

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**  
**FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO**

**ESTUDO COMPARADO DA REGULAMENTAÇÃO DA DOAÇÃO  
DE ÓRGÃOS PÓS-MORTE**

**Discente: Arthur Abbade Tronco**  
**Orientador: Prof. Assoc. Alessandro Hirata**

**Ribeirão Preto**  
**2013**

ARTHUR ABBADE TRONO

**ESTUDO COMPARADO DA REGULAMENTAÇÃO DA DOAÇÃO  
DE ÓRGÃOS PÓS-MORTE**

Tese de Conclusão de Curso apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Civil

Orientador: Prof. Assoc. Alessandro Hirata

Ribeirão Preto

2013

*À minha família nuclear:  
meu pai, Dorival;  
minha mãe, Ana Clélia;  
e minha irmã, Júlia,  
que são a sólida base da minha vida.*

## SUMÁRIO

Capítulo 1 – Introdução	01
1.1 Apresentação do tema	01
1.2 Apresentação do trabalho	03
Capítulo 2 – Evolução histórica da doação de órgãos pós-morte no Brasil	05
Capítulo 3 – A doutrina nacional e a doação de órgãos pós-morte	19
3.1 Direitos da personalidade	19
3.1.1 Direitos da personalidade pós-morte	22
3.2 Direito ao cadáver	25
3.2.1 Conteúdo do direito ao cadáver	27
3.2.2 Objeto do direito ao cadáver	28
3.2.2.1 O cadáver como coisa	29
3.2.2.2 O cadáver como coisa <i>sui generis</i>	31
3.2.2.3 O cadáver como se pessoa ainda fosse	31
3.2.2.4 O cadáver e a regulamentação da doação de órgãos	32
3.2.3 Sujeito passivo do direito ao cadáver	33
3.2.4 Sujeito ativo (titularidade) do direito ao cadáver	34
3.2.5 Limitações ao direito ao cadáver	43
3.3 Resumo	45
Capítulo 4 – A doação de órgãos pós-morte na Espanha	48
4.1 Doutrina	48
4.2 Diplomas normativos	50
Capítulo 5 – A doação de órgãos pós-morte na Itália	58
5.1 Doutrina	58
5.2 Diplomas normativos	60
Capítulo 6 – A doação de órgãos na Inglaterra	66
6.1 Doutrina	66
6.2 Diplomas normativos	74
Capítulo 7 – Quadro comparativo entre a disciplina nacional e a estrangeira	80
7.1 Direitos da personalidade	81
7.2 Natureza jurídica do cadáver	81
7.3 Direito ao cadáver	83
7.4 Outros aspectos legais: gratuidade, anonimato e morte cerebral	85
7.5 Sucesso na política de transplantes	85
Capítulo 8 – Análise jurisprudencial	88
Capítulo 9 – Conclusão	97
Referências	108

# Capítulo 1

## INTRODUÇÃO

### 1.1 Apresentação do tema

O tema da doação de órgãos, notadamente, é de extrema relevância para a área da medicina, o que não implica em um abandono do assunto por parte das ciências de outras áreas.

No ramo do direito, vê-se a doação de órgãos, em especial no momento após a morte, como uma questão altamente geradora de conflitos e polêmicas, especialmente no que diz respeito à sua regulamentação.

Numa intrincada mistura de interesses públicos e particulares em jogo, a matéria relativa ao direito ao próprio corpo (corpo vivo e corpo morto – cadáver) é campo de estudo do direito privado, sujeito a sempre prováveis influências de aspecto publicista.

A esse respeito, Francisco AMARAL<sup>1</sup> diz dos direitos da personalidade, serem eles um campo de convergência do direito privado com o direito constitucional. De semelhante entendimento é o posicionamento de Elimar SZANIAWSKI<sup>2</sup> ao afirmar que um conjunto de direitos tão importante não poderia ser tutelado de forma plenamente satisfatória, apenas pelo direito civil, sendo imprescindível ter como fonte também a própria Constituição.

Na realidade, como é bem lembrado por Carlos Alberto BITTAR<sup>3</sup>, foi na esfera pública, em antigos e famosos diplomas como Magna Carta, *Bill of Rights*, Declaração norte-americana e Declaração francesa, que os direitos da personalidade receberam as primeiras previsões legislativas.

Assim, em âmbito público, temos, por exemplo, como bem salienta BITTAR<sup>4</sup>, a constitucionalização de muitos desses direitos. No campo penal, igualmente, são

---

<sup>1</sup> *Direito Civil - Introdução*, 6.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 249.

<sup>2</sup> *Direitos de personalidade e sua tutela*, 2.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 58.

<sup>3</sup> *Os direitos da personalidade*, 7.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2006, p. 18

<sup>4</sup> *Os direitos da personalidade cit.*, p. 19.

bastante explorados, uma vez que recebem efetiva proteção, por meio da tipificação de diversas condutas atentatórias aos direitos da personalidade.

Entretanto, se SZANIAWSKI vê no tratamento de cunho apenas privatístico insuficiência, previsões unicamente oriundas do direito público também não satisfazem<sup>5</sup>. A proteção constitucional, por exemplo, é muito geral e abstrata. Além disso, pode se mostrar demasiadamente vaga quando a agressão vier por parte do próprio Estado. Previsões penais não são o bastante tampouco, tendo em vista que seu espectro de atuação é muito limitado, deixando desprotegidos diversas situações jurídicas possíveis de ofensa a esses direitos.

Daí a entrada em cena do direito privado, em especial, do direito civil na tarefa de construir, para os direitos da personalidade, uma doutrina completa e abrangente, capaz de preencher os vazios deixados pelos outros ramos do direito, uma vez que se trata especificamente da área do direito cujo objeto de estudo primordial é a pessoa, em si<sup>6</sup>.

Também, Rabindranath Aleixo CAPELO DE SOUSA<sup>7</sup> traça esse paralelo, afirmando a existência da sobreposição de dois planos jurídicos sobre a tutela da pessoa: o de direito constitucional e o de direito civil. De novo, aquele, de proteção mais genérica, área de origem dos direitos fundamentais, e este, mais aprofundadamente, dos direitos da personalidade.

Essa comunhão de traços públicos e privados é importante característica dos direitos da personalidade, dentre os quais se enquadra o direito ao próprio corpo, e que os transformam em importante sub-área do Direito Civil.

Tendo em vista essa condição, na tentativa de conceituar essa categoria tão singular de direitos, o mesmo AMARAL<sup>8</sup> afirma serem eles direitos subjetivos, cujos objetos seriam bens e valores fundamentais do ser humano nas esferas física, moral e intelectual. Isto é, são direitos que tem a particularidade de terem por objeto algo inerente ao seu titular: a própria pessoa.

---

<sup>5</sup> CIFUENTES, Santos, *Los derechos personalísimos*, Buenos Aires, Ediciones Lerner, 1974, p. 89.

<sup>6</sup> CIFUENTES, Santos, *Los derechos personalísimos* cit., pp. 90-91.

<sup>7</sup> *O direito geral de personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 581.

<sup>8</sup> *Direito Civil* cit., pp. 247-249.

Na mesma linha, mas de uma forma mais do que sucinta, Orlando GOMES<sup>9</sup> afirma, simplesmente, serem direitos da personalidade, aqueles direitos essenciais à pessoa humana.

Nesse sentido, bastante óbvio se afigura o porquê, então, da inclusão do direito ao próprio corpo e do direito ao cadáver no rol dos direitos ditos da personalidade. Afinal, está-se falando de um direito, cujo objeto é absolutamente fundamental à pessoa, sendo a própria concretização física dela.

## **1.2 Apresentação do trabalho**

Introduzido o tema de estudo do presente trabalho, cumpre apresentar, igualmente, as pretensões, métodos e conteúdo que se pretende cumprir na presente pesquisa.

A presente investigação motiva-se pela relevância social do tema, sem, contudo fugir à juridicidade necessária à elaboração de um trabalho verdadeiramente científico.

Assim sendo, inevitavelmente, abriremos o trabalho buscando contextualizar, em âmbito nacional, a presente discussão. Isto é, elaboraremos breve histórico da evolução legislativa brasileira a respeito da doação de órgãos. Essencial se mostra essa tarefa para que se possa compreender a origem de toda a discussão que gira em torno dos transplantes, mais especificamente, dos seus requisitos, sendo o principal a autorização para tal intervenção médico-cirúrgica.

Por meio da construção dessa linha do tempo legislativa, ficará mais clara a transição de uma visão teórica a outra, bem como a implicação dessas mudanças. Importante conhecimento à conclusão desse trabalho que pretende uma uniformização, com ou sem inovação, das previsões normativas a respeito das doações de órgãos. Hoje, consideravelmente confusas, atrapalhando a efetividade dessa prática, ainda hoje pouco difundida no país.

---

<sup>9</sup> *Introdução ao direito civil*, 19.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 134.

Na sequência, nos restringiremos ao estudo das obras doutrinárias dedicadas ao tema, de modo a construir uma sólida base teórica de conhecimentos jurídico, suficientemente forte para nos permitir criticar com segurança e fundamento as diversas vertentes existentes e que serão estudadas, bem como de modo a poder, ao final, expor ponto de vista particular, capaz de sustentar-se.

