sendo absolutos em detrimento do seu caráter *erga omnes*, pois gera a toda coletividade humana o dever legal de respeito e abstenção, não sendo permitido a intromissão nos direitos da personalidade de outra pessoa. Contudo, consigna-se registrar que mesmo sendo absolutos, os direitos personalíssimos (também chamados de essenciais) possuem limitações intrínsecas e extrínsecas.

Por limitação intrínseca entende-se quando a própria lei dispõe sobre o seu conteúdo, nesses casos, o próprio texto normativo limita a matéria, a durabilidade e a aplicação do direito, enquanto que as limitações extrínsecas dizem respeito ao conflito entre um direito e outro, tutelados em mesmo ordenamento jurídico. Explica Beltrão:

Será intrínseco, quando demarcado pela própria lei que estabelece o seu conteúdo, como uma pré-delimitação do domínio de aplicação do respectivo direito. Será extrínseco, quando resultar da conjugação com outras situações protegidas, tendo em vista que os interesses protegidos pelo direito da personalidade podem conflitar com outros direitos protegidos na ordem jurídica. (BELTRÃO, 2005, p. 30)

Infere-se dessa explicação que os direitos essenciais possuem limites, inicialmente através da própria dinâmica normativa, quando o próprio direito estabelece o seu conteúdo e aplicabilidade, entrando muitas das vezes em conflitos com outros direitos previstos no ordenamento jurídico e, posteriormente, quando visa atender os fins sociais. Assim, o caráter absoluto não significa uma liberdade arbitrária dada ao titular para exercê-lo como bem entender, o exercício pode sofrer limitações previstas na própria lei que regula os direitos personalíssimos.

Destarte, a própria Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, que dispõe sobre os direitos e garantias fundamentais, trazem consigo peculiaridades limitadoras no que concerne aos direitos da pessoa. A Carta Magna prevê:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; [...]

Assim, a título de exemplo têm-se o direito à vida que será limitado pela própria Carta Magna, que prevê a pena de morte no país nos casos de guerra declarada. Portanto, o caráter absoluto dos direitos personalíssimos não é pleno, visto que encontram limites no próprio texto normativo.

Quanto a característica geral, dá-se pelo fato de os direitos personalíssimos atingirem todas as pessoas, bem como explanado anteriormente, são direitos íntimos, nascem com os seres humanos e, portanto, a eles são inerentes, configuram-se como originários e presentes no sistema normativo.

Dessa forma, faz-se necessário afirmar que os direitos da personalidade são essenciais, isto é, imprescindíveis, sem os quais a pessoa se tornaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, frágil, incompleta. Em outras palavras, existem direitos que se relacionam intimamente com a própria pessoa, isto é, fazem parte dela enquanto sujeito de direito, são direitos responsáveis por dar ao ser humano todo o valor concreto de que ele precisa para existir como pessoa.

Adriano de Cupis, explica:

Existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer que, se eles não existissem a pessoa não existiria como tal. São esses os chamados “direitos essenciais”, com os quais se identificam precisamente os direitos da personalidade. Que a denominação de direitos da personalidade seja reservada aos direitos essenciais justifica-se plenamente pela razão de que eles constituem a medula da personalidade. (DE CUPIS, 2008, p. 24)

O autor explica que sem os direitos da personalidade o ser humano deixaria de existir como pessoa, na medida em que os direitos da personalidade se configuram como a essência do próprio ser humano, sendo indissociáveis a ela e acompanhando-a por toda a sua vida.

A terceira característica, a extrapatrimonialidade surge devido às revoluções liberais, o direito gradualmente foi perdendo a concepção exclusiva de patrimonialidade, não sendo mais objeto do direito apenas a regulamentação da relação do homem com o patrimônio.

No entanto, pontua-se novamente que o aspecto patrimonialístico da ciência jurídica ainda predominava, visto que os direitos personalíssimos, ainda que não possam ser estudados exclusivamente sob o aspecto econômico, não excluem a possibilidade de seu titular mover ação pleiteando indenização por ter seu direito personalíssimo violado.

Isso significa dizer que os direitos essenciais, como regra, são desprovidos de qualquer valor econômico, o legislador tem por objetivo resguardar a pessoa humana e os direitos inerentes à ela, no entanto, a transgressão a um desses direitos não impede a pessoa de se manifestar, no intuito de reparar o dano causado, através de um prestação monetária.

Sob o tema, discorre Gagliano e Pamplona Filho:

Isso não impede que as manifestações pecuniárias de algumas espécies de direitos possam ingressar no comércio jurídico. O exemplo mais evidente dessa possibilidade é em relação aos direitos autorais, que se dividem em direitos morais (estes sim direitos próprios da personalidade) e patrimoniais (direito de utilizar, fruir, e dispor da obra literária, artística ou científica, perfeitamente avaliável em dinheiro) do autor. Assim, é correto dizer que em princípio, os direitos da personalidade são considerados extrapatrimoniais, não obstante, sob alguns aspectos, principalmente em caso de violação, possam ser economicamente mensurados. (GAGLIANO e FILHO, p. 151, 2002)

Assim, no primeiro momento, os direitos essenciais, em regra, são desprovidos de conteúdo patrimonial, isto é, de valor de econômico. No entanto, a violação a um desses direitos gera uma indenização pecuniária fazendo com que os direitos personalíssimos e os direitos patrimoniais estejam devidamente correlacionados (BITTAR, 2017).

Dessa forma, salienta-se que os direitos da personalidade são extrapatrimoniais, ao passo que não admitem uma análise meramente financeira e, mesmo que sua violação importe

em indenização de índole moral, como exceção à regra, não se pode entendê-los como direitos de caráter econômico, já que pertencem a um patrimônio moral e não material da pessoa. Dessa forma, o que há na verdade é uma correlação entre o caráter patrimonial, como exceção, e o valor moral, como regra (BELTRÃO, 2005).

A título de exemplo, tem-se o direito a imagem, honra e a intimidade, resguardados pela Constituição Federal no artigo 5º, inciso X, ao qual estabelece a sua inviolabilidade. Todavia, sendo violado essas prerrogativas, caberá a vítima o direito de ser ressarcida pelo dano material ou moral decorrente da violação. O legislador, ao regulamentar o dispositivo legal, preocupa-se em garantir a vida privada do indivíduo, bem como a sua moral, mas preceitua paralelamente a isso a reparação monetária em caso de transgressão.

No que tange a quarta característica, a indisponibilidade, cumpre registrar que a partir dela surge duas outras características: a intransmissibilidade e irrenunciabilidade. Em síntese, a intransmissibilidade é entendida como a não alteração do titular, isso significa dizer que somente a pessoa é a titular/sujeito de direito, não podendo ser transmitidos a outro ser humano.

Portanto, nem por vontade própria do indivíduo o direito da personalidade pode mudar de titular, o que faz com que eles sejam alçados a um patamar diferenciado dentro do direito privado, cuja regra é a disponibilidade dos direitos. Assevera Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2002, p. 154) com relação ao tema, que “pelo fato de que ela abarca tanto a intransmissibilidade (impossibilidade de modificação subjetiva, gratuita ou onerosa – inalienabilidade) quanto a irrenunciabilidade (impossibilidade de reconhecimento jurídico da manifestação volitiva de abandono do direito)” .

Assim sendo, a personalidade resguarda, protege e assegura os bens mais elevados da pessoa, bens esses que os individualiza de outro ser humano, tornando a pessoa humana única dentro do consórcio humano, isto é, da sociedade.

No que tange a irrenunciabilidade, Beltrão (2005) explica que os direitos personalíssimos não podem ser renunciados por seu titular, são bens que devido a própria natureza essencial, pois já nascem com o ser humano, podendo até não serem exercidos pelo sujeito, mas em hipótese alguma poderão por ser renunciados por ele.

Nesse liame, registra que por essa mencionada característica, não é possível à pessoa dispor livremente dos seus direitos inatos e tampouco renunciar a eles e a sua tutela, pontuando assim que a indisponibilidade traz consigo os institutos da intransmissibilidade e renunciabilidade como característica (NEVES, 2014).

Dessa forma, a indisponibilidade nada mais é do que a junção do caráter intransmissível e irrenunciável, visto que os direitos da personalidade não podem ser transmitidos, dispostos e sequer renunciados pelo titular do direito.

Ademais, é imperioso destacar a reciprocidade que os direitos de personalidade possuem com o princípio da autonomia da vontade. Assim sendo, mostra-se necessário evidenciar os aspectos gerais sobre esse pressuposto.

1.3 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE APLICADO AOS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS

A autonomia da vontade tem seus pilares na filosofia iluminista, ao qual defendia a tese de que deveria haver a máxima liberdade do indivíduo e uma mínima interferência do Estado nas relações sociais. Assim, consigna-se registrar, inicialmente, a necessidade de entender o conceito básico de liberdade, pois, através desta é que se constrói este princípio. É necessário que haja primeiro a liberdade, para que se possa expressar à vontade e, então, ter autonomia sobre ela (COTRIM 2016).

Nesse liame, a liberdade é atributo inerente ao homem, uma característica da natureza humana, diz respeito a seguir a própria vontade, de agir e pensar conforme o livre arbítrio.

A liberdade é a vontade que tem o ser humano de desejar, realizar escolhas, de agir livremente, praticar ou deixar de praticar determinados atos e condutas. Dessa forma, a liberdade relaciona-se intimamente com a vontade, na medida em que ela configura-se como expressão da vontade humana, que é manifestada de várias formas, sendo as mais comuns aquelas oriundas de atividades intelectuais ou escolhas morais praticadas pelo homem (CABRAL, 2004).

Nessa perspectiva, Diniz (2011, p. 40) conceitua o princípio da autonomia da vontade como “o poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontade, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica”.

A autora compreende que o referido princípio tem três características essenciais: o poder, que diz respeito a autonomia, que é a capacidade de se autogovernar e se impor, a liberdade, que se relaciona com a vontade que tem o ser humano de realizar as próprias escolhas e agir conforme o próprio consentimento e, por fim, o acordo, que é relativo a materialização da vontade, ou seja, o desejo das contraentes/partes tem de estar positivado, escrito e materializado através de um instrumento ou documento.

Ademais, do contexto da filosofia liberal, onde se tem a mínima interferência do Estado e máxima liberdade do indivíduo nas relações sociais, nasce as divisões entre a autonomia pública, decorrente do poder atribuído ao Estado de criar o direito dentro dos limites de sua competência e o princípio da autonomia privada, decorrente da vontade das partes, manifestada através da liberdade, reconhecida e protegida pelo poder público (COUTO, 2009).

Assim sendo, os direitos da personalidade e o princípio da autonomia da vontade estão correlacionados, ao passo que este último seria uma das características ou condições essenciais para a formação da personalidade, sendo, portanto, a vontade do ser humano compreendida como atributo personalíssimo. Dessa maneira, ao presumir a autonomia da vontade como um dos pressupostos da personalidade, a dignidade do ser humano é alcançada (MEIRELLES, 2009).

1.4 POSITIVAÇÃO DA PERSONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A positivação dos direitos da personalidade no ordenamento jurídico constitui-se como o reconhecimento desses direitos por parte do poder público, isto é, pelo Estado. O reconhecimento dos direitos personalíssimos no Brasil decorreu de um processo histórico recente, visto que o Código Civil de 1916 não os reconheceu.

Em síntese, o processo de positivação da personalidade ocorre quando uma norma jurídica que dispõe sobre os direitos personalíssimos está normatizada na constituição de um Estado, passando, neste caso, a tutelar e aplicá-la ao caso concreto. Isso significa que o legislador fixa de forma escrita os direitos de personalidade nos códigos estatais para só então ter aplicabilidade e ser considerado válido. Destarte, “a validade é uma qualidade da norma jurídica que faz parte de um ordenamento jurídico, portanto, dizer que uma regra é válida, significa dizer que tal norma faz parte de um ordenamento jurídico” (DIMOULIS, 2006, p. 113). Assim, a positivação dos direitos personalíssimo ocorre quando uma norma legal, que regulamenta o conteúdo dos direitos da pessoa, encontra-se presente no ordenamento jurídico de um Estado soberano.

Assim sendo, a positivação da personalidade configura-se como o reconhecimento e a garantia de que os bens intrínsecos a pessoa humana é essencial, necessitando de tutela por parte do Estado. Todavia, cabe consignar que alguns direitos de personalidade são de natureza propriamente humana, ou seja, elas preexistem a norma positivada, pois já nascem com ser

humano. Nestes casos, o Estado apenas os reconhece, seja na legislação constitucional ou infraconstitucional. O direito à vida, como exemplo, é o mais importante direito personalíssimo, isso porque é dele que deriva todos os outros direitos. Desta forma, alguns direitos personalíssimos são de ordem natural, pois, não precisa estar positivado, na medida em que já nascem com o próprio ser humano (DINIZ, 2005).

No ordenamento jurídico pátrio, contudo, vale vislumbrar que o Brasil não reconheceu os direitos personalíssimos em sua legislação, seja a nível constitucional ou infraconstitucional durante a primeira metade do século XX, pelo fato do direito civil ter essa característica patrimonialística, além do mais, nesse período histórico o Brasil vivia sob regime de governos militares que pouco contribuíram para uma visão progressista do direito.

Todavia, imperioso destacar que o professor Orlando Gomes introduziu os direitos da personalidade no anteprojeto do Código Civil, de sua autoria, elaborado em 1963. O jurista, observando os avanços que ocorriam na ciência normativa, devido as guerras mundiais e a uma nova concepção da ciência jurídica, pautada pelo então princípio da dignidade humana, de antemão, começa a modernizar as leis civis (MOURA, 2017).

Ao fim do período militar e com a promulgação da Constituição Federal de 1988, veio consigo uma visão moderna e progressista do direito. O Brasil fez constar no texto constitucional, no título I, que dispõe sobre os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, que a nação brasileira tinha como regime de governo a democracia, constituindo ainda o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República. Essa importante característica abriu margem para o legislador recepcionar o direito da personalidade no ordenamento jurídico nacional.

Ao delimitar o texto constitucional, mais especificamente no artigo 5º, inciso X, que trata dos direitos e garantias fundamentais, o legislador de forma expressa reconhece e positiva os direitos da personalidade no ordenamento jurídico pátrio ao estabelecer que:

Art. 5º. X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Nessa perspectiva, registra-se que o Código Civil de 1916 foi revogado no ano de 2002, muito por conta das concepções jurídicas do professor Orlando Gomes, afim de que seus princípios e normas estivessem em perfeita simetria com a nova Constituição Federal. Dessa forma, fora elaborado o novo Código Civil de 2002, que passaria a se adaptar conforme a Carta Magna de 1988.

Assim, o novo Código recepcionou os institutos da personalidade e autonomia da vontade nos artigos 11 a 21. Dessa forma, o Brasil tanto no ordenamento maior como nas leis abaixo da Constituição reconhece, protege e promove os direitos personalíssimos.

Destarte, a tutela dos direitos da personalidade previstas na Constituição Federal de 1988 e normatizadas no Código Civil de 2002 se configuram como marco da positivação dos direitos da personalidade no Brasil.

Ademais, ainda que o novo Código Civil tenha expressamente tutelado os direitos personalíssimos, cabe pontuar que os direitos da personalidade não se restringem aqueles previstos pelo legislador no texto normativo, sendo eles, portanto, apenas um rol exemplificativo, abrindo nesse caso, margem para novos direitos personalíssimos que possam surgir com o avanço da sociedade.

Assim sendo, compreendido que os direitos da personalidade configuram-se como o direito que tem o ser humano de controlar, isto é, ter autonomia sobre o próprio corpo, bem como, tal direito é recepcionado, tutelado, protegido e previsto pelo Código Civil de 2002 e pela Constituição Federal de 1988, veremos no capítulo que se segue a relação que há entre eles e o que dispõe o artigo 4^a da Lei nº 9.434/97, que regulamenta a disposição de órgãos *post mortem* no Brasil.

2 DOAÇÃO DE ÓRGÃOS NO BRASIL

Inicialmente, conceitua-se o transplante de tecidos ou partes do corpo humano como o procedimento cirúrgico pelo qual se retira um órgão de uma determinada pessoa para fins terapêuticos em outro ser humano.

Com mesmo entendimento, assevera o Ministério da Saúde (2008) ao compreender a doação de órgãos como um procedimento cirúrgico na qual pugna-se pela reposição de um órgão (coração, fígado, pâncreas, pulmão, rim) ou tecido (medula óssea, ossos, córneas) de uma pessoa doente por outro órgão ou tecido normal de um doador, seja ele vivo ou morto.

A doação de órgãos e tecidos do corpo humano decorre de um processo histórico. Apesar de se ter menções a cerca dessa atividade na Antiguidade, bem como no período moderno, foi somente na segunda metade do século XX, isto é, na Idade Contemporânea, que o transplante de órgãos se constituiu como prática reconhecida e regulamentada no cenário internacional. Nessa perspectiva, consigna-se pontuar que o primeiro registro de transplante de órgãos bem sucedido ocorreu em 1954, nos Estados Unidos, quando o cirurgião Joseph Murray realizou o primeiro transplante renal entre irmãos gêmeos sem qualquer tipo de rejeição entre o doador e o receptor (MORAES, 2007).

De acordo com a Associação Brasileira de Transplante de Órgãos - ABTO (2003), no Brasil, a doação de órgãos teve início na década 60, quando fora realizado em 1964 o primeiro e bem sucedido transplante de órgãos, em especial o de rim, no Hospital Servidores do Estado na cidade do Rio de Janeiro.

Dessa forma, esse procedimento medicinal constituiu-se como a terapia mais adequada para recuperar vidas, inovando a medicina, no que concerne aos tratamentos de saúde de pacientes que possuíam falência de múltiplos órgãos do corpo, posto que poderiam ser substituídos por outro, advindos de um doador, bem como no direito, que passou a apreciar a matéria (WEBER 2017).

Nesse liame, registra-se que o primeiro texto normativo que regulamentou essa atividade no país se deu em 1963, quando a Lei nº 4.280/63 que dispunha sobre a extirpação de órgãos e tecidos da pessoa falecida para fins de transplante passou a vigorar no país. Dessa forma, o então texto legal preceituava que o transplante de órgãos, em especial o *post mortem*, só poderia ser realizado mediante autorização escrita do *de cuius*, ou caso não houvesse oposição, do cônjuge, e na falta deste, de parentes próximos. O artigo 1º da Lei nº 4.280/63 estabelecia:

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.

O legislador ao regulamentar sobre a disposição de órgãos no país, levou em conta a capacidade do doador para realizar as próprias escolhas permitindo, desde já, que o transplante poderia ser feito mediante autorização escrita do próprio paciente, não subtendo, nesse caso, sua vontade à autorização de terceiros alheios a seus desejos. Nesse caso, a manifestação familiar configurava-se como subsidiária nos casos de omissão por parte do doador quando ainda em vida.

Após isso, tem-se a criação da Lei nº 5.479/68 que revogou o dispositivo anterior, mas manteve a autorização do doador como requisito para a realização do transplante. O novo texto legal ainda trazia consigo inovações no que tange aos transplantes de órgãos e tecidos humanos, permitindo nesse caso, que os relativamente incapazes pudessem se configurar como doadores, além de, possibilitar a retirada de órgãos entre pessoas vivas. A Lei nº 5.479/68 previa que:

Art. 1º A disposição gratuita de uma ou várias partes do corpo "*post mortem*", para fins terapêuticos é permitida na forma desta Lei. [...]

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;

II - Pela manifestação da vontade, através de instrumento público, quando se tratar de disponentes relativamente incapazes e de analfabetos; [...]

Por esse ângulo, verifica-se que o novo dispositivo legal expandiu novas possibilidades e representou um avanço se comparado ao texto anterior, visto a possibilidade de realizar o transplante inter vivos e a configuração de incapazes como possíveis doadores, peculiaridades essas não abarcadas na norma anterior.

Todavia, distanciando-se da realidade jurídica e aprofundando-se dentro do contexto social, a demanda por doações de órgãos aumentava gradativamente, enquanto que o número de doadores permanecia estável ou avanço era tímido se comparado com o crescimento da demanda, gerando assim, insuficiência nos postos de saúde. Somado a isso, nota-se ainda que com o passar dos anos não havia textos normativos que acompanhassem essa evolução e diversificação. Novas necessidades surgiam, a demanda por novos órgãos e novos procedimentos cirúrgicos aparecia e a lei não conseguia acompanhar essa evolução, culminando no atraso legal do direito para com essa situação (DINIZ, 2002).

Como reação a isso, em 19 de dezembro de 1986 foi criado, na cidade de São Paulo, a Associação Brasileira de Transplante de Órgãos (ABTO), uma sociedade médica civil, sem fins lucrativos, que tem como objetivo principal estimular o desenvolvimento de todas as atividades relacionadas com transplantes de órgãos no Brasil, contribuindo para o estabelecimento de normas, além da criação e aperfeiçoamento de legislações relacionadas ao assunto. Atualmente, a instituição visa aprimorar toda a legislação vigente que regulamenta a disposição de órgãos no país e incentivar o surgimento de novos doadores (ABTO, 2020).

Logo mais, com a promulgação da Constituição Federal em 1988, o constituinte ao perceber que o assunto ganhara notoriedade no âmbito social, tratou especificamente sobre o tema em seu artigo 199, § 4º ao qual preceitua que:

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.

Destarte, o constituinte entendendo que a remoção de órgãos se configura como assunto de grande relevância social, incumbiu a lei de regulamentar os procedimentos que envolvessem a remoção de partes do corpo humano.

Nesse liame, o legislador editou a Lei nº 8.489/92, que dispõe sobre a retirada e o transplante de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, com fins terapêuticos e científicos, a fim de dar efetividade ao que propunha a Constituição e para tal, fora criado ainda, o Decreto nº 879, regulamentou esse dispositivo de forma a dar mais flexibilidade a doação. No entanto, não trouxe consigo tantas inovações. O novo texto normativo, assim como os anteriores, resguardou os seus pontos positivos, mas quanto ao real efeito, permaneceu inflexível e pouco alterou a realidade social.

Acerca do tema, explana Brauner:

A Lei 8.489/1992 que revogou a lei de 1968 respeitou seus preceitos positivos, como a gratuidade da doação e a imposição de que o transplante só ocorresse quando indispensável ao receptor e sem qualquer tipo de prejuízo para o doador. Contudo, apesar de algumas inovações, pouco alterou a realidade de fato. (BRAUNER, 2005, p. 35)

Assim, por mais que alguns dispositivos previstos em leis anteriores fossem resguardados pela nova legislação, como a gratuidade e a indispensabilidade ao receptor sem qualquer risco ao doador, não houve, no que tange aos efeitos sociais, inovações, flexibilidade

e a diminuição da burocracia para o transplante. A Lei nº 8.489/92 permaneceu estável e não alterou a realidade social.

Logo após, no ano de 1997, fora editada uma nova lei que regulamentaria a remoção de órgãos do corpo de forma a atender as demandas sociais e fomentar o incentivo as doações, de modo que fosse superado a insuficiência existente nos postos de saúde, bem como estivesse em plena simetria com a nova Constituição Federal.

Assim sendo, criou-se a Lei nº 9.434/97, que seria a responsável por produzir todos os efeitos sociais necessários para que houvesse de fato a flexibilização nos transplantes de órgãos, de modo a aumentar o número de doadores na sociedade. A referida lei veio para atualizar, flexibilizar e efetivar todas as atividades envolvendo a disposição de órgãos e tecidos do corpo humano. Assim sendo, inseriu-se no texto legal a chamada doação presumida de órgãos *post mortem*, em outras palavras, a pessoa que não se manifestava contrária a doação de órgãos em vida, era automaticamente considerada doadora após a morte (MAYNARD *et al.*, 2016).

No entanto, a edição na nova lei gerou um efeito reverso, diversas foram as críticas no que concerne alguns de seus aspectos, em especial, ao que determina o artigo 4º do referido dispositivo, objeto de estudo deste trabalho e que será analisado a seguir.

2.1 LEGISLAÇÃO VIGENTE - LEI FEDERAL Nº 9.434/97

Atualmente, a Lei Federal nº 9.434/1997, alterada pela Lei nº 10.211/01 e, posteriormente, regulamentada pelo Decreto nº 9.145/17, disciplina a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Cabe à respectiva lei estabelecer as diretrizes que deverão ser tomadas pelos profissionais da saúde a fim de dar efetividade ao transplante de órgãos e tecidos do corpo humano, assim, nessa perspectiva, ressalta-se que o presente regimento trouxe consigo relevantes modificações no ordenamento jurídico e consequências sociais.

A lei surgiu da necessidade de atender os anseios sociais e promover um maior número de doadores, a fim de suprimir a insuficiência de órgãos nos postos de saúde. Em tese, o presente ato normativo representaria um avanço na legislação nacional no que concerne aos transplantes de órgãos, trazendo em sua redação inovações e algumas peculiaridades já existentes nas leis anteriores, que dispunham sobre o mesmo assunto (MARINHO, 2011). Assim, de forma a operacionalizar esse serviço, a lei criou o Sistema Nacional de

Transplantes, responsável pela infraestrutura da notificação de casos de morte encefálica, captação e distribuição de órgãos e tecidos que é denominada de fila única.