Nessa mesma esteira, passaremos então à análise da doação de órgãos em âmbito estrangeiro. Buscaremos entender, via leitura das legislações no original e na íntegra, o modo de regulamentação adotado por cada um dos países que nos propusemos a adotar (Inglaterra, Itália e Espanha), bem como o posicionamento dos autores, de cada um desses lugares, que se debruçaram sobre o tema, a respeito dessas mesmas legislações.

Satisfeita essa pretensão de estudo doutrinário, haverá, em sequência, um espaço para a análise de jurisprudência nacional a permear o tema, cientes, desde já, da dificuldade que envolve a matéria neste aspecto, cujas discussões raríssimas vezes chegam aos Tribunais, pois perdem seus objetos, em razão da urgência e efemeridade relativas à prática da doação de órgãos.

Por fim, quando todo este material tiver sido coletado, lido e bem apreendido. Poderemos, então, finalmente, buscar desenhar um quadro comparativo entre Brasil e os três países europeus, em questão, a fim de expor as conclusões atingidas, tendo sempre no horizonte os modelos estrangeiros estudados.



## Capítulo 2

# EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS PÓS-MORTE NO BRASIL

A história do estudo jurídico da doação de órgãos no Brasil começa por volta de 1970. Neste ano, os pioneiros Freitas NOBRE e João Gualberto DE OLIVEIRA publicavam as primeiras obras jurídicas brasileiras dedicadas à questão da doação de órgãos<sup>10</sup>. Não por acaso, dois anos antes entrava em vigor a primeira lei brasileira de transplantes (lei n.º 5.479/68).

A lei 5.479/68 previa a possibilidade tanto da doação em vida, quanto da doação pós-morte. Em ambos os casos, exigia-se uma autorização expressa por parte do disponente ou de seus parentes.

Com relação à disposição pós-morte dos órgãos, à qual nos manteremos restritos no decorrer de todo o estudo, a previsão legal de então já previa: a) a exigência da gratuidade da doação; b) a finalidade terapêutica da destinação dos órgãos doados; e, como já dito, c) o consentimento expresso à remoção dos órgãos.

Mais especificamente, é no artigo 3º da lei<sup>11</sup> que vinha disciplinado de que modo essa autorização poderia ser dada.

A primeira hipótese era a de o próprio disponente manifestar sua vontade, de modo expresso. A segunda é uma regra complementar à primeira e específica para os

---

<sup>10</sup> Tendo em vista a relevância da questão, ainda mais com a recém chegada de um diploma legislativo regulador das doações, e a conseqüente demanda de atenção por parte dos profissionais do direito ao assunto, o Instituto dos Advogados de São Paulo promoveu concurso em que premiou as três melhores teses que tratassem do transplante de órgãos, tendo Freitas Nobre tirado o primeiro lugar e João Gualberto de Oliveira o segundo.

<sup>11</sup> 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;

III - Pela autorização escrita do cônjuge, não separado, e sucessivamente, de descendentes, ascendentes e colaterais, ou das corporações religiosas ou civis responsáveis pelo destino dos despojos;

IV - Na falta de responsáveis pelo cadáver a retirada, somente poderá ser feita com a autorização do Diretor da Instituição onde ocorrer o óbito, sendo ainda necessária esta autorização nas condições dos itens anteriores.

relativamente incapazes ou analfabetos. A terceira hipótese é a da autorização, por escrito, pelo cônjuge e, na falta deste, pelos descendentes, ascendentes ou colaterais (nessa ordem). E, por fim, a última situação é aquela em que não há ninguém responsável pelo cadáver. Nesse caso, seria permitido ao diretor da instituição onde ocorria o óbito autorizar, ele mesmo, a retirada dos órgãos.

Tendo em vista tal previsão normativa, pela própria forma de redação e organização dos incisos do artigo em questão, outra conclusão não é possível tirar senão a de que, naquela época, entendia-se que o primeiro e principal agente capaz de tomar a decisão no sentido de aceitar ou não a doação era o próprio doador em potencial. Caso, porém, em vida, não houvesse tratado do assunto com ninguém, ou não houvesse deixado expresso em algum documento a sua vontade, proceder-se-ia ao pedido de autorização aos parentes, mais uma vez, obedecida determinada ordem: cônjuge, descendentes, ascendentes e colaterais. Em último caso, apenas se não houvesse realmente ninguém a se responsabilizar pelo cadáver e apto a tomar a decisão referente ao transplante, permitia-se ao próprio diretor da instituição onde se dera a morte, autorizar ou não a remoção dos órgãos.

Não obstante a leitura atual que fazemos da legislação em vigor, quando da produção da obra de NOBRE<sup>12</sup>, o autor tinha posicionamento diverso e bastante interessante a respeito do tema.

Na tese que defendeu em concurso de monografia realizado pelo Instituto dos Advogados de São Paulo e que lhe rendeu o maior prêmio, o autor mostra considerável radical visão, que justificaria a doação de órgãos com base numa absoluta supremacia do interesse público.

NOBRE<sup>13</sup> defende uma espécie de “estado de necessidade” do paciente que aguarda um órgão a ser transplantado, o qual justificaria, por sua vez, um “socorro de necessidade”, no caso, o transplante. Por meio da construção dessa figura do estado de necessidade do paciente que aguarda na fila de transplante, o autor busca advogar em prol da existência de um verdadeiro direito ao transplante, como extensão, possivelmente, do direito à saúde.

---

<sup>12</sup> *O transplante de órgãos humanos à luz do direito*, Brasília, Ed. Coordenada, 1975.

<sup>13</sup> *O transplante de órgãos humanos à luz do direito cit.*, pp. 48-49.

Porém, como já dissemos e ressaltamos, afigura-se, relativamente extrema tal teoria, tendo em vista o caráter utilitarista que parece revesti-la, uma vez que nela defende-se a prioridade, daquele que ainda vive, de receber um órgão que pode fazê-lo se restabelecer de seu quadro clínico, em detrimento do direito daquele que morreu de dar a destinação que mais lhe convier a seu próprio corpo.

A visão doutrinária em questão, claro, é válida e enriquecedora ao debate, não estando, mesmo hoje em dia, absolutamente extinta, apesar de a tendência ser de cada vez mais diminuírem seus adeptos.

Contudo, a temerosa consequência de um posicionamento como este é a provável ocorrência de situações em que se vejam conflitantes o “interesse público” e princípios muito caros ao ordenamento jurídico nacional, como a dignidade humana.

Além disso, podemos perceber que o posicionamento de NOBRE<sup>14</sup> não está muito de acordo com o disposto em lei, uma vez que esta demanda a autorização expressa ou do próprio morto ou de algum familiar, enquanto o autor parece desprezar tal exigência em vista do que ele denomina interesse coletivo. É possível considerar, talvez, essa visão como um embrião da teoria da autorização presumida, cujas bases analisaremos mais adiante.

Por outro lado, vale a ressalva de que, quando no inciso IV (ainda que seja o último caso, a *ultima ratio*), a lei autoriza o diretor da instituição de saúde na qual ocorreu o óbito, que nenhuma relação tem com o morto, a decidir sobre a doação, a intenção do legislador não foi outra senão a de priorizar a tentativa de salvamento de vidas, por via dos transplantes, ao invés de se ver mantida, pela simples ausência de manifestação de vontade do morto ou de qualquer parente, a “sacra” obrigação de inviolabilidade do cadáver. Desse modo, a primeira lei nacional sobre transplantes, parece, trazia um acertado equilíbrio entre os interesses privados e coletivos.

A segunda lei sobre transplantes, lei n.º 8.489, só veio a ser promulgada 24 anos depois, em 1992, e regulamentada em 1993, por meio do Decreto 879.

---

<sup>14</sup> *O transplante de órgãos humanos à luz do direito cit.*, pp. 48-49.

A respeito da doação de órgãos pós-morte, a principal contribuição dessa segunda lei a regular o tema, foi a de prever a morte encefálica como a situação de morte habilitadora à doação. Isto é, em se verificando a morte encefálica, surgiria a possibilidade do transplante dos órgãos do falecido.

No entanto, nem a lei, nem o seu decreto regulamentador conceituaram a figura da morte encefálica, deixando, acertadamente, tal tarefa ao Conselho Federal de Medicina, que, atualmente, na Resolução de nº 1480, datada de 1997, a caracterização desta figura.

Além da relevante questão da previsão da morte encefálica, a lei de 92, trouxe algumas alterações no que concerne à autorização para a doação, foco primordial de nosso estudo.

Coincidentemente, mais uma vez é no art. 3º da lei n.º 8.489/92 que é abordada a permissão para a doação<sup>15</sup>. Comparando-se a lei em tela com aquela que estava para ser revogada, percebe-se a manutenção de alguns aspectos e, ao mesmo tempo, a alteração de outros.

À semelhança do que já previa a lei anterior, a primeira hipótese prevê a manifestação de vontade, em vida e de forma expressa (documento pessoal ou oficial), pelo próprio disponente. Supletivamente, a segunda hipótese, afirma que, em caso de ausência da manifestação de vontade pelo próprio disponente, ainda assim, será possível a doação, desde que a ela não se oponham os parentes.