Contudo, os efeitos provocados pela redação do novo texto normativo geraram um efeito reverso. A crítica ao que dispõe o texto legal recai principalmente ao que estabelece o artigo 4^a, que tutela a doação de órgãos *post mortem*, além de outras providências. Nota-se inicialmente que o intuito da lei foi diminuir a fila de espera dos doentes que necessitam de um transplante ou para sobreviver ou pela estética (LOUREIRO, 2009). Entretanto, o artigo 4^o não fora recepcionado muito bem pela população.

O artigo 4^o da Lei nº 9.434/97 possuía a seguinte redação:

Art. 4^o 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*.

Originalmente, o referido artigo estabeleceu a doação presumida de órgãos após a morte, isto é, aqueles que não se manifestavam contrários a doação eram automaticamente considerados doadores. Esse dispositivo gerou um efeito contrário ao que se esperava, posto que não atingiu o seu real propósito. Nas palavras de Elton Carlos de Almeida (2012, p. 34), “o novo contexto legal não atingiu o propósito de aumentar a oferta de órgãos; pelo contrário, milhares ou milhões se cadastraram como “não doador” em documentos oficial”. Assim, a doação presumida não se enquadrava como medida mais adequada.

Isso ocorreu devido ao sentimento de pânico que se instaurou entre a população. Arelado a isso, teve-se a resistência de diversos segmentos, como a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, Conselho Federal de Medicina, Igreja Católica, entre outras instituições que se posicionaram contrárias a doação presumida. Esse posicionamento tornou-se fator determinante para sua revogação (CARRIÃO, 2004).

Sobre assunto, discorrem Maynard *et al.*:

Com o claro intuito de ampliar o número de doações e diminuir as filas de transplantes, a lei introduziu a doação presumida de órgãos *post mortem*, isto é, a resolução de que brasileiros que não houvessem se manifestado de forma contrária à doação fossem considerados doadores, no entanto, os efeitos da lei foram contrários ao que ela se propunha a fazer originalmente. (MAYNARD *et al.*, 2016, p. 44)

Assim sendo, a normativa de 1997 previa que a manifestação contrária à doação deveria ser feita de maneira categórica em documento oficial, mas que sua reformulação

poderia ser realizada a qualquer tempo. Maynard *et al.* (2016) apoiavam-se na ideia de que a doação presumida descaracteriza o ato de doação que deve ser voluntário e não imposto.

Na maioria dos países civilizados, dentre os quais podemos mencionar Áustria, Alemanha, Espanha, França e Itália, o cidadão tem a liberdade de escolher entre ser ou não doador, no Brasil, pelas legislações anteriores, a permissão para aproveitamento de órgãos havia de ser dada pelo doador, através de manifestação em vida, devidamente documentada (CARRIÃO, 2004).

Contudo, com o advento da normativa de 1997 no Brasil, o legislador impôs a doação presumida caso não houvesse manifestação em contrário. O dispositivo legal deu o caráter de compulsoriedade, na qual deveria constar na Carteira de Identidade Civil e na Carteira Nacional de Habilitação do cidadão a expressão “doador” ou “não doador”. Essa medida legislativa, no entanto, foi objeto de crítica, visto que aqueles que, por algum motivo, não possuísem o registro de ser ou não um doador nos documentos de identificação, seria obrigatoriamente taxado como doadores compulsórios devido ao consentimento presumido (SARCINELLI e OBREGON, 2018).

Destarte, percebe-se que a matéria que envolve a doação de órgãos *post mortem* é de alta complexidade, visto que, a longo da história legislativa, diversas foram as leis que trataram sob o assunto, no entanto, nenhuma se fixou no ordenamento jurídico, vez que estão sempre sendo alvo de novas medidas legislativas optando por revogar ou por alterar o seu conteúdo. A título de exemplo, tem-se a redação do artigo 4º da Lei nº 9.434/97, que fora revogado pela Lei nº 10.211/2001, que aboliu a doação presumida e introduziu a doação consentida.

2.2 ARTIGO 4º - REDAÇÃO INSTITUÍDA PELA LEI Nº 10.211/01 - ANÁLISE SOBRE O REQUISITO AUTORIZADOR PARA O TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS APÓS A MORTE

Atualmente o referido artigo é responsável por regulamentar o transplante de órgãos *post mortem*, isto é, após a morte do possível doador. O artigo 4º da Lei nº 9.434/97, com redação dada pela Lei nº 10.211, de 23.3.2001, ficou da seguinte forma:

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 assinado por duas testemunhas presentes à verificação da morte.

O legislador define a manifestação familiar como fator determinante para a concessão de órgãos após a morte do paciente. Diferentemente de todas as outras legislações, o novo dispositivo legal desconsidera a capacidade do doador para realizar as próprias escolhas.

Andrezza Rocha Dias Sarcinelli e Marcelo Fernando Quiroga Obregon explicam:

A doação de órgãos no Brasil passou de presumida para consentida pela família. Ou seja, só se pode proceder a retirada de órgãos, tecidos e partes do corpo humano *post mortem* para fins de doação e transplante quando esse procedimento for autorizado pela família do de cujus, na ordem estabelecida no artigo 4º da vigente lei que regula o assunto. (SARCINELLI e OBREGON, 2018)

A autorização da família como requisito imprescindível para a retirada de órgãos e a burocracia envolvida no transplante são os principais pontos a serem observados. Esses aspectos legais tornam-se objeto de discussões e críticas entre os operadores do direito, posto que, a norma em vigor, especificamente do que trata o artigo 4º, não se revelou como algo inovador, mas nefasto, pois fomenta a burocracia e desconsidera a vontade do doador (SARCINELLI e OBREGON, 2018).

Nesse liame, consigna-se pontuar que o texto legal ainda deixou em aberto se a exigência do consentimento familiar na doação de órgãos *post mortem* prevalece somente nos casos em que o doador se manifeste válida e expressamente a respeito, ou se deve ser observada em qualquer caso.

Destarte, o Senador Laiser Martins, através do Projeto de Lei nº 453, de 2017, explana:

[...] essa lacuna ou obscuridade legislativa tem levado alguns a sustentarem a necessidade de ter sempre a família que se manifestar nos casos de doação de órgãos *post mortem*, à falta de texto expresso que explicita o âmbito exato de aplicação de tais disposições normativas. Dessa maneira, a Lei dos Transplantes deveria ser suficientemente clara quanto ao requisito do consentimento familiar somente ser exigido para os casos em que o doador, em vida, tenha deixado de se manifestar a respeito, seja a favor ou contra a doação, em interpretação sistêmica do ordenamento jurídico [...] (BRASIL, 2017)

Assim, o Senador compreende que a norma deve ser clara, concisa e objetiva de modo a estabelecer que a participação familiar no transplante de órgãos após a morte só se mostra necessário quando o doador em vida não tenha se manifestado a respeito do assunto, seja contrário ou favorável a doação.

Outro ponto a ser observado restringe-se ao fato de o legislador desconsiderar a personalidade e a capacidade do doador para realizar as próprias escolhas, em desconformidade com o que preceitua o Código Civil de 2002:

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

A Lei Federal nº 9.434/97, especialmente no que diz respeito a redação do artigo 4º, não está em conformidade com o que preceitua o Código Civil e a Constituição Federal, posto que não reconheceu a capacidade do doador de se manifestar a respeito do transplante de órgãos, na medida em que condiciona, ou melhor, estabelece a autorização da família como fator único e determinante para que o transplante seja realizado (PIMENTEL; SARSUR; DADALTO, 2018).

Sobre o assunto, discorre os autores que, “nos termos do texto constitucional, o artigo 14 do Código Civil estabelece a disposição gratuita do corpo, em vida e *post mortem*, garantindo direito personalíssimo que já vinha sendo utilizado em todas as demais leis que tratavam da doação e do transplante de órgão” (PIMENTEL; SARSUR; DADALTO, 2018).

Assim sendo, o respeito à autonomia dos que desejam doar seus órgãos se configura como atributo personalíssimo, isso porque, nas palavras de Martins “o ato de dispor do próprio corpo envolve aspectos subjetivos da individualidade da pessoa do sujeito, relativamente ao que lhe é próprio, isto é, seu corpo, vivo ou morto” (BRASIL, 2017). Portanto, não é legal a vontade da família sobrepor-se a vontade do doador, visto o caráter personalíssimo dado aos transplantes.

Todavia, apesar do posicionamento doutrinário divergir do que preceitua o dispositivo legal, o legislador editou o Decreto nº 9.175/17, que revogou o decreto anterior (nº 2.268/97), e consagrou em definitivo a autorização familiar como único requisito para a doação de órgãos no Brasil. Os artigos 17 e 20 do atual decreto legislativo afirmam que:

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 [...]

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.

Portanto, apesar das críticas a respeito da autorização da família como requisito indispensável para a autorização de órgãos *post mortem*, sem considerar a vontade do doador falecido para o efetivo transplante, é esta a tese jurídica que legislador achou mais cabível a fim de solucionar a escassez de órgãos nos postos de saúde.

E com mesmo entendimento têm-se posicionado a jurisprudência dos tribunais. A esse respeito, vale carrear o julgamento exarado pelo ministro relator Cesar Asfor Rocha do Supremo Tribunal de Justiça (STJ):

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 135.414 - RJ (2012/0009773-7)
RELATOR : MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA AGRAVANTE : UNIÃO
AGRAVADO : ANTÔNIO CONDE SOBRINHO E OUTROS ADVOGADO :
ALEXANDRE VARELLA E OUTRO(S) DECISÃO Agrava-se de decisão que
negou seguimento a recurso especial interposto com fulcro no art. 105, inciso III,
alínea "a", da CF, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, assim
ementado: "RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL.
RESPONSABILIDADE OBJETIVA - ART. 37, § 6º, DA CF/88. OMISSÃO.
RETIRADA DE ÓRGÃOS SEM AUTORIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE ILICITUDE.
DEVER DE INFORMAR - ART. 46- RESOLUÇÃO - CFM Nº 1.246/88, 08.01.88.
1- Ação ajuizada postulando indenização por dano moral, em virtude de necropsia
com remoção de órgãos sem autorização. 2- As partes do corpo integram a
personalidade humana, portanto caracterizadas como coisa extra commercium sendo
vedado ato de disposição oneroso (art. 199, § 4º, CF, art. 1º, da Lei 9.434/97),
admitindo-se a disposição gratuita para fins terapêuticos que não cause prejuízo ao
titular do direito. 3- A nova redação do art. 4º, da Lei 9.464/97 alterou a regra que
permitia a chamada doação presumida, assim a Lei 10.211/2001 passou a exigir a
autorização expressa do cônjuge, companheiro ou parente próximo, se não houve
doação em vida pelo titular. A autorização familiar é requisito único e
imprescindível para os transplantes de órgãos, conforme redação do artigo
supramencionado. [...]. (STJ - AREsp: 135414 RJ 2012/0009773-7, Relator:
Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Data de Publicação: DJ 09/04/2012)

Sem querer adentrar no mérito da questão, ao que parece a jurisprudência não tem acertado, visto que a recusa familiar é o fator que mais tem contribuído para a estagnação dos transplantes no país. Conforme dados da Agência Brasil e do Jornal da Universidade de São Paulo, cerca de 43% (quarenta e três por cento) das negativas para doação de órgãos advém da recusa familiar (CRUZ, 2019).

A autorização familiar como requisito imprescindível para os transplantes de órgãos e tecidos do corpo dá plenos poderes a família decidir acerca do tema. O legislador retira a manifestação de vontade do doador, enquanto que Órgãos Julgadores certifica essa medida.

Assim sendo, verifica-se que alguns fatores contribuem para a recusa familiar no que concerne a doação de órgãos no país, dentre os quais se destacam o desconhecimento quanto ao procedimento utilizado e a invocação de pressupostos religiosos como justificativa para a não autorização.

2.3 O PROCESSO DE DOAÇÃO DE ÓRGÃOS E O POSICIONAMENTO DA FAMÍLIA BRASILEIRA

A lei de transplante traz consigo a autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau, como requisito fundamental para a efetivação da doação de órgãos no Brasil.

O processo de doação e transplantes de órgãos é extremamente complexo, na medida em que envolve a participação de diversos profissionais da saúde que atuam em etapas distintas, sendo necessária a perfeita sincronia, organização e conhecimento de cada profissional para desenvolvimento pleno de cada etapa (BRASIL, 2017).