Mais uma vez, a conclusão lógica a que chegamos é a de que, primeiramente, deve-se buscar a intenção do próprio morto e, somente em caso de omissão deste a respeito do assunto, recorrer-se-ia aos parentes.

Em que pese, essas similaridades, ainda mais relevante é abordar as alterações trazidas pela nova lei, sendo três as principais.

---

<sup>15</sup> Art. 3º A permissão para o aproveitamento, para os fins determinados no art. 1º desta lei, efetivar-se-á mediante a satisfação das seguintes condições:

I - por desejo expresso do disponente manifestado em vida, através de documento pessoal ou oficial;

II - na ausência do documento referido no inciso I deste artigo, a retirada de órgãos será procedida se não houver manifestação em contrário por parte do cônjuge, ascendente ou descendente.

Em primeiro lugar, temos uma alteração no modo como a lei trata a questão envolvendo os familiares, o morto e a doação.

Enquanto na lei de 68 previa-se a necessidade de se conseguir a autorização dos parentes, a lei seguinte, de 1992, estabeleceu que bastaria, para que se prosseguisse à doação, a não oposição dos parentes.

A consequência dessa mudança pode parecer pouca ou nenhuma, mas tem, sim, sua relevância. Perceba-se que ao passar da demanda pela autorização para a simples não oposição, está-se transformando uma obrigação de cunho anteriormente positivo, em negativo. Se antes era necessária a manifestação dos parentes no sentido de anuir, agora, basta que eles não se oponham.

Algumas são as razões que podem ter levado a tal decisão por parte do legislador. Em primeiro lugar, a primeira impressão que se tem ao comparar uma e outra previsão é a de que, com a segunda, torna-se mais fácil, a despeito da ausência de autorização expressa do morto, proceder à doação. E, talvez, tenha sido exatamente essa a intenção legislativa: a de criar uma situação efetivamente jurídica, para todos os envolvidos, em que, na dúvida, haja uma natural inclinação à aceitação da doação.

Parece-nos claro que a intenção do legislador ao escolher essas palavras, esse modo de disciplinar a permissão à doação, no sentido de não se afastar da incipiente figura da autorização presumida, o que explicaria, também, a ausência de dispositivo semelhante ao inciso IV do art. 3º da lei antiga.

Em outras palavras, a não previsão de que conduta tomar em caso de não haver responsáveis sobre o cadáver, explica-se pelo próprio fato de que os dois únicos incisos previstos dão conta de resolver este problema. O raciocínio que leva a esse entendimento é simples, vejamos.

Visto que na ausência de manifestação do morto, recorre-se aos parentes, a pergunta, óbvia, a se seguir é: “E se não houver parentes”? Como já dissemos, a lei de 68, declarava o “Diretor da Instituição em que ocorreu o óbito” legítimo para autorizar a doação. A lei de 92, por outro lado, não faz semelhante menção.

Ainda assim, isso não significa falha na técnica legislativa ou omissão por parte do legislador. Na realidade, o que parece ser mais razoável é compreender que o legislador tenha percebido ser dispensável uma previsão explícita a esse respeito, uma vez que a ausência de parentes importará, necessariamente, em ausência de oposição em relação à doação, ou seja, em permissão à doação.

Tal raciocínio, que dispensaria maiores esforços interpretativos se tivesse sido previsto expressamente, vale-se da figura da presunção, posto que, na completa ausência de manifestação de vontade por parte do morto ou de qualquer pessoa a ele relacionada, autoriza-se a doação, pois se presume que se tivesse havido manifestação essa seria no sentido de autorizar e não de opor-se à doação.

Assim, a conclusão a que chegamos é a da manutenção da presença implícita e subsidiária da figura da autorização presumida.

Antônio CHAVES<sup>16</sup> se debruça sobre o modo como era e como, crê, poderia ou deveria ser tratado o tema dos transplantes pela lei. De pronto, o autor, percebe-se, quer demonstrar o fato de que a elaboração legislativa passava, inevitavelmente, por valorações, que culminam numa disciplina jurídica em um ou noutro sentido.

Desse modo, a depender da força que motiva o corpo legislativo, são atribuídos diferentes valores a esta ou aquela situação. Ou seja, é possível numa legislação como a de transplantes, atribuir o direito de dispor dos órgãos apenas ao morto, apenas a seus parentes, ou a ambos, estes suplementarmente àquele. É igualmente variável à exigência de autorização expressão ou presumida para a doação. Esses fatores costumam depender da conjectura política e, principalmente social, a ser analisada, na qual pode ser que se conceda maior relevância à vontade privada, ou às necessidades sociais e ao interesse público<sup>17</sup>.

O autor, acerca de seu próprio posicionamento à respeito de qual deva ser o tratamento a ser conferido ao cadáver, afirma que, apesar da natureza de coisa, o cadáver não deve ser entendido como objeto de disposição voluntária, nem por parte do *de cuius*, enquanto vivo, nem de sua família, depois de morto. Na realidade, o

---

<sup>16</sup> *Direito à vida e ao próprio corpo - intersexualidade, transexualidade, transplantes*, 2.ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994.

<sup>17</sup> BERGOGLIO e BERTOLDI, *Trasplantes de órganos*, Buenos Aires, Hammurabi, 1983, p. 213.

entendimento, bastante vanguardista, do autor caminha no sentido de considerar, o corpo morto “domínio comum”, claro, com a devida manutenção do respeito ao cadáver próprio da cultura nacional, mas de forma a possibilitar sua utilização em prol, primeiramente, do interesse público, no caso a Saúde.

Em outras palavras, o autor privilegia o interesse do Estado em dar, ao máximo, saúde a seus cidadão, inclusive por meio da técnica dos transplantes de órgãos, relegando, inevitavelmente, a segundo plano o interesse particular do morto e da família.

Esse bastante polêmico posicionamento não se enquadra em nenhuma das hipóteses que vimos apresentando até o momento: autorização pelo morto, pela família ou presunção de autorização. E, configurar-se-ia em matéria legislativa como uma transferência de domínio, com a morte, da titularidade do corpo da pessoa ao Estado. Algo de difícil aceitação pela sociedade e que, justamente por isso, não encontrou, sequer, grande apoio e aceitação na doutrina.

Apesar do posicionamento vanguardista, a verdade é que, a evolução legislativa em matéria de transplante buscou acompanhar com atenção o que vinha se discutindo e desenvolvendo e alguns países do continente europeu, ou seja, o crescimento da tese da autorização presumida.

Assim, apenas quatro anos depois da segunda lei de transplantes, o Brasil editou sua terceira e atual lei sobre a matéria: a lei 9.434 de 1997, conhecida exatamente como Lei de Transplantes, regulamentada pelo Decreto 2.268, também de 1997.

Verdadeiramente, foi com o advento desta lei, que se pretendeu inovadora, que começaram a surgir os maiores e mais graves problemas e discussões a respeito da doação de órgãos pós-morte.

Como não poderia deixar de ser, a lei de 1997 manteve a permissão da doação, tanto na sua modalidade *inter vivos*, quanto na *post-mortem*, devendo esta ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, a exemplo do que já determinava a lei de 1992.

Nenhuma modificação no tratamento dado à doação, até aqui. O verdadeiro caos instaurou-se com a redação do art. 4º da lei 9.434/97<sup>18</sup>, que dispõe a respeito da autorização para a doação de órgãos.

A introdução do dispositivo em questão, em nosso ordenamento jurídico, foi fruto da tentativa do legislador pátrio, de acompanhar as ideias e debates mais modernos e atuais que vinham surgindo na Europa, principalmente em países como: Itália, Bélgica, Espanha.

No entanto, a previsão legislativa em questão provocou uma verdadeira guinada no modo como vinha sendo tratado o tema da doação de órgãos pós-morte, que, de uma hora para a outra saltou de uma regulamentação que previa a necessidade de autorização expressa, para uma nova à qual bastava a não oposição por parte do morto, isto é, a autorização presumida.

Todo esse processo deu-se de forma extremamente equivocada. Diferentemente do que ocorrera nos países copiados, não houve, no Brasil, espaço prévio de debate com especialistas ou mesmo com a população. Houve, simplesmente, a ideia de algum parlamentar de copiar o modo como se vinha regulamentando as doações de órgão pós-morte em alguns países da Europa e implantá-la, súbita e repentinamente em nosso país.

O resultado foi uma enorme reação da sociedade repudiando a nova lei, acusada de atentar a caros princípios do direito, como o da dignidade da pessoa humana, mas, principalmente, de ter sido elaborada no intuito de fazer aumentar, de uma forma absolutamente torta, leia-se, pela ignorância dos cidadãos, o número de doadores de órgãos.

Fábio Ulhôa COELHO<sup>19</sup> entende que a aprovação da lei de 1997, com o instituto da presunção da autorização para a doação de órgãos, poderia ter sido muito importante na diminuição do tempo de espera por um transplante de órgãos. No entanto, como já dissemos, o autor relata que, à época, os cidadãos, e também mesmo os médicos, não estavam de acordo com a nova disciplina legal.