Neste sentido, vale vislumbrar a necessidade de as autoridades estarem presentes no processo de doação de órgãos, no sentido de viabilizar órgãos saudáveis, viáveis a serem transplantados por meio de uma logística rápida, efetiva, a qual possa assegurar uma maior sobrevivência ao paciente submetido ao transplante. Assim, considera-se relevante, prudente e fundamental, o desenvolvimento de novos estudos que possam oportunizar qualidade e segurança nessa temática (QUINTANA e ARPINI, 2009).

Ressalta-se que não tomar conhecimento a respeito dos desejos do familiar sobre a doação de órgãos se configura como uma das principais razões pelas quais as famílias não optam por realizar o transplante de órgãos, no entanto, a desinformação sobre procedimento médico não é o único fator que contribui para a recusa da familiar na hora de decidir sobre a remoção de órgãos (ROSÁRIO *et al.*, 2013). A indevida utilização de crenças religiosas também se torna fator determinante nesse processo.

A título de exemplo, têm-se o catolicismo, espiritismo, judaísmo, islamismo, budismo e anglicanismo que apoiam a doação de órgãos. Os hindus, testemunhas de Jeová, mórmons e a Igreja Pentecostal acreditam que a decisão de doar cabe ao indivíduo, bem como, as responsabilidades de sua escolha, mas não se opõem ao transplante (FERRAZZO *et al.*, 2011). Contudo, parcela da família brasileira, injustificadamente, utiliza-se dessas religiões para negar a autorização.

A cerca desse tema, esclarece Edvaldo Leal de Moraes:

No Brasil é importante ressaltar que muitos familiares usam como escape a crença religiosa para justificar e amenizar a dificuldade de assumir a decisão tomada em relação à sua recusa à doação de órgãos, mas nota-se que grande parte das igrejas é a favor da doação. As crenças culturais falam mais alto do que as crenças religiosas, mas as pessoas costumam usar a religião como fator fundamental e como desculpas

à sua negação para a doação de órgãos. (MORAES, 2007 *apud* ROSÁRIO *et al.*, 2013)

Destarte, observa-se que o autor, ao explicar sobre a recusa familiar no processo de doação de órgãos e tecidos do corpo, demonstra que a família brasileira representa um grande entrave à realização dos transplantes. Os fatores que geram essa realidade são fundados em crenças religiosas, que são utilizadas pela família como meio de se esquivar do ato de doar, ainda que as igrejas se posicionem favoravelmente à doação e, principalmente, as crenças culturais, que se sobrepõe as religiosas e representam o grande motivo pela recusa da família.

No que concerne às crenças culturais, vale registrar que essas estão relacionadas intimamente com a desinformação e o medo que a família tem de o corpo do familiar que será o doador sofrerá algum tipo de mutilação ou desconfiguração (ROSÁRIO *et al.*, 2013).

Nesse liame, explanam Elza Nascimento do Rosário, Luciane Gonçalves de Pinho, Gleidson Brandão Oselame e Eduardo Borba Neves (2013) que o aspecto cultural se relaciona quando a recusa para a doação de órgãos está baseada no desejo dos familiares em que permaneça íntegro o corpo do paciente, bem como o devido esclarecimento sobre a configuração da morte encefálica.

Inicialmente, a lei de transplantes determina em remoção de órgãos *post mortem* só possa ser realizada mediante constatação da morte encefálica do paciente, ao qual deverá ser constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante e com a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina. O artigo 3º da Lei nº 9.434/97 preceitua:

Art. 3º. A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

Assim sendo, o legislador determina como fator imprescindível para a remoção de órgãos a constatação da morte encefálica por médicos não participantes das equipes de remoção. Ademais, o Ministério da Saúde define a morte encefálica como a completa e irreversível parada de todas as funções do cérebro. Isto significa que, como resultado de severa agressão ou ferimento grave no cérebro, o sangue que vem do corpo e supre o cérebro é bloqueado e o cérebro morre (BRASIL, 2008b).

No tocante a este assunto, o Conselho Federal de Medicina regulamenta a matéria, através da Resolução nº 2.173/2017, esclarecendo que:

A morte encefálica pode ser definida como a perda completa e irreversível das funções do encéfalo — parte que comanda todas as atividades do organismo [...]. A morte encefálica é caracterizada pela cessação das atividades corticais — do córtex cerebral — e do tronco encefálico [...]. A ausência dessas funções implica em morte, pois o paciente não é mais capaz de respirar, manter a temperatura ou pressão necessárias para a sobrevivência [...]. (MORSCH, 2020).

Assim sendo, somente quando constatada a morte do encéfalo é que o paciente se torna apto para exercer a doação de órgãos *post mortem*, visto que o quadro se configura como irreversível pela medicina. A morte encefálica é a definição de morte no direito e na medicina.

Em relação a manter o corpo íntegro, verifica-se que a família tem receio de que o corpo do paciente possa sofrer mutilações, devido à retirada dos órgãos, tornando-o irreconhecível ou com a imagem desconfigurada. Essa questão analisa valores culturais, posto que o corpo representa a memória da vida passada que deve ser lembrada e protegida de modo que a imagem do paciente falecido seja tão próxima quanto possível de quando estava vivo (PESSOA; SCHIRMER; ROZA, 2013). Os familiares acreditam que ao concordarem com a doação de órgãos, resta evidenciado o desrespeito para com o corpo do familiar morto, na medida em que poderia atingir sua imagem e, conseqüentemente, sua própria dignidade (ROSÁRIO *et al.*, 2013).

No que se refere à dignidade da pessoa, cabe registrar que ela também atinge as pessoas falecidas. Explica a juíza Cristiane Pederzolli Rentzsch que:

[...] dignidade da pessoa humana não abrange o ser humano, tão somente, em seu aspecto moral, mas, também, em seu aspecto físico, no direito de ter seu corpo íntegro, seja durante a vida seja após a sua morte (morte digna) [...]. (Autos nº 118-44.2010.4.01.3400, 2010 *apud* REVISTA CONSULTOR JURÍDICO, 2010)

Assim, ao importunar o corpo mediante procedimento cirúrgico, a família compreende que não só integridade física do paciente estaria sendo atingida, mas a sua dignidade como pessoa estaria sendo atacada.

Outro item relevante na recusa de doação de órgãos é o aborrecimento com a equipe do hospital devido à demora na liberação do corpo, atrelado a falta de sensibilidade dos médicos para com a família (ROSÁRIO *et al.*, 2013). Esse último ocorre pelo fato de o médico no momento em que relata a família que o ente querido faleceu, devido à morte encefálica, deve questionar em seguida sobre a possibilidade de doar seus órgãos ou não.

Em razão da retirada dos órgãos implicarem em demora na liberação para o velório e o enterro, ocorre a impaciência por parte dos familiares. As situações de descontentamento com

o atendimento no hospital só representam a insatisfação dos familiares com a falta de informação e atenção dadas pelos profissionais da saúde. Assim, as informações e a estrutura hospitalar para com os transplantes de órgãos influenciam diretamente na opinião das famílias brasileiras (ROSSATO *et al.*, 2017).

Atrelado a isso, a desconfiança no processo de transplantes torna-se outro motivo para que as famílias brasileiras se neguem a aderir à doação. Nas palavras de Alberto Manuel Quintana e Dorian Mônica Arpini (2009), “o sistema em alguns casos, é visto como corrupto, favorecendo àqueles que possuem mais recursos econômicos e dando ao possível doador a sensação de estar sendo usado”. Assim, o ato que em si seria generoso – doar com fins científicos ou altruístico – passaria a ser corrompido, isso porque, o órgão do ente falecido favoreceria pessoas com mais recursos econômicos dando ao doador a sensação ter sido “usado”.

Assim sendo, a família tem como motivo dois grandes aspectos para a negativa na doação de órgãos. Primeiro, no que diz respeito aos aspectos religiosos, posto que a família utiliza-se da religião como justificativa para denegar a autorização para realizar a doação, mesmo a maioria das religiões posicionando-se favoravelmente aos transplantes de órgãos ou tecidos do corpo (ROSÁRIO *et al.*, 2013).

Segundo, no que concerne aos aspectos culturais, englobando, neste caso, a desinformação da família quanto ao procedimento médico utilizado e a desconfiança para com o sistema público de transplante, visto que os familiares acreditam que serão beneficiado apenas pacientes com posições sociais mais elevadas, trazendo assim, o sentimento de que o doador fora utilizado como mero objeto (BENDASSOLLI, 2001).

Contudo, conforme o Decreto nº 9.175/17, responsável por regulamentar a Lei nº 9.434/97, fica definido que os receptores devem obedecer a uma série de critérios técnicos para ser um beneficiário. A posição social ou o status econômicos do paciente não se configuram como requisitos para tornar uma pessoa beneficiária ou não de um órgão. A lei traz consigo uma lista de espera única, onde serão colocados os pacientes que necessitam de um transplante de órgãos. O artigo 5ª do Decreto nº 9.175/2017 expõe a seguinte redação:

Art. 5º O Ministério da Saúde, por intermédio de unidade própria prevista em sua estrutura regimental, exercerá as funções de órgão central do SNT, e lhe caberá: [...] VIII - gerenciar a lista única de espera de receptores, de forma a garantir a disponibilidade das informações necessárias à busca de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano para transplantes [...].

Rossato *et al.* (2017) explicam que a lista de espera única é responsável por determinar a “ordem hierárquica” a ser seguida pelo sistema nacional de transplantes para determinar o próximo receptor a ser contemplado com um órgão ou tecido. E completando o raciocínio dos autores, determina o Ministério da Saúde, por meio da Portaria nº 2.600/2009:

Art. 28. O Sistema de Lista Única será constituído pelo conjunto de potenciais receptores brasileiros, natos ou naturalizados, ou estrangeiros residentes no país inscritos para recebimento de cada tipo de órgão, tecido, célula ou parte do corpo, e regulado por um conjunto de critérios específicos para a distribuição deles a estes potenciais receptores, assim constituindo o Cadastro Técnico Único - CTU.

Os critérios específicos para que um receptor seja um beneficiário reside no tempo em que um paciente está a espera de um transplante, a urgência do procedimento, atrelado a compatibilidade entre doador e receptor, que é determinada por exames laboratoriais e por fim, a própria posição na lista de espera (PESSOA; SCHIRMER; ROZA, 2013).

Dessa forma, em síntese, o processo de doação de órgãos compreende as seguintes etapas: diagnóstico de morte encefálica, autorização da família, entrevista familiar, retirada de órgãos, transporte e recuperação. Acerca das etapas do procedimento utilizado, informa o Ministério da Saúde:

Diagnóstico de morte encefálica: À princípio, qualquer pessoa que tenha tido a morte encefálica confirmada pode se tornar doadora. Esse é um quadro irreversível em que é diagnosticada a parada total das funções cerebrais. São realizados testes como o eletroencefalograma e a angiografia cerebral para certificar os médicos e a família da parada do órgão. Autorização da família: Após o diagnóstico de morte encefálica, a família deve ser consultada e orientada sobre o processo de doação de órgãos. Depois de seis horas de atestada a falência cerebral, o potencial doador passa por um novo teste clínico para confirmar o diagnóstico. Em seguida, a família é questionada sobre o desejo de doar os órgãos. Mensagens por escrito deixadas pelo doador não são válidas para autorizar a doação. Por isso, apenas os familiares podem dar o aval da cirurgia, após a assinatura de um termo. De acordo com o Ministério da Saúde, metade das famílias entrevistadas não permite a retirada dos órgãos para doação. Entrevista familiar: Depois da confirmação da morte encefálica e de manifestado o desejo pela família de doar os órgãos do parente, a equipe médica realiza um questionário com os familiares para detalhar o histórico clínico do paciente. A ideia é investigar se os hábitos do doador teriam levado ao desenvolvimento de possíveis doenças ou infecções que possam ser transmitidas ao receptor. Doenças crônicas como diabetes, infecções ou mesmo uso de drogas injetáveis podem acabar comprometendo o órgão que seria doado, inviabilizando o transplante. Retirada de órgãos: De um mesmo doador, é possível retirar vários órgãos para o transplante. Em geral, as cirurgias mais recorrentes são as de coração, pulmões, fígado, pâncreas, intestino, rins, córnea, vasos, pele, ossos e tendões. Com isso, inúmeras pessoas podem ser beneficiadas com os órgãos de um mesmo doador. Os órgãos que duram menos tempo uma vez fora do corpo são retirados antes. Transporte: Quando a doação é entre pessoas de Estados diferentes, o Ministério da Saúde viabiliza o transporte aéreo dos tecidos e órgãos. A pasta tem um acordo voluntário de cooperação com companhias aéreas para assegurar o traslado. As empresas transportam os órgãos gratuitamente em voos comerciais. Recuperação:

Depois de transplantado, o paciente tem um pós-operatório semelhante ao de outras cirurgias. Mas o sucesso da operação depende de vários fatores, como as condições do órgão e o estado de saúde do paciente. No entanto, ele terá de tomar remédios imunossupressores durante toda a vida para evitar uma possível rejeição do corpo ao novo órgão. (BRASIL, 2016, grifo nosso)

Assim, o que se verifica é que a Lei nº 9.434/97 estabelece vários estágios até a realização de fato dos transplantes de órgãos *post mortem*. O diagnóstico da morte encefálica por dois médicos e a autorização familiar compreendem a parte burocrática e inicial do processo. No que concerne ao processo de autorização, conclui-se que as famílias que vivenciam o processo de decisão de doação ou não de órgãos passam por um momento difícil e inesperado em suas vidas (PESSOA; SCHIRMER; ROZA, 2013).

A internação do familiar, bem como, os motivos da internação e a estrutura dos sistemas de transplantes oferecidos pela rede pública de saúde são agravantes para essa situação. O conceito de morte encefálica é difícil de ser entendido pelas famílias na situação que elas estão vivenciando, mas de certa forma elas têm compreensão do significado (PESSOA; SCHIRMER; ROZA, 2013).

O que se ressalta é que a redação do artigo 4º da Lei de transplantes ofende o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que não possibilita ao doador manifestar-se acerca do tema. O texto legal desconsidera o direito da personalidade e a vontade do doador ao determinar a autorização familiar como requisito exclusivo para a autorização dos transplantes de órgãos e tecidos do corpo do *de cuius*. O legislador, ao estabelecer o presente dispositivo jurídico, fomenta a burocracia nos transplantes de órgãos, visto que a família é posta em uma situação desconfortável e necessita de tempo para se adequar a toda essa realidade.

Dessa forma, a personalidade e a vontade do doador não são levadas em consideração pelo legislador, isso porque, a Lei nº 9.434/97, regulamentada pelo Decreto nº 9.175/97, reforçam a exclusividade da autorização familiar como requisito para a autorização dos transplantes de órgãos *post mortem*. Destarte, faz-se necessário realizar um estudo acerca dessa desconsideração para compreender como essa problematização afeta o princípio central da Constituição Federal.

3 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE E DA VONTADE DO DOADOR NO TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS

A doação de órgãos no Brasil tem o seu grau de complexidade. O ato de dispor do próprio corpo coloca em choque a vontade do doador falecido e a vontade família, que atualmente goza de autoridade para determinar a realização do transplante ou não.

O Poder Legislativo, no intuito de corrigir os erros do artigo 4^a da Lei nº 9.434/97, edita a Lei nº 10.211/01, que altera a sua redação e, conseqüentemente, desconsidera a personalidade e a vontade do paciente para a doação de órgãos após a morte e, sinuosamente, restringe a dignidade humana do doador ao não levar em conta que dispor do próprio corpo é um ato de última vontade, sendo tal vontade resguardada pelo direito personalíssimo. A desconsideração da personalidade e da vontade do doador fere o princípio da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, faz necessário primeiramente esclarecer a diferença essencial entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais, bem como o significado de dignidade da pessoa humana, para só então demonstrar como o artigo 4^o da Lei nº 9.434/97 infligi o princípio central de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

3.1 DIREITOS PERSONALÍSSIMOS ENQUANTO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos da personalidade são entendidos como os direitos que a pessoa tem sobre seu corpo, bem como todas as características inerentes a ele. Isso significa dizer que o titular da personalidade possui atributos essenciais a sua pessoa, sem quais ela se torna incompleta, frágil e irrealizada (DE CUPIS, 2008).

Em outras palavras, a pessoa sujeita de direitos de personalidade possui características que definem a sua qualidade humana, entre as quais podemos mencionar a vida, liberdade, imagem, honra, integridade física, psíquica, segurança e etc (DINIZ, 2011).

Os direitos fundamentais, subjetivos ou individuais, por sua vez, são aquelas prerrogativas ou instituições que foram conquistadas pelas pessoas ao longo da história de modo a limitar a atuação do Estado perante a sociedade (CONCEIÇÃO, 2016). Os direitos fundamentais, assim como os de personalidade, surge de um processo histórico que se desenvolve gradativamente.

Acerca desse tema, afirma Alexandre de Moraes (2015, p. 178) que os direitos fundamentais “surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas

nas diversas civilizações, até a conjuração de pensamentos filosóficos-jurídicos, das ideias surgidas como o cristianismo e com o direito natural”, sendo, portanto, os direitos fundamentais resultado de uma lenta e profunda transformação da filosofia jurídica e das instituições estatais a partir de grandes momentos pelo qual a sociedade passou.

Em detrimento dessa evolução, a doutrina de Ivan Lucas costuma dividir os direitos fundamentais em gerações. Cada geração representa um momento histórico e um grupo de direitos fundamentais conquistados.

Os grandes eventos que marcaram a sociedade no decorrer de seu processo histórico proporcionaram a asseguuração de um grupo de direitos frente ao Estado. Em primeiro momento, tiveram-se os direitos de liberdade, decorrentes de uma atuação negativa do ente estatal, posteriormente, direitos sociais que surgem devido as revoltas trabalhistas ocasionadas nas revoluções industriais e, por fim, tem-se aqueles direitos alcançados depois das guerras mundiais, tendo como fundamento a dignidade humana.

O professor Ivan Lucas explica que:

Direitos de primeira geração (individuais ou negativos): são direitos civis e políticos que traduzem a ideia da liberdade, não podendo o Estado desrespeitar tal liberdade (de crença, manifestação de pensamento, etc.). Foram os primeiros a serem conquistados e estão relacionados às pessoas, individualmente. b) Direitos de segunda geração (ou positivos): são direitos sociais, culturais e econômicos que traduzem os direitos de igualdade. De nada adianta possuir a liberdade e não possuir as condições mínimas que possibilitem exercê-la. São considerados direitos positivos, impondo ao Estado uma obrigação de fazer. c) Direitos de terceira geração (difusos, coletivos): são direitos que pertencem a todos, não sendo considerados individualmente de ninguém. São direitos que traduzem as mudanças ocorridas na sociedade por conta de questões ambientais, etc. Ex.: direito ao meio ambiente preservado, ao desenvolvimento sustentável, à paz etc. Surgem devido a grandes momentos históricos, a título de exemplo, têm-se o fato de serem influenciados pelas consequências das guerras mundiais d) Direitos de quarta geração: alguns doutrinadores defendem a ideia de que já existem os direitos de quarta geração. Para alguns, eles constituem o direito à democracia, à informação e ao pluralismo político. Outros defendem que a quarta geração se refere aos avanços da engenharia genética, biomedicina e etc. (LUCAS, 2016, p. 106)

Infere-se dessa explicação que os direitos fundamentais se constroem através de grandes períodos históricos, estes responsáveis por alavancar a ciência jurídica e a resguardar, isto é, tutelar as prerrogativas indispensáveis para que a pessoa humana possa viver harmonicamente na sociedade, por isso do porquê dos direitos fundamentais tutelarem não só direitos essenciais à pessoa humana, mas direitos sociais e políticos, posto que eles são necessários ao convívio social.

Ademais, cumpre apontar que os direitos fundamentais, da mesma forma que os de personalidade, trazem consigo características semelhantes, visto que algumas das

peculiaridades dos direitos fundamentais estão presentes nos direitos personalíssimos, dentre os quais podemos citar a historicidade, universalidade, imprescritibilidade, inalienabilidade, indisponibilidade e etc. (PILASTRE *apud* LUCAS, 2016, p. 106).

Assim, tem-se em mente que os direitos da personalidade podem ser confundidos, a primeiro momento, com os direitos fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 (CF/88), na medida em que ambos tratam de assegurar os direitos da pessoa humana e possuem atributos parecidos. Nesse liame, cabe ressaltar que o artigo 5ª da CF/88, que dispõe acerca dos direitos fundamentais, traz consigo a seguinte redação:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]

Destarte, pode haver uma confusão entre o que seria direitos fundamentais e direitos personalíssimos, posto que a matéria regulada é a mesma. Nessa perspectiva, cabe pontuar que o estudo acerca dos direitos de personalidade e os direitos fundamentais, como institutos semelhantes no que tange a matéria e diferentes no que concerne a abordagem, é pacífico entre os doutrinadores da área do direito.

Todavia, para uma melhor compreensão, cabe inicialmente realizar um breve estudo sobre os aspectos que cada instituto possui a fim de entender o posicionamento doutrinário predominante.

Yasmine Coelho Kunrath (2016) entende que parte da doutrina difere um instituto do outro baseado na forma de como são positivados no ordenamento jurídico do Estado. A autora compreende que os direitos da personalidade usufruem de maior flexibilidade legislativa por estarem tutelados norma inferior a Constituição, enquanto que os direitos fundamentais são mais inflexíveis por estarem previstos na própria na Carta Magna.

Kunrath, explana:

Alguns autores afirmam que os direitos da personalidade não podem ser considerados fundamentais porque estão positivados no plano infraconstitucional, e direitos fundamentais devem estar previstos na Constituição. Além disso, eles rechaçam a possibilidade de o legislador ordinário estabelecer, alterar e revogar direitos fundamentais com a mesma facilidade com que editam leis comuns. (KUNRATH, 2016)

Percebe-se que a diferença inicial entre os direitos personalíssimo e os direitos fundamentais reside na forma de como são positivados. Os direitos fundamentais, por estarem previsto na Constituição Federal, gozam de maior rigidez legislativa, isso significa dizer que

qualquer processo legislativo que vise a alteração desses direitos na constituição é extremamente difícil.

Destarte, os direitos fundamentais por estarem previstos na Carta Maior se diferenciam dos direitos da personalidade, visto que este se encontra regulamentado na norma infraconstitucional. Portanto, o que vale pontuar é que o conteúdo dos dois é essencialmente o mesmo, o que os difere em sua essência é o plano em que estão consagrados.

Ademais, imperioso ressaltar que no ordenamento jurídico nacional os direitos e garantias fundamentais se configuram como cláusulas pétreas da Constituição. Assim sendo, esse dispositivo constitucional é “imutável”, ou seja, não pode sofrer revogação. Seu intuito é proibir que surjam inovações temerárias em assuntos cruciais para a cidadania e para o Estado. A Constituição Federal preceitua que qualquer proposta de emenda constitucional que tende a abolir este preceito não será objeto de deliberação (PEDRA,2006). A Constituição Federal prevê em seu art. 60, § 4º:

Art. 60. [...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

Logo, resta evidenciado que os direitos fundamentais e os direitos essenciais se diferenciam, uma vez que são abordados de modo distintos, ainda que a matéria tutelada por ambos os institutos seja o mesmo, qual seja: os direitos da pessoa humana. Heres Pereira Silva (2013) explica que “os direitos de personalidade são atrelados aos direitos fundamentais, devendo ser estudados juntamente com eles, mesmo porque, é na Constituição que encontramos o fundamento de todo o ordenamento jurídico do Estado”, sendo ainda, dignidade humana o fundamento da República e princípio orientador dos direitos da personalidade.

Ademais, os direitos de personalidade já nascem com a pessoa humana, são direitos, como explanado anteriormente, que definem a qualidade de um ser humano como pessoa, cabendo ao Estado apenas reconhecê-los. Contudo, os direitos fundamentais, por sua vez, são prerrogativas que foram conquistados pela sociedade através de muitas lutas (COTRIM, 2016). São direitos que surgem através de várias origens filosóficas e sociais. Assim, vale vislumbrar que essas prerrogativas fundamentais precisaram ser conquistadas e não meramente reconhecidas.

Por direito fundamental entende-se os direitos que visam resguardar elementos necessários à liberdade do indivíduo e a sua dignidade em quanto pessoa. São direitos construídos e conquistados ao longo do tempo, sendo resultados de grandes conflitos da sociedade ao longo da história. Como explanou o professor Pilastre, “no Estado absolutista, a sociedade ansiava pela liberdade. Nas revoluções industriais, melhores condições de vida e trabalho e assim sucessivamente até os dias atuais” (PILASTRE *apud* LUCAS, 2016, p. 106).

Portanto, percebe-se que em cada período histórico a sociedade necessitava de um grupo de direitos a serem conquistados, cada direito conquistado e positivado no ordenamento jurídico se tornou fundamental a sociedade.