---

<sup>18</sup> Art. 4º Salvo manifestação de vontade em contrário, nos termos desta Lei, presume-se autorizada a doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, para finalidade de transplantes ou terapêutica *post mortem*.

<sup>19</sup> *Curso de direito civil (vol.1)*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2006, p. 200.



A esse respeito Paulo Roberto de Gouvêa MEDINA<sup>20</sup>, em nítido tom de crítica, explica que toda e qualquer pessoa seria considerada doadora, a menos que expressasse, em vida, desejo em sentido contrário. Porém, ainda mais absurdo, a seu ver, era a burocrática exigência de que, para tanto, a mesma deveria comparecer ao órgão oficial de identificação civil ou ao departamento de trânsito, a fim de fazer constar sua condição de “não-doador de órgãos e tecidos” no Registro Geral (RG) ou na Carteira Nacional de Habilitação (CNH).

Em comparação com o direito espanhol<sup>21</sup>, como se verá, no qual qualquer tipo de manifestação é válida, mostra-se, realmente, um pouco exagerado tamanho formalismo e entrave burocrático.

MEDINA<sup>22</sup> continua, em sua crítica à nova lei, comparando-a às estrangeiras; comparando a realidade brasileira à dos países europeus, ou melhor, não comparando, posto que impossível, a seu ver, tendo em vista a disparidade entre os países em questão.

Afirma, sem sombra de dúvidas, que na sociedade brasileira seria totalmente irreal pensar que as pessoas teriam condições de compreender a previsão legislativa, ora em análise, romper a inércia e manifestar-se no sentido de se opor à doação, caso fosse esse seu desejo.

No que diz respeito a uma das correntes que justificam a doação presumida, a do corpo como bem de domínio comum, MEDINA<sup>23</sup> contra-argumenta que o sentimento de respeito aos mortos, tradição da cultura nacional, não permite a caracterização do cadáver como “bem do domínio comum”, de que o Estado pode dispor, em não havendo manifestação em contrário da pessoa que vem a óbito.

---

<sup>20</sup> *Doação presumida de órgãos do corpo humano*, in *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, Brasília, v.26, n.63, p. 63, 1996.

<sup>21</sup> “*Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre*

*Artículo 10. Extracción de órganos de fallecidos: condiciones y requisitos.*

*1. La obtención de órganos de donantes fallecidos para fines terapéuticos podrá realizarse si se cumplen las condiciones y requisitos siguientes:*

*a) Que la persona fallecida, de la que se pretende extraer órganos, no haya dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se realice la extracción de órganos. Dicha **oposición**, así como su conformidad si la desea expresar, podrá referirse a todo tipo de órganos o solamente a alguno de ellos, y será respetada cualquiera que sea la forma en la que se haya expresado”* (grifo nosso).

<sup>22</sup> *Doação presumida de órgãos do corpo humano cit.*, p. 65.

<sup>23</sup> *Doação presumida de órgãos do corpo humano cit.*, p. 65.

Assim, também com base nisso, acrescenta o autor, a impossibilidade da lei de romper, de modo tão abrupto, com o costume tão fortemente arraigado. Um costume que, percebe-se, dá muito valor a vontade daqueles que ficam, não daquele que morre.

De modo a corroborar seu entendimento e suas críticas, MEDINA<sup>24</sup> mostra não estar isolado em seu posicionamento, citando juristas eminentes que, à época, opuseram reservas de mesmo teor à lei.

Celso Ribeiro Bastos, em artigo publicado no jornal *O Estado de São Paulo*, sob o título ‘Doação sem consentimento’, advertia que o sistema previsto por essa legislação acabaria por implantar, no fundo, a legitimação de um “autêntico confisco” do corpo humano pelo Estado. O que, em última instância, configurar-se-ia uma ofensa a dignidade humana, uma vez que, desse modo, deixar-se-ia de respeitar as particulares impressões que as pessoas podem, eventualmente, ter a respeito de matéria tão delicada e, também, muito possivelmente, afrontar-se-ia os sentimentos das famílias, que já têm a difícil tarefa de lidar com a perda de um de seus membros.

A respeito das duras palavras de Celso de Bastos, MEDINA<sup>25</sup> corrobora a visão de uma espécie de “confisco de órgãos”, afirmando que doação é ato de vontade e um ato jurídico da natureza da *doação presumida* não decorre, conforme se disse, de qualquer manifestação de vontade, mas de uma verdadeira imposição parte do Estado.

Miriam Gonçalves DILGUERIAN<sup>26</sup>, também à respeito da lei pronunciou-se afirmando que, ainda que, por um lado haveria, ao menos em tese, um aumento no número de transplante de órgãos, por outro, que acabou se mostrando muito mais forte, foi suscitado pela previsão legal um tal descontentamento, por um suposto desrespeito à dignidade da pessoa humana, ou do morto, que culminou na sua breve alteração.

Além disso, entende autora que havia, claramente, um paradoxo entre a compulsoriedade ocasionada pela novidade trazida pela lei e o instituto da doação, no caso, de órgãos, ao qual é inerente a necessidade de liberdade de manifestação.

---

<sup>24</sup> *Doação presumida de órgãos do corpo humano cit.*, p. 66.

<sup>25</sup> *Doação presumida de órgãos do corpo humano cit.*, p. 67.

<sup>26</sup> *A bioética e o transplante de órgãos*, in *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, fasc. 59/60, 2004, p. 312.

Estudiosos de outras áreas também sentiram-se na obrigação de escrever acerca de tão controverso tema.

Regina Ribeiro PARIZI e Nei Moreira DA SILVA<sup>27</sup> trouxeram importante visão, estrangeira ao direito, a criticar a presente legislação, valendo-se de análise, em certa medida, comparatista.

Muito interessante a visão trazida pelas autoras, PARIZI e DA SILVA<sup>28</sup>, que dividem em dois grandes blocos aqueles países que aderem a uma ou outra vertente, no que concerne à regulamentação da doação de órgãos. De acordo com as autoras, essa escolha está intimamente relacionada à visão que a comunidade tem sobre o direito individual e o interesse coletivo.

Desse modo, em países, como os EUA, por exemplo, com uma tradição reconhecidamente calcada em valores como a individualidade, a liberdade do cidadão, e mesmo a propriedade privada, a autorização para a doação (propriedade de dispor ou não de seu corpo) tem que ser expressa.

Por outro lado, nos países em que há predominância da tese de que, em caso de conflito entre interesses coletivos e individuais, o Estado deve intervir, com fins de garantir o interesse público, mais comum é a adoção da figura da autorização presumida.

Como oportunamente veremos, esta última opção legislativa vem sendo adotada por diversos países europeus, como Austrália, Bélgica, França e Espanha. No entanto, como bem dizem PARIZI e DA SILVA<sup>29</sup>, nítidas são as diferenças culturais e de condições de infra-estrutura no âmbito da saúde entre esses países, reconhecidamente desenvolvidos e o Brasil.

Também por isso, teve lugar tamanha polêmica e discussão acerca do dispositivo legal que previa a autorização presumida.

Diversos foram os motivos alegados por aqueles que se posicionaram e continuam se posicionando contrariamente a esse instituto. Um deles, de cunho,

---

<sup>27</sup> *Transplantes*, in *Iniciação à Bioética*, Brasília, Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 165.

<sup>28</sup> *Transplantes cit.*, p. 165.

<sup>29</sup> *Transplantes cit.*, p. 159.

digamos, mais ético do que propriamente jurídico, é o de que a doação é um ato de solidariedade e, justamente por isso, pressupõe a conscientização e vontade expressa daquele que vai realizar tal ato.

Essa é uma situação fática que, inevitavelmente, depôs contra a inovação político-legislativa pretendida. A outra, na mesma linha, foi a de que se mostrava nítido que, os profissionais da área da saúde responsáveis por realizar o procedimento da doação de órgãos (da extração dos órgãos do morto), dificilmente, pra dizer o mínimo, agiriam, sem a anuência da família do paciente. O motivo é claro, além de uma possível condolência com a família da vítima, que já sofre demais com a perda, há também o mais do que justificado e compreensível temor de sofrer um processo por parte desses familiares que, eventualmente, tivessem suas vontades ignoradas.

A extrapolar, ainda, toda essa discussão eminentemente jurídica, a verdade é que, ainda que a figura da autorização presumida tivesse obtido sucesso em conseguir fazer aumentar o número de órgãos disponíveis, isto não implicaria, necessariamente, em um incremento no número geral de transplantes, uma vez que o real problema relativo a essa matéria é de ordem técnica, operacional. A capacidade operacional dos centros de transplantes seria menor do que a demanda, ter-se-ia uma situação deficitária na oferta de serviços.

Essa era, de uma forma geral, a (má) impressão que os mais diversos setores da sociedade tinham do quadro que se desenhava a respeito da política de transplantes e de sua nova lei regulamentadora.

Desse modo, a consequência dessa série de rechaças à nova lei foi a edição de uma nova, no ano de 2001 (lei 10.211), alterando determinados dispositivos da lei de 1997, dentre os quais o principal foi exatamente o art. 4º<sup>30</sup>, que passou a vigor com redação diametralmente oposta.