Os direitos de personalidade e os direitos fundamentais podem se confundir, no entanto, com aqueles se configuraram como “qualidades mínimas, atributos relacionados a condição de pessoa humana, sendo direitos inatos, cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e positiva-los” (KUNRATH, 2016), tendo em vista que possuem um grau de complexidade e alcance limitados. O outro decorre de uma luta histórica com um grau de complexidade e alcance muito maiores.

Em síntese, os direitos de personalidade foram reconhecidos pelo Estado para protegerem as pessoas de si mesmas e de terceiros (direito privado). Dizem respeito à proteção do corpo da pessoa, sua integridade física, psíquica, bem como a intimidade e a vida privada. Ao passo que os fundamentais foram conquistados através de lutas, são direitos criados para proteger os indivíduos do Estado. São direitos previsto na Constituição que visam estabelecer o limite ao poder público na sua capacidade de ofender a pessoa humana (DINIZ, 2015).

Os direitos de personalidade seriam uma espécie ou meio de garantir ou dar efetividade aos direitos fundamentais. Ademais, os direitos personalíssimo visam regulamentar o homem com o seu semelhante, enquanto que os direitos fundamentais visam regulamentar o homem frente ao Estado e o meio ao qual ele está inserido, incluindo aqui a própria sociedade e suas instituições, bem como o meio ambiente da qual os ser humano faz parte (AMARAL 2006).

Dessa forma, os direitos fundamentais podem ser entendidos como gênero dos quais os direitos personalísimos são espécies.

3.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A DOAÇÃO DE ÓRGÃOS APÓS A MORTE

O princípio da dignidade da pessoa humana é o atual princípio orientador de todo ordenamento jurídico. Este princípio é responsável por viabilizar a solução pacífica dos conflitos existentes na sociedade. A importância da dignidade humana revela-se como um valor a ser reproduzido por todas as demais leis infraconstitucionais (GONÇALVES, 2013).

O Brasil prevê em sua constituição o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República em seu artigo 1º, inciso III. Esse fundamento é responsável por orientar todas as atividades estatais e os demais códigos infraconstitucionais, tais como o Código Civil, Penal, Trabalhista, Eleitoral, dentre outros e servindo inclusive de parâmetro para as atividades realizadas pelos três poderes, quais sejam: Executivo, Legislativo e Judiciário (MOTTA, 2013).

Acerca desse tema, a doutrina compreende que a dignidade possui diversos conceitos terminológicos, no entanto, todas se correlacionam ao defender o ideal de respeito ou honradez que todas as pessoas humanas merecem. A dignidade está associada aos respeito ético-moral. Arthur Francisco Mori Rodrigues Motta (2013) entende a dignidade como “uma palavra que possui diversos significados, mas normalmente correlata a merecimento ético, em razão do status social ou de condutas baseadas na honestidade e honradez. É uma atribuição outorgada a quem seja merecedor”.

Assim, esse autor compreende que a palavra dignidade serve para designar uma pessoa com uma conduta ilibada, digna, que atua com honestidade, decência e integridade de modo que sua pessoa merece respeito por parte do Estado e da sociedade.

Dessa forma, a dignidade torna-se um atributo da pessoa pelo simples fato do indivíduo “ser humano”, tornando-se merecedor de proteção e respeito, independentemente de sua origem, raça, sexo, cor, idade, estado civil ou posição social (MOTTA, 2013).

Apesar de o referido tema gozar de abstratividade, isto é, não possuir um conceito pré-determinado ou legal elaborado pelo legislador, é ela quem fundamenta todo ordenamento jurídico do Estado cabendo aos demais atos normativos promoverem um maior alcance. Para compreender a relação que a dignidade humana tem com a doação de órgãos após a morte faz-se necessário compreender qual o alcance desse princípio.

Nesse diapasão, vale vislumbrar que a dignidade da pessoa humana, em decisão proferida pela juíza Cristiane Pederzolli Rentzsch, da 17ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, “não abrange o ser humano, tão somente, em seu aspecto moral, mas, também, em seu aspecto físico, no direito de ter seu corpo íntegro, seja durante a vida seja

após a sua morte” (Autos nº 118-44.2010.4.01.3400, 2010 *apud* REVISTA CONSULTOR JURÍDICO, 2010). Portanto, a dignidade alcança todas as pessoas humanas, tanto em vida como após a morte.

Nesse espectro, todavia, cabe salientar que o tema geral da matéria não tem sido discutido constantemente pela jurisprudência. Não foram encontradas decisões específicas acerca do tema proposto, qual seja: o direito de personalidade e o princípio da autonomia da vontade no transplante de órgãos *post mortem* como forma de garantir a dignidade da pessoa humana.

As decisões encontradas basicamente apenas reafirmam o que preceitua o artigo 4º da Lei nº 9.434/97, estabelecendo como requisito exclusivo a autorização familiar para a autorização dos transplantes. A justiça basicamente reitera o que já foi explicado em capítulos anteriores, ao qual confirma a autorização do cônjuge ou parentes próximos para a realização da remoção de órgãos do corpo.

Ademais, a lei federal de transplantes de órgãos ao determinar a autorização familiar como requisito imprescindível à realização da doação *post mortem*, sem oferecer ao paciente a oportunidade de se manifestar em vida a respeito do tema, viola ou abre margem para que a dignidade do paciente falecido seja infligida, caso a família posicione-se contrário à vontade do doador (ALMEIDA, 2012).

A redação dada pela Lei nº 10.211/01 ao artigo 4º da Lei Federal nº 9.434/97 restringe à ampliação da dignidade humana do doador. Isso ocorre porque a lei em vigor não possibilita ao doador a opção de se manifestar acerca do tema, mesmo sendo ele direito de personalidade e de vontade. Acerca do tema, Farias explana:

Após a revogação da medida em 27 de dezembro de 2000, foi editada a Lei 10.211/2001, que alterou o artigo 4º da Lei 9.434/1997, determinando a família como responsável pela decisão de doar ou não os órgãos do falecido. Ao criar monopólio da decisão que afetava a autonomia da pessoa, a nova lei retirou o amparo jurídico da manifestação da vontade do doador, pois, mesmo havendo o desejo expresso, a resolução da família sobressairia. Aprovada às pressas pelo legislador, a mudança legal provocou debate entre os doutrinadores. (FARIAS, 2015, p. 48)

Assim sendo, a dignidade humana do paciente falecido pode vir a ser atingida caso a vontade do doador, titular de personalidade e autonomia, seja contrária à vontade da família. O artigo em análise não transmite ao doador a segurança jurídica que ele necessita para a realização dos transplantes.

Para Alexandre Marinho (2011, p. 121), o atual texto do artigo 4º da Lei nº 9434/97, “alija o possível doador da escolha fundamental do destino de seus órgãos e acaba por privá-lo de completa autodeterminação. Em outras palavras, a redação trazida pelo artigo 4ª afasta o doador de determinar o destino de seus órgãos e priva o doador de sua própria vontade.

Sobre o tema, opina João Carlos Simões Gonçalves Loureiro:

A minha responsabilidade perante o outro exige a minha disponibilidade para que a minha morte possa manter acesa a centelha de outras vidas. Implica assumir o espaço público, na ética civil da comunidade, a dádiva de órgãos como responsabilidade cívica, respeitando, no entanto, aqueles que em virtude de suas crenças, perfilham outra opinião” (LOUREIRO, 2009, p. 64).

Esse autor entende que a lei de transplantes de órgãos tem por objetivo principal o de harmonizar interesses considerados contraditórios. De um lado, têm-se a responsabilidade coletiva ou cívica, de cunho científico, aproveitando o corpo humano, vivo ou morto, para fins de transplantes. Do outro, o interesse individual, que se diferencia da cívica, visto se basearem em outros ideais, tendo por objetivo a preservação do corpo do paciente falecido.

Verifica-se que o princípio da dignidade da pessoa humana se comporta com base do Estado democrático de direito. Ele torna-se responsável por conduzir todas as atividades estatais, incluindo suas funções jurídicas e sociais. Todo ser humano é detentor de dignidade e de liberdade para realizar as próprias escolhas. As leis devem dar efetividade ao que determina o inciso III, do Artigo 1º da CF/88 (DINIZ, 2017).

Acerca do princípio da dignidade humana, ensina Barroso:

[...] figura como uma síntese dos valores abrigados pelo ordenamento jurídico. Espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos seus fins. A lei menor deve atentar-se a esse princípio, promover-lhe maior alcance. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões. Servem de guia para o interprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar a formulação da regra concreta que vai reger a espécie. Contém, portanto, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir. (BARROSO, 2009, p. 29-31)

Ao se firmar no ordenamento jurídico, a dignidade torna-se o parâmetro geral para todos os demais atos normativos, desde os mais simples aos mais complexos. O princípio em questão é abordado sobre dois planos, ora como princípio fundamental, ora como princípio geral, orientador das atividades jurídicas-estatais. Nesse sentido, Harbelle posiciona-se:

A dupla direção protetiva da cláusula da dignidade humana significa: ela é um direito público subjetivo, direito fundamental do indivíduo contra o Estado (e contra a sociedade) e ela é, ao mesmo tempo, um encargo constitucional endereçado ao Estado, no sentido de um dever de proteger o indivíduo em sua dignidade humana em face da sociedade ou de seus grupos, através de suas intuições e leis. (HARBELE, 2009, p. 89)

Por esse ângulo, entende-se que a dignidade age sobe duas perspectivas, primeiro como direito do indivíduo frente ao estado, restringindo o poder dessa instituição para com os integrantes da sociedade. Segundo, como um encargo, gerando uma prestação por parte do Estado, de modo que ele deve, através de seus poderes, promover um maior alcance, bem como, proteger os titulares desses direitos da própria sociedade.

No entanto, a norma em questão restringe o doador de realizar escolhas próprias e ter seus desejos efetivados. O Estado, através da lei, não permite a ampliação da dignidade da pessoa humana do doador de órgãos por ignorar a vontade do próprio paciente, detentor do direito personalíssimo e de vontade, vez que, retira, ou melhor, torna sem efeito qualquer manifestação de vontade do paciente para com o tema (LOUREIRO, 2009).

Ainda que os direitos de personalidade não fossem recepcionados pelo código civil de 1916, cabe ponderar que todas as demais leis anteriores ao dispositivo de 1997, no intuito de promover um número cada vez maior de doadores afim de que fosse suprida a escassez de órgãos nos postos de saúde, respeitaram a vontade do doador para realizar o transplante de órgãos após a morte, desde que tenham se manifestado em vida de forma escrita e legal acerca do tema (MAYNARD *et al.*, 2016).

Com o advento da constituição de 1988 e a inserção do código civil de 2002, os direitos de personalidade e o princípio da autonomia da vontade foram reconhecidos e regulamentados. Contudo, a alteração do artigo 4^a da lei 9.434/97 promovida pela lei 10.211/01 ignorou ambos os institutos ao desconsiderar qualquer manifestação de vontade do doador como sendo válida (MAYNARD *et al.*, 2016).

Acerca do tema, ressalta Cláudia Meirelles Carrião (2004, p. 43) que através da Lei nº 10.211, que dá plenos poderes para a família doar ou não os órgãos de cadáver, todas as manifestações de vontade constantes em documentos foram tornadas sem efeito. Destarte, percebe-se que houve uma mudança significativa a respeito desse assunto, visto que, a lei não dá mais poderes para o doador dispor do próprio corpo.

Como consequência, não se tem apenas o “cerceamento” da dignidade do doador, mas o aumento da burocracia no processo de transplantes, visto que notícia da morte de um paciente a ser comunicada a família e um momento de emoção, afinal, a família alimentava o

desejo de recuperação e cura do ente querido. Em decorrência desse fato, o procedimento para convencer a família de que o ato de doar órgãos pode salvar outras vidas é mais difícil (CRUZ, 2019).

Portanto, a legislação atual fere indiretamente o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que não oferece ao paciente a oportunidade de manifestar-se legalmente a respeito do tema. A autorização de terceiro alheio a vontade do doador como requisito exclusivo para a concessão dos transplantes de órgãos viola a vontade e o direito de personalidade daquele que doa, uma vez que o priva de realizar escolhas próprias (BRASIL, 2017).

A autonomia da vontade concede a pessoa a liberdade de expressar os seus desejos. Através dela o homem é entendido como sujeito de direitos e deveres, podendo opinar, dispor e se tornar responsável por seus atos. Leônidas Meireles Mansur Muniz de Oliveira (2013) completa que “o indivíduo é soberano sobre o seu corpo, cabendo a ele tomar as decisões pertinentes” devendo, portanto, a vontade do doador ser entendido um conjunto de peculiaridades que possibilite ao seu titular a deliberação sobre qualquer assunto que diga respeito ao seu próprio corpo.

Nessa visão, instrui ainda Oliveira:

[...] o ser humano possui em suas mãos o poder de se manifestar de forma contrária ou favorável a uma determina questão. Essa liberalidade deve ser entendida como a autonomia da vontade, sendo a mesma suprema, na maioria das vezes. O homem pode dispor de si em prol de outrem observados os limites legais e medicinais. Tal disposição é entendida como graciosa e altruísta o que afasta qualquer possibilidade de ordem econômica, são nesses preceitos que se funda a doação de órgãos (OLIVEIRA, 2013).

Dessa forma, a vontade do doador deve ser resguardada, visto que, ele é o titular de seu próprio corpo e responsável por ele. A dignidade do ser humano está intrinsecamente relacionada à autonomia da vontade, isso porque é através da vontade que se exterioriza os valores de cada pessoa. Niderlee e Silva Souza de Moura (2017), completa que “o princípio da autonomia da vontade é decorrente do da dignidade da pessoa humana e especifica uma das maneiras de seu exercício ou exteriorização”, contrapondo a legislação em comento.

Assim, verifica-se que a dignidade humana é responsável por orientar todas as demais normas do ordenamento jurídico. As leis infraconstitucionais devem lhe promover uma maior amplitude. A restrição, ainda que de forma sinuosa por qualquer ato normativo ao princípio maior da Carta Magna deve ser combatida. Sobre o assunto esclarece Raquel Santos de Santana:

Ocorre que, com a interpenetração dos Direitos Público e Privado e a constitucionalização do Direito Civil, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser aplicado não apenas às relações do indivíduo com a sociedade e o Poder Público, mas também às relações interindividuais de cunho civil, devendo as leis inferiores atentar-se e lhe proporcionar maior alcance, vedado sua restrição e violação. (SANTANA, 2010)

Então, a dignidade humana orienta não apenas a relação do homem com o Estado, mas também, do homem com os seus semelhantes, devendo também, as leis que se encontram abaixo da constituição proporcionar-lhe uma diversificação e alcance, não sendo lícito à lei infraconstitucional restringir ou violar o seu alcance.

CONCLUSÃO

Os transplantes de órgãos realizados após a morte do doador é um assunto que possui o seu grau de complexidade. A legislação no intuito de promover um número cada vez maior de doadores, de modo que fosse superada a insuficiência de órgãos nos postos de saúde, edita a Lei nº 9.434/97 que introduz a doação presumida.

Sob essa ótica, a doação presumida, ainda que tivesse o objetivo nobre de aumentar o número de doadores, não conseguiu atingir a sua finalidade. A redação original do artigo 4º ignorou o posicionamento da sociedade e dos médicos e acabou por instaurar no meio coletivo o sentimento de “pânico”, isso porque, as pessoas em geral se manifestaram massivamente como não doadoras. Assim, a lei em vez de aumentar os números de doação, fez com que houvesse uma redução gradativa no número de doadores.

Ademais, a doação não deve ser imposta, pois decorre de um ato de mera vontade e generosidade. Intuito de corrigir o erro, o artigo 4º fora alterado pela Lei nº 10.211/01 que revogou a doação presumida e trouxe consigo a doação consentida, dando pleno poderes a família, todavia, essa medida resulta em críticas por parte dos estudiosos do direito.

A crítica reside no que propõe a redação do artigo. O atual dispositivo normativo coloca em choque a vontade do doador como sujeito e titular de personalidade versus a vontade da família, essa última, detentora do poder decisório para configuração ou não da doação de órgãos *post mortem*.

Nessa visão, a matéria discutida ainda gera vários sentimentos contraditórios, dentre os quais podemos destacar o encanto e a angústia. Encanto porque a doação de órgãos é um procedimento médico eficiente que serve como medida para que outras pessoas, que possuem falência de múltiplos órgãos, tenham a vida prolongada em decorrência dos transplantes. Angústia, porque aqueles que esperam por transplantes podem ter a vida ceifada a qualquer momento, visto não poderem aguardar todos os deslindes procedimentais acerca da autorização ou não da remoção de órgãos.

Assim, verifica-se que processo de doação de órgãos abrange muito mais do que apenas a vontade do doador contra a vontade da família. Aqueles que esperam por um transplante, também sofrem com a demora da remoção de órgãos “*post mortem*”. Os pacientes que necessitam dos transplantes de órgãos ou tecidos devem ser também alocados nessa análise, posto que serão os possíveis beneficiários.

Outro sentimento que aflora dessa questão reside no alcance do princípio da dignidade humana, que, como visto anteriormente, alcança não somente os vivos, mas também os

mortos. O transplante realizado após a morte do doador deve pautar-se por esse princípio de modo que seja respeitado a sua vontade, caso ela tenha sido legal e desprovida de qualquer ato vicioso.

O Estado como aplicador do direito e instituição responsável por operacionalizar, isto é, regulamentar as lides da sociedade e dar a efetiva solução a elas, deve enxergar esse conflito (vontade do doador x vontade da família) com sensatez.

Portanto, o que se verifica inicialmente é que, o Estado reconhecendo que a doação de órgãos presumida não se configurou como medida eficiente, instituiu, através da Lei nº 10.211/01 a doação consentida, concedendo a família plenos poderes acerca da disposição de órgãos após a morte do paciente. Todavia, posteriormente, esse mesmo Estado não verificou as consequências dessa concessão. A autorização da família como único requisito para a efetivação da doação de órgãos após a morte infringe a dignidade humana do doador falecido, caso ele tenha se manifestado contrária a posição adotada pela família.

O legislador desconsiderou que ato de dispor do próprio corpo é um ato personalíssimo, ou seja, um ato de vontade. A doação de órgãos envolve aspectos subjetivos de quem doa, isso significa dizer que quem decide se tornar um doador de órgãos, seja em vida ou até mesmo após a morte, leva em consideração a forma como enxerga o mundo, englobando neste caso seus acertos, erros, valores morais e éticos.

A autorização familiar como requisito exclusivo para doação *post mortem* é desprovida de sensatez e raciocínio jurídico lógico por parte do Estado, afinal, não há motivo para que a vontade da família se sobreponha a vontade do próprio doador, vez que a doação de órgãos é resguardada pelo princípio da autonomia da vontade, princípio esse previsto nos direitos de personalidade, direitos esses instituídos na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002.

Assim, ainda que os direitos de personalidade tenham como uma de suas características a indisponibilidade, isto é, via de regra, não se pode dispor do próprio corpo. No ordenamento jurídico brasileiro, nenhum direito é absoluto, seja ele fundamental ou não, todos eles sofrem relativização para que seja respeitado e alcançado o princípio maior da Carta Magna.

Por todo o exposto, o objetivo não é desconsiderar a participação da família no processo de doação de órgãos *post mortem*, mas de lhe dar autoridade para decidir a despeito desse assunto, somente nos casos em que o doador não tenha se manifestado acerca do tema ou essa manifestação não tenha sido escrita, legal ou tenha sido constituída com algum ato vicioso. Caso isso ocorra, a família será chamada para decidir sobre o tema, mas tão somente

nesses casos. Por fim, cabe ao Estado fornecer os meios pelo qual o doador poderá se manifestar acerca da doação de órgãos após a morte, visto que, a lei é omissa a respeito dessa matéria.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Elton Carlos de. **Doação de órgãos e visão da família sobre atuação dos profissionais neste processo:** revisão sistemática da literatura brasileira. 2012. Dissertação (Mestrado em Enfermagem Psiquiátrica) - Escola de Enfermagem, Universidade de São Paulo, 2012. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/22/22131/tde-19012012-105053/pt-br.php>. Acesso em: 20 set. 2020.

AMARAL, Francisco. **Direito civil:** introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ANDRADE, Bárbara Dornelas Belchior Costa. **O direito brasileiro e os transplantes de órgãos e tecidos.** São Paulo: Thesaurus, 2008.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS - ABTO. **Histórico.** São Paulo, 2020. Disponível em: <https://site.abto.org.br/instituicao/historico/>. Acesso em: 16 set. 2020.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS - ABTO. I Reunião de Diretrizes Básicas para Captação e Retirada de Múltiplos Órgãos e Tecidos da ABTO. **O processo de doação:** transplante. São Paulo, 2003. Disponível em: http://www.sbcev.org.br/residentes/downloads/area_cientifica/processo_doacao_orgaos.pdf. Acesso em: 15 set. 2020.

BARRETO, Wanderlei de Paula. **Comentários ao código civil brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos humanos da família:** dos fundamentais aos operacionais. *In:* Anais – IV Congresso Brasileiro de Direito de Família- Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004

BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos humanos:** paradoxo da civilização. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade:** de acordo com o novo código civil. São Paulo: Atlas, 2005.

BENDASSOLLI, Pedro Fernando. **Percepção do corpo, medo da morte, religião e doação de órgãos.** Artigo (Pós-Graduação) - Curso de Pós-Graduação em Psicologia Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2001. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/handle/11449/6604>. Acesso em: 07 out. 2020.

BITTAR, Carlos Alberto. **O Direito civil na Constituição de 1988**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. São Paulo: Forense Universitária, 2013.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Lei nº 4.280, de 6 de novembro de 1963**. Dispõe sobre a extirpação de órgão ou tecido de pessoa falecida. Brasília, 6 nov. 1963. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19501969/L4280.htm#:~:text=LEI%20No%204.280%2C%20DE%20%20NOVEMBRO%20DE%201963.&text=Disp%C3%B5e%20s%C3%B4bre%20a%20extirpa%C3%A7%C3%A3o%20de%20%C3%B3rg%C3%A3o%20ou%20tecido%20de%20pessoa%20falecida.&text=Feito%20o%20levantamento%20do%20%C3%B3rg%C3%A3o,devida%2C%20cuidadosa%20e%20condignamente%20recomposto. Acesso em: 02 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 5.479, de 10 de agosto de 1968**. Dispõe sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes de cadáver para finalidade terapêutica e científica, e dá outras providências. Brasília, 10 ago. 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19501969/L5479.htm#:~:text=LEI%20N%C2%B%205.479%2C%20DE%2010%20DE%20AGOSTO%20DE%201968.&text=Disp%C3%B5e%20s%C3%B4bre%20a%20retirada%20e,cient%C3%ADfica%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias.&text=1%C2%BA%20A%20disposi%C3%A7%C3%A3o%20gratuita%20de,Art. Acesso em: 12 set. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Brasília, 5 out. 1988. In: Vade Mecum Método 2018 – 2º semestre. 9. ed. São Paulo: Método, 2018.

BRASIL. **Lei nº 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, 18 nov. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1989_1994/L8489.htm#art16. Acesso em: 12 set. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 879, de 22 de julho de 1993**. Regulamenta a Lei nº 8.489, de 18 de novembro de 1992, que dispõe sobre a retirada e o transplante de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, com fins terapêuticos, científicos e humanitários. Brasília, 22 jul. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0879.htm. Acesso em: 16 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997**. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Brasília, 4 fev. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm. Acesso em: 16 ago. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 2.268, de 30 de junho de 1997.** Regulamenta a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fim de transplante e tratamento, e dá outras providências. Brasília, 30 jun. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/d2268.htm. Acesso em: 23 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.211, de 23 de março de 2001.** Altera dispositivos da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que "dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento". Brasília, 23 mar. 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110211.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, 5 out. 1988. In: *Vade Mecum Método 2018 – 2º semestre*. 9. ed. São Paulo: Método, 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 2.600, de 21 de outubro de 2009.** Aprova o Regulamento Técnico do Sistema Nacional de Transplantes. Brasília, 21 out. 2009. Disponível em: http://bvsm.sau.gov.br/bvs/sau/legis/gm/2009/prt2600_21_10_2009.html. Acesso em: 16 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 135.414/RJ**, Min. Cesar Asfor, Brasília, 23 mar. 2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/891773870/agravo-em-recurso-especial-aresp-135414-rj-2012-0009773-7>. Acesso em: 16 set. 2020.