Entretanto, se foi tida como absurda a disposição original do art. 4º, não menos se mostrou a nova redação, dada pela lei de 2001, que nos levou a outro extremo: o de

---

<sup>30</sup> Nova redação dada ao art. 4º da lei 9.434/97 pela alteração promovida pela lei 10.211/01:  
Art. 4º A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.

ver a doação, condicionada não mais, primeiramente, à manifestação de vontade do morto, mas, sim, em qualquer hipótese, à autorização do cônjuge ou dos parentes.

Acerca das mudanças trazidas pela atual lei, COELHO<sup>31</sup>, ressalta vigorar hoje, em oposição ao que previa a lei de 1997, a regra de que a doação de órgãos depende a doação de autorização dos familiares.

Entende o autor que, apenas na hipótese de a pessoa se manifestar “não doadora”, a vontade dos familiares não será levada em conta, pois não se realizará a remoção de órgão de nenhuma maneira. COELHO<sup>32</sup>, não deixando dúvida a respeito do seu posicionamento acerca da questão dos transplantes, afirma que, apesar do egoísmo impar, a lei reconhece plenamente essa ato de manifestação de vontade do morto.

Não bastasse a gigantesca polêmica, o advento do novo Código Civil, no ano de 2002, só fez aumentar a discussão, ao também disciplinar a disposição do corpo morto, em seu art. 14<sup>33</sup>.

Com base na redação do Código Civil, posterior à lei 10.211/2001, a maioria daqueles juristas interessados no tema entendeu que se voltava a ter, no Brasil, disciplina para a doação de órgãos pós-morte, parecida com aquela que vigorava antes de toda a discussão trazida pela atual Lei de Transplantes de 1997. Isto é, a legitimidade para dispor sobre o corpo morto é precipuamente do próprio morto, de acordo com os dizeres do artigo supracitado, que fala em ato de disposição do próprio corpo. Assim, os parentes só interfeririam nessa temática supletivamente, como sempre fora.

É a partir deste cenário, aqui reconstruído, que surge a necessidade de se estudar, aprofundadamente, a questão da titularidade do direito ao corpo morto, a fim de se determinar quem realmente deve ser, pela lei, considerado legítimo para decidir, em última instância, acerca da doação de órgãos. Questionamento o qual transcende a mera análise dos diplomas normativos pátrios em vigor, cuja eventual conflituosidade se poderia solucionar por meio dos tradicionais instrumentos de solução de antinomias, mas mergulha nos institutos base do direito civil e dos direitos da personalidade, a fim

---

<sup>31</sup> *Curso de direito civil (vol.1)* cit., p. 200.

<sup>32</sup> *Curso de direito civil (vol.1)* cit., p. 200.

<sup>33</sup> Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

de se tornar possível a formação científica de uma opinião jurídica acerca de qual seria a melhor forma de se disciplinar a matéria.

### Capítulo 3

## O POSICIONAMENTO DA DOCTRINA NACIONAL FRENTE À DOAÇÃO DE ÓRGÃOS PÓS-MORTE

Tendo em mente o quadro delineado no capítulo anterior, que trouxe a evolução da normatização da doação de órgãos pós-morte no Brasil, faz-se mister, no presente momento, procedermos efetivamente ao estudo e compreensão dos institutos jurídicos atinentes ao caso.

Em que pese a importância da figura dos diplomas normativos, objeto do capítulo precedente, estes só terão o condão de regular determinada matéria de modo adequado, se estiverem em consonância com as atuais teses jurídicas acerca do assunto.

Assim, damos início ao estudo doutrinário a respeito das figuras jurídicas essenciais relativas ao tema da doação de órgãos.

### 3.1 Direitos da personalidade

Impossível entender os conceitos jurídicos que viremos a estudar, sem conhecer a teoria dos direitos da personalidade. Por isso, daremos início a esse capítulo buscando entender um pouco melhor essa categoria de direitos, bem como suas características e classificações.

Os direitos da personalidade, na visão de Francisco AMARAL<sup>34</sup>, são direitos subjetivos, cujos objetos seriam bens e valores fundamentais do ser humano, nas esferas física, moral e intelectual. Nessa mesma linha, Orlando GOMES<sup>35</sup> afirma que aquilo que se denomina direitos da personalidade são os direitos tidos como essenciais à pessoa humana.

---

<sup>34</sup> *Direito Civil - Introdução*, 6.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pp. 247-249.

<sup>35</sup> *Introdução ao direito civil*, 19.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 134.

Ainda na tentativa de deixar bem claro o conceito de direitos da personalidade, temos a posição não divergente de Fábio Ulhôa COELHO<sup>36</sup>, para quem os direitos da personalidade são aqueles que dependem apenas que o sujeito ativo seja pessoa para serem exercidos, em outras palavras, qualquer um que seja titular de uma personalidade, no sentido de estar apto a ter direitos e obrigações, é titular, também, dos direitos da personalidade.

Impossível, porém, seria imaginar uma lista tipificadora dos direitos da personalidade. Daí a importância de se deixar bem conceituado e delimitado o âmbito dos direitos da personalidade. É o que busca Silvio Romero BELTRÃO<sup>37</sup>, que conclui serem objeto dos diversos direitos classificados como direitos da personalidade, aqueles bens intrínsecos ao indivíduo, isto é, os atributos da personalidade, a sua manifestação em âmbito jurídico.

Nesse momento, porém, surge o questionamento acerca do quê se trata, exatamente, esse conceito de “personalidade”.

Não são muitos os autores que se debruçam sobre esse ponto específico, mas também crucial ao entendimento da categoria dos direitos da personalidade, partindo do pressuposto de que esta é uma ideia um tanto quanto pacificada e óbvia.

Tal assunção não é verdadeira, há considerável espaço para o debate acerca do que seja efetivamente personalidade, o seu espectro de atuação, o seu início e fim, dentre outros questionamentos.

De acordo com Adriano DE CUPIS<sup>38</sup>, a personalidade confunde-se com o conceito de capacidade jurídica, sendo definida juridicamente, como a condição que permite à determinada pessoa ser titular de direitos e obrigações.

Por outro lado, há autores que, a fim de explicar o conceito de personalidade jurídica, entendem ser necessária uma diferenciação entre dois tipos de personalidade.

---

<sup>36</sup> *Curso de direito civil (vol.1)*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2006, p. 182.

<sup>37</sup> *Direitos da personalidade - de acordo com o Novo Código Civil*, São Paulo, Atlas, 2005, p. 23.

<sup>38</sup> *Os direitos da personalidade*, tradutor Afonso Celso Furtado Rezende, 2ª ed., São Paulo, Quorum, 2008, p. 19.



Enéas Costa GARCIA<sup>39</sup>, por exemplo, defende a existência da personalidade jurídica, mas, também, de uma personalidade por ele denominada personalidade humana.

Nesse sentido, personalidade jurídica seria aquela de cunho estritamente jurídico e que caracteriza o ser humano como titular de direitos e obrigações. Personalidade humana, em sentido mais amplo, por outro lado, extrapolaria o mero aspecto jurídico do homem, mas sem, inevitavelmente, deixar de englobá-lo. Desse modo, o entendimento de GARCIA<sup>40</sup> é de que, o que subsiste para depois da morte é a personalidade humana, não a jurídica.

De entendimento semelhante, não obstante nomenclatura ligeiramente diferente, Alfredo Domingues Barbosa MIGLIORE<sup>41</sup> defende a existência de uma personalidade biológica ou natural, além da tradicional personalidade jurídica.

Assim, no seu modo de ver, a morte põe fim, somente, à personalidade jurídica, cuja função seria apenas a de determinar a existência legal da pessoa. Por sua vez, a personalidade biológica ou natural subsistiria à morte, demandando, por isso, atenção e tutela por parte do Direito.

Em outras palavras, o que buscam expressar ambos os autores, com a elaboração de suas teses, é o fato de que, apesar do advento da morte, os atributos da “personalidade humana” (“personalidade natural” ou “personalidade biológica”), como por exemplo, a imagem, a honra, o nome, o corpo, permanecem sendo alvo de interesses jurídicos, uma vez que continuam a dar causa ao surgimento de direitos e obrigações e, conseqüentemente, demandam do direito a uma proteção pós morte.

O esforço doutrinário engendrado por GARCIA e também por MIGLIORE são muito bem-vindos, uma vez que visam a esclarecer os institutos confusos do direito. Ainda assim, suas ideias não são unanimidades. Há outra parcela da doutrina que entende desnecessário dispendir tamanha energia na criação de dois tipos de personalidade, algo que poderia até trazer maior confusão que esclarecimento.

---

<sup>39</sup> *O direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2007, p.107.

<sup>40</sup> *O direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro* cit., p. 107.

<sup>41</sup> *Direitos da personalidade post mortem*, Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 94.

A “contraproposta”, então, seria realizar o esclarecimento pretendido, de um modo pretensamente mais simples e claro, por meio da diferenciação entre personalidade e seus atributos, isto é, seus “prolongamentos”, os quais, estes sim, permaneceriam para além da morte sendo alvo de interesses e tutela jurídicos.

Assim sendo, enquanto a personalidade seria o elemento essencial à caracterização do homem na condição de sujeito de direitos e deveres, de maneira bastante abstrata e genérica. Cada um de seus atributos configurar-se-ia como os componentes dessa personalidade humana, e que, como já dito, são fundamentais à plena constituição e desenvolvimento do ser humano.

Apenas a título exemplificativo, podemos citar como inclusos na categoria dos direitos da personalidade, o direito ao nome, ao corpo e à honra. São direitos, cujos objetos são, verdadeiramente, elementos que se propagam da própria personalidade do indivíduo, de sua existência na sociedade. Assim, uma pessoa não pode ser considerada em sua integralidade sem que tenha um nome, um corpo e mesmo sua honra, devendo, por isso mesmo, poder defendê-los da interferência por parte de terceiros, o que faz, por conseguinte, com que tais atributos sejam merecedores de proteção por parte do Direito.

### **3.1.1 Direitos da Personalidade pós-morte**

Feita a apresentação inicial dos direitos da personalidade, continuamos ainda nessa categoria, restringindo-nos, agora, contudo, ao ramo de estudo dos ditos direitos da personalidade pós-morte.

Assim, independentemente de adotar-se esta ou aquela teoria apresentada, a respeito da personalidade e seus atributos, o que tem se mostrado pacífico, como salienta MIGLIORE<sup>42</sup>, é que o entendimento, outrora sustentado, de que os direitos da personalidade teriam por característica, dentre outras, a vitaliciedade, não mais se sustenta.

---

<sup>42</sup> *Direitos da personalidade post mortem* cit., p. 123.

Acerca da não extinção dos direitos da personalidade junto com a extinção da própria personalidade, Daisy GOGLIANO<sup>43</sup> afirma que, principalmente aqueles direitos da personalidade que estão relacionados ao cadáver e que envolvem disposições pós-morte de última vontade, se projetam após a morte, devendo ser plenamente perquiridos e respeitados.

No caso específico dos transplantes, o direito de dispor dos órgãos e do cadáver como um todo, de titularidade do morto, pode ser exercido por ele enquanto vivo for e, após a sua morte, deve ser pesquisada a sua vontade e suas decisões devem ser respeitadas.

No que diz respeito à continuação dos direitos da personalidade para depois da morte, Carlos Alberto BITTAR<sup>44</sup> entende que os direitos são transmitidos, por sucessão *mortis causa*, aos herdeiros, aos quais cabe defender. A fim de ilustrar essa condição, o autor traz o exemplo dos direitos morais do e também, exatamente, as questões relativas à autorização para uso altruístico do próprio corpo. Defende BITTAR<sup>45</sup>, diferentemente de GOGLIANO, que a partir da sucessão dos direitos, os herdeiros passam a agir por direito próprio, enquanto a autora dá a entender defender, meramente, uma prolongação no tempo dos direitos de personalidade de titularidade do morto, dos quais era titular, e que agora têm nos parentes apenas representantes, com a obrigação de fazer valer a vontade do finado titular.

Como hoje os direitos da personalidade, são vistos como perenes, a justificativa para essa condição, segundo MIGLIORE<sup>46</sup>, não estaria apenas na lei, na disciplina trazida pelos parágrafos únicos dos artigos 12<sup>47</sup> e 20<sup>48</sup> do código civil, que fazem menção a

---

<sup>43</sup> *Pacientes terminais – morte encefálica*, s.l., s.d., disponível in <http://web.archive.org/web/20040602100309/http://www.cfm.org.br/revista/bio2v1/pacienterm.html> [26-03-2012]

<sup>44</sup> *Os direitos da personalidade*, 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2006, p. 13.

<sup>45</sup> *Os direitos da personalidade* cit., p. 13.

<sup>46</sup> *Direitos da personalidade post mortem* cit., p. 123.

<sup>47</sup> Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

<sup>48</sup> Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

direitos decorrentes de situações posteriores à morte, ou mesmo decorrentes da morte, mas também no próprio conceito de personalidade biológica que ele apresenta.

Importante ressaltar que a perpetuidade de alguns atributos da personalidade, não se confunde com a infinitude da personalidade jurídica em si, a qual, e MIGLIORE<sup>49</sup> é preciso nesse ponto, inevitavelmente extingue-se com a morte, pelo princípio do *mors omnia solvit*<sup>50</sup>. Como consequência desse princípio, ou melhor, da situação de extinção da personalidade temos o fim das relações personalíssimas do morto, por um lado, mas de outro, a transmissão das demais relações jurídicas a seus herdeiros.

Apesar de ser categórico ao afirmar a inquestionabilidade do brocardo latino em questão, polemiza MIGLIORE<sup>51</sup> ao apresentar um caso da época de Roma, relativo ao instituto da herança jacente.

Tratava-se de um contexto em que os herdeiros não eram ainda conhecidos e o morto era tido, por ficção jurídica, como vivo até que resolve-se essa pendência sucessória, a fim de que essa universalidade de bens que é a herança, não fosse considerada *res nullius* e, portanto, passível da apropriação por qualquer pessoa. Em outras palavras, o autor da herança, apesar de morto e ainda que fictamente, continuava sendo titular de direitos patrimoniais sobre seus bens, até que fossem conhecidos seus herdeiros e estes pudessem assumir seu lugar como titulares dos direitos patrimoniais em questão.

Em que pese o exemplo interessante, MIGLIORE<sup>52</sup> mantém-se fiel ao entendimento de que a mera “projeção de direitos da personalidade”, para depois da morte, não abala o princípio: *mors omnia solvit*, nem revoga a previsão do art. 6º do código civil<sup>53</sup>. Mais do que isso, não vacila ao afirmar que a presente situação da tutela dos direitos da personalidade pós-morte não se configura como uma ficção jurídica, não cabendo, assim a comparação com a condição do nascituro.

---

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

<sup>49</sup> *Direitos da personalidade post mortem* cit., p. 134.

<sup>50</sup> “A morte tudo dissolve”.

<sup>51</sup> *Direitos da personalidade post mortem* cit., p. 139.

<sup>52</sup> *Direitos da personalidade post mortem* cit., p. 157.

<sup>53</sup> Art. 6º **A existência da pessoa natural termina com a morte**; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva. (grifo nosso)

Irrepreensível o que assevera o autor. Atualmente, a tutela dos direitos da personalidade pós-morte não passa pela figura jurídica da ficção legal. Ao mesmo tempo, temerário seria afirmar a impossibilidade de vir a ser, pois a ficção se mostra, ainda hoje, ferramenta de extrema valia ao direito. Basta ver, por exemplo, a própria situação dos direitos do nascituro.

Finalmente, de maneira bastante didática e técnica, MIGLIORE<sup>54</sup> propõe uma classificação dos direitos da personalidade, baseado no evento morte: a) aqueles que findam com a morte; b) aqueles que são transmitidos aos herdeiros; c) aqueles que, extrapatrimoniais, projetam-se para o *post mortem*, sem transmissão; d) aqueles que só aparecem com a morte.

O direito de dispor do corpo após a morte, no caso, para fins de doação de órgãos, objeto de estudo da presente pesquisa, a depender da linha de raciocínio engendrada pode enquadrar-se tanto na segunda quanto na última categoria.

Para MIGLIORE<sup>55</sup> se enquadram dentro da última categoria os direitos relativos às disposições de última vontade em relação ao corpo morto.

De modo a chegar a uma conclusão para essas e outras tantas questões, passemos, então, finalmente, ao estudo do direito ao cadáver.

### **3.2 Direito ao Cadáver**

Antes de mergulhar a fundo nos detalhes atinentes ao direito ao cadáver, importante ter um panorama geral da sua inserção dentro do Direito como um todo. Pelo breve exposto até aqui, parece tranquila a afirmativa de tratar-se o direito ao cadáver de um direito da personalidade pós-morte. Ainda assim, acreditamos ser relevante dedicar um momento para esclarecer o porquê dessa classificação no caso específico do direito ao cadáver.

---

<sup>54</sup> *Direitos da personalidade post mortem* cit., p. 165.

<sup>55</sup> *Direitos da personalidade post mortem* cit., p. 166.

Lá atrás, no início de toda essa discussão jurídica acerca da doação de órgãos, João Gualberto DE OLIVEIRA<sup>56</sup> questionava qual a categoria, a real natureza do direito ao próprio corpo, e por extensão, do direito ao cadáver.

O entendimento do autor era o de que os direitos da personalidade são aqueles que permitem ao ser humano ser reconhecido como pessoa e, conseqüentemente, ser respeitado como titular dos direitos inerentes à natureza humana.

A definição é adequada e não foge muito das demais até hoje formuladas pelos mais diversos teóricos, algumas das quais até já apresentadas nesse estudo. O problema reside no fato de DE OLIVEIRA<sup>57</sup> não enxergar nos direitos sobre o próprio corpo e sobre o cadáver, direitos da personalidade, por acreditar que esses direitos seriam, na verdade, *ius in se ipsum*, isto é, um direito da pessoa sobre a própria pessoa, um direito no qual confundir-se-iam sujeito e objeto.

Havia na época, outros autores que defendiam a possibilidade da existência desse grupo de direitos sobre a própria pessoa, no qual um mesmo ser humano ocuparia na relação jurídica os lugares de sujeito e objeto.