BRASIL. Senado Federal. Senador Lasier Martins (PSD/RS). **Projeto de Lei do Senado nº 453, de 2017.** Altera o caput do art. 4º da Lei nº 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. Brasília, 2017. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7288781&disposition=inline>. Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 9.145, de 23 de agosto de 2017.** Altera o Decreto nº 8.469, de 22 de junho de 2015, que regulamenta a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, e a Lei nº 12.853, de 14 de agosto de 2013, para dispor sobre a gestão coletiva de direitos autorais. Brasília, 23 ago. 2017. Disponível em: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/491558590/decreto-9145-17>. Acesso em: 19 set. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 9.175, de 18 de outubro de 2017.** Regulamenta a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, para tratar da disposição de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Brasília, 18 set. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9175.htm. Acesso em: 22 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Entenda as etapas do processo de doação de órgãos.** Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.blog.saude.gov.br/index.php/promocao-da-saude/51148-entenda-as-etapas-do-processo-de-doacao-de-orgaos#:~:text=doa%C3%A7%C3%A3o%20de%20%C3%B3rg%C3%A3os%3A,Diagn%C3%B3stico%20de%20morte%20encef%C3%A1lica,parada%20total%20das%20fun%C3%A7%C3%B5es%20cerebrais>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Transplante de Órgãos.** Brasília, 2008a. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/dicas/142transplante_de_orgaos.html. Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Morte Encefálica.** Brasília, 2008b. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/dicas/146morte_encefalica.html#:~:text=O%20que%20significa%20%22morte%20encef%C3%A1lica,bloqueado%20e%20o%20c%C3%A9rebro%20morre. Acesso em: 22 set. 2020.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Ciência, biotecnologia e normatividade. **Revista Ciência e Cultura**, São Paulo, v. 57, n. 1, jan/mar, 2005. Disponível em: http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?pid=S000967252005000100017&script=sci_arttext&lng=pt. Acesso em: 19 set. 2020.

BRITO, Mirella Barros Conceição. **O direito à imagem da pessoa jurídica.** [S.l.], 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18520/o-direito-a-imagem-da-pessoa-juridica>. Acesso em: 05 nov. 2020.

CABRAL, Érico de Pina. A autonomia no Direito Privado. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 19, jul/set, 2004.

CAMARGO, Marcelo Novelino. **Leituras complementares do direito constitucional: direitos fundamentais.** 2. ed, Salvador: Juspodivm, 2007.

CARRIÃO, Cláudia Meireles. **Transplante de órgãos na legislação brasileira: a polêmica Lei 9.434/97 e sua reforma.** 2004. 59 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, São Paulo, 2004. Disponível em: <https://arquivo.fmu.br/prodisc/direito/cmc.pdf>. Acesso em: 21 set. 2020.

CATAO, Marconi. Bio Direito. **Transplante de órgãos humanos e direitos de personalidade.** São Paulo: Madras, 2008.

CONCEIÇÃO, Lourivaldo. **Curso de direitos fundamentais.** Campina Grande: Eduepb, 2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Diário Oficial da União. **Resolução nº 2.173, de 23 de novembro de 2017.** Define os critérios do diagnóstico de morte encefálica. Brasília, 2017. Disponível em: <https://saude.rs.gov.br/upload/arquivos/carga20171205/19140504-resolucao-do-conselho-federal-de-medicina-2173-2017.pdf>. Acesso em: 28 set. 2020.

COTRIM, Rafael Mendes. A tutela dos direitos da personalidade e o sistema de proteção de direitos e garantias fundamentais relativos à pessoa humana no âmbito da internet. **Actio - Revista de Estudos Jurídicos**, Maringá, v. 1, n. 26, 2016. Disponível em: <http://www.actiorevista.com.br/index.php/actiorevista/article/view/29>. Acesso em: 27 ago. 2020.

COUTO, Lindajara Ostjen. **O direito fundamental da autonomia privada no Direito de Família**. São Paulo, 2009. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-64/o-direito-fundamental-da-autonomia-privada-no-direito-de-familia/#_ftn20. Acesso em: 14 set. 2020.

CRUZ, Elaine Patrícia. **Principal motivo para a não doação de um órgão é a negativa familiar**. São Paulo, 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2019-09/principal-motivo-para-nao-doacao-de-um-orgao-e-negativa-familiar>. Acesso em 21 set. 2020.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Trad. de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Quorum, 2008.

DIMOULIS. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do biodireito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 34. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

DUVAL, Hermano. **Direito à imagem**. São Paulo: Saraiva, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

FERRAZZO, Sílvia. *et al.* Crença religiosa e doação de órgãos e tecidos: revisão integrativa da literatura. **Revista de Enfermagem, Santa Maria**, v. 1, n. 3, p. 449-460, 2011. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/index.php/reufsm/article/view/2790/2410>. Acesso em: 22 set. 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: abrangendo o Código de 1916 e o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GALLIANO, Guilherme A. **O método científico: teoria e prática**. São Paulo: Harbra, 1986.

GOGLIANO, Daisy. **Direitos privados da personalidade**. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

HABERLE, Peter. **A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade, genética e direito da personalidade**. Curitiba: Juruá, 2007.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JÚNIOR, Federico. **Doação de órgãos: comentários à Lei nº 9.434/97**. São Paulo: Spessoto, 2017.

KUNRATH, Yasmine Coelho. Eficácia Dos Direitos Fundamentais. Revista **Saberes da Amazônia**, Porto Velho, v. 1, n. 2, 2016. Disponível em: <https://www.fcr.edu.br/ojs/index.php/saberesamazonia/article/view/28>. Acesso em: 15 out. 2020.

LAKATOS, Eva Maria.; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

LOUREIRO, Zuleica Regina de Araujo. **Doador de órgãos post mortem: uma vontade sobrestada pelo art. 4º da lei 9434/97**. 2009. 55 f. Monografia (Especialização) – Curso de Pós Graduação Lato Sensu em Ordem Jurídica e Ministério Público, Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios., Brasília, 2009. Disponível em: http://www.fesmpdft.org.br/arquivos/mono_zuleica.pdf. Acesso em: 20 set. 2020.

LUCAS, Ivan. **Direitos fundamentais: geração dos direitos fundamentais**. In: GRANCURSOS. **Apostila preparatória PMTO - Polícia Militar do Estado do Tocantins**. Brasília: GranCursos, 2016. p. 106.

MARINHO, Alexandre. Transplantes de órgãos no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 11, n. 3, p. 120-122, fev. 2011. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13224>. Acesso em: 20 set. 2020.

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, fev. 2016. Disponível em: [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/111657-Texto%20do%20artigo-201541-1-10-20160301%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/111657-Texto%20do%20artigo-201541-1-10-20160301%20(2).pdf). Acesso em: 20 set. 2020.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MORAES, Alexandre. **Justiça comentada**. São Paulo: Atlas, 2015.

MORAES, Edvaldo Leal de. **A recusa familiar no processo de doação de órgãos e tecidos para transplante**. 2007. Dissertação (Mestrado em Administração em Serviços de Enfermagem) - Escola de Enfermagem, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/7/7131/tde-13072007-092002/pt-br.php>. Acesso em: 14 set. 2020.

MORSCH, José Aldair. **Protocolo de morte encefálica: conceito, atualizações e regras do Brasil**. Erechim, 2020. Disponível em: <https://telemedicinamorsch.com.br/blog/protocolo-de-morte-encefalica>. Acesso em 23 set. 2020.

MOTTA, Artur Francisco Mori Rodrigues. **A dignidade da pessoa humana e sua definição**. [S.l.], 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26178/a-dignidade-da-pessoa-humana-e-sua-definicao/2>. Acesso em: 27 out. 2020.

MOURA, Niderlee e Silva Souza de. **O princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento para o livre exercício da personalidade humana e a autonomia da vontade do paciente**. [S.l.], 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61417/o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-como-fundamento-para-o-livre-exercicio-da-personalidade-humana-e-a-autonomia-da-vontade-do-paciente>. Acesso em: 19 out. 2020.

NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **A indisponibilidade dos direitos da personalidade e as redes sociais**. [S.l.], 2014. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/indisponibilidade-dos-direitos-da-personalidade-e-redes-sociais/>. Acesso em: 05 set. 2020.

OLIVEIRA, Leônidas Meireles Mansur Muniz de. **Autonomia da vontade e a doação de órgãos**. [S.l.], 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25212/autonomia-da-vontade-e-a-doacao-de-orgaos>. Acesso em: 01 nov. 2020.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. Reflexões sobre a teoria das cláusulas péticas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 43, n. 172, out/dez, 2006. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/93266/Pedra%20Adriano.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 18 out. 2020.

PEREIRA NETO, Laudelino. **Dignidade da pessoa humana: direito absoluto ou relativo?**. [S.l.], 2014. Disponível em: <https://lpneto.jusbrasil.com.br/artigos/169010313/dignidade-da-pessoa-humana-direito-absoluto-ou-relativo>. Acesso em: 29 ago. 2020.

PESSOA, João Luis Erbs; SCHIRMER, Janine; ROZA, Bartira de Aguiar. Avaliação das causas de recusa familiar à doação de órgãos e tecidos. **Acta Paulista de Enfermagem**, São Paulo, v. 16, n. 4, 2013. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-21002013000400005. Acesso em: 23 set. 2020.

PILASTRE, Bruno. **Direitos fundamentais:** geração dos direitos fundamentais. In: GRANCURSOS. Apostila preparatória PMTO - Polícia Militar do Estado do Tocantins. Brasília: GranCursos, 2016. p. 106

PIMENTEL, William; SARSUR, Marcelo; DADALTO, Luciana. Autonomia na doação de órgãos post mortem no Brasil. **Revista Bioética**, Brasília, v. 26, n. 4, 2018. Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/1726. Acesso em: 22 set. 2020.

PIOVESAN, Flávia; ROSSO, Rômolo. **Direitos humanos, dignidade humana e direitos da personalidade.** In: O código civil e sua interdisciplinaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

QUINTANA, Alberto Manoel; ARPINI, Dorian Mônica. Doação de órgãos: possíveis elementos de resistência e aceitação. **Revista Boletim de Psicologia**, São Paulo, v. 59, n. 130, p. 91-102, 2009.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. **Dignidade também atinge quem já morreu, diz juíza.** [S.l.], 2010. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-fev-05/dignidade-pessoa-humana-tambem-atinge-quem-morreu-juiza>. Acesso em: 25 set. 2020.

ROSÁRIO, Elza Nascimento do *et al.* Recusa familiar diante de um potencial doador de órgãos. **Cadernos Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, jul/set, 2013. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-462X2013000300005. Acesso em: 22 set. 2020.

ROSSATO, Gabriela Camponogara *et al.* Doar ou não doar: a visão de familiares frente à doação de órgãos. **Revista Mineira de Enfermagem**, Belo Horizonte, v. 21, n. 1056, 2017. Disponível em: <https://www.reme.org.br/artigo/detalhes/1194>. Acesso em: 04 out. 2020.

SANTANA, Raquel Santos de. **A dignidade da pessoa humana como princípio absoluto.** [S.l.]. 2010. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5787/A-dignidade-da-pessoa-humana-como-principio-absoluto>. Acesso em: 26 ago. 2020.

SARCINELLI, Andrezza Rocha Dias; OBREGON, Marcelo Fernando Quiroga. **A doação de órgãos post mortem à luz das legislações brasileira, espanhola e portuguesa.** São Paulo, 2018. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-171/a-doacao-de-orgaos-post-mortem-a-luz-das-legislacoes-brasileira-espanhola-e-portuguesa/>. Acesso em: 21 set. 2020.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Heres Pereira. **Os direitos da personalidade sob a ótica dos direitos fundamentais**. São Paulo, 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/os-direitos-da-personalidade-sob-a-otica-dos-direitos-fundamentais/>. Acesso em: 22 out. 2020.

SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995.

SOUZA, C. A. P.; CALIXTO, M.; SAMPAIO, P. R. P. **Os direitos da personalidade: breve análise de sua origem histórica**. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/cafpatdp.html. Acesso em 16 ago. 2020.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Responsabilidade civil por danos à personalidade**. São Paulo: Manole, 2012.

SPAGLIARI, Italo. **Direitos da Personalidade**. [S.l.], 2013. Disponível em: <https://italospagliari.jusbrasil.com.br/artigos/117634705/direitos-da-personalidade>. Acesso em: 02 set. 2020.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, corpo e autonomia privada**. São Paulo: Renovar, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de teoria geral do direito civil**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

WANDERLEY, Maira Cauhi. **A autonomia da vontade**. [S.l.], 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/34446/a-autonomia-da-vontade>. Acesso em: 28 out. 2020.

WEBER, Fernanda. **Transplante de órgãos e tecidos post mortem e a autonomia da vontade do doador versus autorização da família do de cujus**. [S.l.], 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61234/transplante-de-orgaos-e-tecidos-post-mortem-e-a-autonomia-da-vontade-do-doador-versus-autorizacao-da-familia-do-de-cujus>. Acesso em: 15 set. 2020.