No entanto, DE OLIVEIRA<sup>58</sup> posicionava-se contrariamente a essa corrente, pois a seu ver a aceitação de uma tal categoria de direito equivaleria a admitir a negação do próprio direito, ao qual é essencial e necessário relação entre os homens.

Essa problematização foi, do ponto de vista da evolução dos estudos sobre a personalidade e seus direitos, muito relevante. No entanto, entendemos que, hoje em dia, tais questionamentos encontram-se relativamente pacificados, salvaguardadas opiniões esporádicas e dissonantes revolvendo tal teoria.

Isto porque se percebeu que o que temos na verdade, na questão dos direitos da personalidade é a pessoa como sujeito de um direito cujo objeto não é a si própria, mas um atributo de sua personalidade: corpo, honra, nome, etc.

---

<sup>56</sup> *O transplante de órgãos humanos à luz do direito*, São Paulo, Instituto dos Advogados de São Paulo, 1970, p. 55.

<sup>57</sup> *O transplante de órgãos humanos à luz do direito cit.*, p. 55.

<sup>58</sup> *O transplante de órgãos humanos à luz do direito cit.*, p. 56.

Assim, atualmente, é pacífico considerar o direito ao próprio corpo, o direito ao cadáver, o direito à integridade física e similares, como direitos da personalidade, grupo de direitos mais do que consolidado. Ou seja, como direitos essenciais ao próprio reconhecimento do ser humano, como tal. Essenciais à plena configuração e realização das potencialidades do homem.

### 3.2.1 Conteúdo do direito ao cadáver

O conteúdo do direito ao cadáver não é tão óbvio quanto pode parecer. GOGLIANO<sup>59</sup> nos alerta para a ausência de unanimidade a esse respeito. De acordo com a autora, teóricos mais antigos defendiam não haver nenhum tipo de direito específico sobre o cadáver, mas, apenas, normas de políticas públicas sobre o que se pode, ou não se pode e sobre o que se deve, ou não se deve, fazer com o corpo morto. Outra linha ainda bastante simplista e ultrapassada é aquela que vê o direito ao cadáver apenas como direito de se velar o morto, como um direito próprio da família.

Nenhuma dessas é, porém, a posição da autora, que defende a teoria de DE CUPIS<sup>60</sup>, que enxerga o direito ao cadáver como um direito privado não-patrimonial de titularidade da família, em razão dos sentimentos que ligavam os parentes ao morto. No entanto, o autor ressalva de que o exercício desse direito depende da não manifestação do morto sobre o assunto, pois em tendo havido manifestação nesse sentido, nada mais teríamos senão a existência de um negócio jurídico de coisa futura, e que, obviamente, deve ser cumprido.

O conteúdo, especificamente, desse direito da família, segundo DE CUPIS<sup>61</sup>, seria o de dar destinação final ao corpo morto.

Ainda que nítida a evolução entre as primeiras correntes e a presente, impossível não salientar, que uma satisfatória visão do direito ao cadáver só se alcança por meio de uma interpretação extensiva do que se entenda por “dar destinação ao corpo morto”.

---

<sup>59</sup> *O direito ao transplante de órgãos e tecidos humanos*, Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986, p.115

<sup>60</sup> *Os direitos da personalidade* cit., p. 99.

<sup>61</sup> *Os direitos da personalidade* cit., p. 99.

Tendo em vista a conjectura atual, o estágio de desenvolvimento dos direitos da personalidade, a destinação do corpo morto não pode limitar-se ao direito de se optar entre: sepultamento, cremação, etc. Imprescindível incluir aí a questão da disposição pós-morte dos órgãos, com o objetivo de doação. Assim, é também direito ao cadáver o direito de dispor sobre suas partes componentes.

Isto porque, como já tivemos oportunidade de afirmar e reafirmar, a doação de órgãos só é permitida pelo nosso ordenamento jurídico, devido à noção da existência de um direito sobre essas partes do corpo, bem como ao corpo como um todo.

Desse modo, o detentor deste direito sobre o corpo morto pode dele dispor, observadas determinadas restrições quanto à gratuidade da destinação dada ao cadáver, por exemplo, quanto à observância e respeito à moral e os bons costumes, igualmente, e, claro, quanto à licitude do ato.

Tendo isso em vista, importante entender em detalhes o direito ao cadáver: seu objeto, sujeito ativo, sujeito passivo.

### **3.2.2 Objeto do direito ao cadáver**

Ainda que, aparentemente, o objeto do direito ora estudado se apresente de pronto e com certa obviedade, alguns esclarecimentos se mostram necessário a esse respeito.

O objeto do direito ao cadáver não poderia deixar de ser o próprio cadáver, ou o corpo morto, sinônimos. Porém, em termos jurídicos, qual a natureza do cadáver? Esse cadáver, que é objeto de direito, tem natureza jurídica de coisa, pessoa, ou ainda pertence a uma categoria *sui generis*, distinta das duas anteriores?



### 3.2.2.1 O cadáver como coisa

Os primeiros estudiosos do assunto, que se debruçaram sobre o tema, não relutavam em defender a natureza de coisa do cadáver.

CHAVES<sup>62</sup> é um dos autores que defendia natureza de coisa ao cadáver. A particularidade desta tese, contudo, está no fato de que acreditava que o corpo não deveria estar sujeito às atitudes e desejos do morto ou de seus familiares, mas sim, às práticas demandadas por interesse público.

O autor defende que a partir do momento em que a pessoa morre, o corpo morto sai da esfera de interesses da família ou do próprio *de cuius* e passa a fazer parte do conjunto de interesses públicos. Em suma, essa teoria caminha no sentido de considerar, o cadáver como coisa pública, coisa de domínio comum.

Obviamente, CHAVES<sup>63</sup> não advoga contrariamente à devida manutenção do respeito ao cadáver próprio da cultura nacional. Ele apenas não vê conflito entre a utilização do mesmo em prol, acima de tudo, do interesse público, no caso a Saúde, e o princípio da dignidade humana.

Por outro lado, Paulo Roberto de Gouvêa MEDINA<sup>64</sup>, contrapõe-se com veemência a essa linha argumentativa, pois a seu ver, o sentimento de respeito aos mortos, tradição da cultura nacional, não permitiria a caracterização do cadáver como “bem do domínio comum”, de que o Estado pudesse dispor, simplesmente por não ter havido manifestação em contrário do morto.

O grande problema da teoria defendida por CHAVES, razão pela qual jamais teve grandes adeptos, é seu caráter fortemente utilitarista, uma vez que preza pela supremacia do interesse público de uma forma desmedida e não dá a menor margem de atuação à manifestação de vontade privada e individual, situação de restrição tal que pode ser sim vista, inclusive, como atentatória à dignidade humana.

---

<sup>62</sup> *Direito à vida e ao próprio corpo - intersexualidade, transexualidade, transplantes*, 2.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, p. 252.

<sup>63</sup> *Direito à vida e ao próprio corpo cit.*, p. 252.

<sup>64</sup> *Doação presumida de órgãos do corpo humano*, in *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, Brasília, v.26, n.63, 1996, p. 65.

Outros autores, ainda, veem o cadáver como coisa. BERGOGLIO e BERTOLDI<sup>65</sup> defendem essa tese, pois entendem que este tem materialidade e tem potencial valor econômico ou social, os requisitos por ele elaborados para poder classificar algo de coisa.

De acordo com as autoras<sup>66</sup> é preciso reconhecer que o corpo humano, a partir do momento que deixa de abrigar uma vida, passa por um processo de “desumanização”, distanciando-se, com o passar do tempo, cada vez mais da personalidade que carregava em si, quando a pessoa era viva. E isso seria importante para o direito na medida em que quanto menos imediata, quanto mais tardia a utilização do cadáver, mais relativa (e menos absoluta) seria a inalienabilidade do cadáver.

Assim, BERGOGLIO e BERTOLDI<sup>67</sup> entendem que o cadáver imediatamente destinado ao sepulcro é, sem sombra de dúvidas, coisa fora do comércio (inalienabilidade absoluta). No entanto, quando um cadáver perde toda a “personalidade” que lhe restava, como no caso dos esqueletos, das múmias, por exemplo, e desaparece qualquer vínculo entre o cadáver e o homem morto, torna-se coisa comerciável (alienabilidade), como outra qualquer. No meio do caminho, teríamos os cadáveres destinados a fins terapêuticos ou científicos de inalienabilidade relativa.

Outro partidário da natureza jurídica de coisa ao cadáver é DE CUPIS<sup>68</sup>. Tendo em mente a extinção da personalidade pela morte, entende o autor que o corpo sem vida, cadáver, torna-se coisa fora do comércio. Entende o autor que o cadáver não pode ser objeto de direitos patrimoniais por conservar resíduo da pessoa viva. A comerciabilidade ofenderia a dignidade humana, a qual é plenamente respeitada por meio da destinação adequada do cadáver.

Assim, apesar do entendimento do cadáver como coisa, notória é a preocupação com a preservação da dignidade humana, que se daria, então, por meio da destinação normal, natural do cadáver: sepultamento, cremação, destinação a práticas científicas, etc.

---

<sup>65</sup> *Trasplantes de órganos*, Buenos Aires, Hammurabi, 1983, pp. 176-178.

<sup>66</sup> *Trasplantes de órganos* cit., p.183.

<sup>67</sup> *Trasplantes de órganos* cit., p. 184.

<sup>68</sup> *Os direitos da personalidade* cit., p. 98.

Entretanto, é justamente a partir da cada vez maior preocupação com a dignidade da pessoa humana que surgem questionamentos a esse posicionamento doutrinário que enxerga no cadáver meramente uma coisa, e, conseqüentemente, novas teorias tentando explicar sua natureza jurídica.

### **3.2.2.2 O cadáver como coisa *sui generis***

A nosso ver de maneira ainda insatisfatória, mas aproximando-se do ideal pretendido, Antonio de Jesus da Rocha FREITAS JÚNIOR<sup>69</sup>, muito próximo ainda da corrente que vê o corpo morto como coisa fora do comércio, defende que o corpo humano, sem vida, não pode mais ser considerado pessoa, ao mesmo tempo em que não pode ser tido como uma coisa comum, pois conservaria sua dignidade humana, consistindo, assim, uma coisa *sui generis*, mas ainda assim, uma coisa.

Percebemos, no caso, a dificuldade em abandonar a visão do cadáver como coisa, pela própria dificuldade de se encontrar outra categoria na qual enquadrar o corpo morto, que não coisa ou pessoa. No entanto, a preocupação com a dignidade humana, com a dignidade daquele que morreu, até há pouco pessoa, sujeito de direitos e deveres é plena. Por isso, defende-se, já, a conservação da dignidade humana no cadáver. Extingue-se a personalidade jurídica, mas a dignidade permanece, devendo, desse modo, ser respeitada e defendida.

### **3.2.2.3 O cadáver como se pessoa ainda fosse**

Por fim, cremos, o que há de mais moderno e atual em sede doutrinária a esse respeito é o posicionamento trazido por BELTRÃO<sup>70</sup>, segundo o qual, claramente, o cadáver não é mais pessoa, ao mesmo tempo em que não mais se admite sua classificação como coisa, devido ao fato de ainda estar ligado à personalidade que havia em vida.

---

<sup>69</sup> *Direitos da personalidade cit.*, p. 24.

<sup>70</sup> *Direitos da personalidade cit.*, p. 86.

A solução proposta, cujo número de adeptos parece crescer, dá-se no sentido de, em tudo quanto for possível, dar ao cadáver tratamento jurídico como se pessoa fosse, meio pelo qual se assegura sem maiores riscos o respeito a sua dignidade.

#### **3.2.2.4 A natureza jurídica do cadáver e a regulamentação da doação de órgãos**

Ainda que tal discussão aparente ser meramente teórica, na realidade, a relevância dessa divergência não poderia ser maior à presente pesquisa, inclusive em termos práticos, sendo determinante para as conclusões normativas a que se pretende chegar.

Até o presente momento, a imagem que parece estar sendo construída nos mostra que a opção por uma ou outra corrente doutrinária, em última instância, acaba por fornecer subsídios à defesa de uma ou outra tese à respeito da doação de órgãos.

Mais explicitamente, nos parece mais lógico que, aqueles que, porventura, ainda defendem a imputação de uma natureza jurídica de coisa ao cadáver, alinhem-se à teoria que defende que se confira aos familiares do morto a titularidade dos direitos da personalidade pós-morte, dentre os quais o direito de dispor sobre o cadáver e, assim, de determinar a doação ou não dos órgãos.

Ou mesmo, é possível, que aqueles que vêem o cadáver como coisa, adiram à teoria da presunção de autorização à doação de órgãos, tendo em vista o, no mínimo, ligeiro caráter utilitarista, por detrás dessa visão da regulamentação da doação de órgãos.

Por outro lado, condiz mais com o tratamento do cadáver como extinta pessoa, a ideia de que é ao morto, em primeiro lugar, que deve ser conferido o direito de determinar aquilo que será feito de seu corpo, para depois da sua morte (e só em caráter suplementar, buscar-se-á a vontade da família).

Obviamente, a relação a que chegamos acima não é necessariamente uma regra, muito menos uma verdade que não admite exceções, não é também estanque. Trata-se

apenas de um exercício de conexão dos diversos pontuais temas que estão envolvidos nesse estudo, a fim de facilitar a compreensão da matéria como um todo.

### 3.2.3 Sujeito passivo do direito ao cadáver

O tema dos sujeitos relativos ao direito ao cadáver é bastante longo e complicado. Começaremos, no entanto, pela figura do sujeito passivo de aceitação pacífica e fácil compreensão.

FREITAS JÚNIOR<sup>71</sup>, com muita precisão define os direitos da personalidade como direitos subjetivos absolutos e públicos.

É direito subjetivo (*facultas agendi*) na medida em que seu exercício é a expressão da vontade do titular deste direito<sup>72</sup>, é a tradução do seu querer para com o objeto que está em jogo. É, também, direito de caráter absoluto, isto é, não relativo, dado que o sujeito passivo é indeterminado, englobando toda e qualquer pessoa; oponível à “generalidade dos indivíduos”<sup>73</sup>. E, finalmente, direito público, uma vez que tem por origem norma de caráter público<sup>74</sup>, a lei de Transplantes, que, por mais que discipline também questões de relevante interesse particular, não deixa dúvidas quanto à sua relevância para o direito e interesses públicos.

Outrossim, segundo DE CUPIS<sup>75</sup>, dentre outras classificações e definições, os direitos da personalidade, estão incluídos na categoria de direitos absolutos, isto é, que devem ser respeitados e observados por toda a coletividade. Ou seja, todas as pessoas são obrigadas a não lesar os direitos da personalidade de outrem.

Em resumo, aquilo a que devemos verdadeiramente nos atentar é ao fato de que o direito ao cadáver, na condição de direito da personalidade, deve ser respeitado por toda a sociedade.

---

<sup>71</sup> *Direitos da personalidade* cit., pp. 13-14.

<sup>72</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de direito civil - teoria geral de direito civil*, 22ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 29.

<sup>73</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de direito civil* cit., p. 38.

<sup>74</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de direito civil* cit., p. 40.

<sup>75</sup> *Os direitos da personalidade* cit., p. 37.

Assim, independentemente de quem seja o titular desse direito, o que veremos a seguir, deve conseguir fazer valer e ser respeitado tal direito por qualquer pessoa. Não podendo sofrer limitações por parte de ninguém, se observadas as leis e os bons costumes.

### 3.2.4 Sujeito ativo (titularidade) do direito ao cadáver

Nesse momento entramos no ponto crucial do trabalho, entender de quem é a titularidade dos direitos da personalidade pós-morte, especificamente o direito ao cadáver, que aqui nos interessa.

Anteriormente, já tivemos a oportunidade de trazer o posicionamento de CHAVES<sup>76</sup> acerca do tratamento a ser conferido ao cadáver. No entanto, precisamos retomá-lo a fim de ressaltar que, justamente por defender tratar-se o corpo morto um “domínio comum”, este autor não vê, nem no *de cuius*, nem em sua família, o titular desse direito, mas o Estado.

Ao defender que o cadáver deve ser utilizado no atendimento de interesses públicos relativos à saúde, à doação, independentemente da vontade dos particulares envolvidos (morto e parentes), ainda que não o verbalize expressamente, CHAVES<sup>77</sup> advoga no sentido de uma transferência condicional do domínio sobre essa coisa, modo como ele vê o cadáver.

Em outras palavras, com o advento da morte e a cessação da personalidade jurídica, o cadáver, enquanto coisa, transferir-se-ia ao Estado para dele dispor, caso houvesse interesse. Isto é, caso houvesse possibilidade de destinação de órgãos à doação. Uma vez utilizado o cadáver, ou nos casos de inviabilidade de órgãos, este seria devolvido à família, dignamente recomposto, de modo que a mesma pudesse dar a destinação que considerasse mais adequado aos restos mortais do parente falecido.

Por isso, também, falar em transferência condicional do domínio, porque, pelo período de tempo necessário, o corpo morto ficaria em posse do Estado para dele dispor

---

<sup>76</sup> *Direito à vida e ao próprio corpo cit.*, p. 252.

<sup>77</sup> *Direito à vida e ao próprio corpo cit.*, p. 252.

a seu critério, com a ressalva da necessidade de um tratamento digno e da devida recomposição cadavérica; posse esta que ficaria condicionada ao uso do cadáver e que, uma vez terminado, obrigaria o Estado a devolver o cadáver aos familiares.

Esta teoria, ainda que muito interessante à discussão teórico-jurídica, jamais teve espaço na prática, e ainda hoje não encontraria número minimamente expressivo de adeptos.

Isto porque ela vai além da figura da autorização presumida para a doação de órgãos, que foi amplamente rechaçada pela sociedade brasileira, ela implementaria, se adotada, a obrigatoriedade da doação de órgãos, porque todos os cidadãos brasileiros que aqui falecessem, estariam sujeitos, inevitavelmente, à ação do Estado sobre seus corpos.

Desse modo, foi apresentada a tese em questão, a título histórico e de curiosidade, mas não a levaremos em conta na hora da conclusão final desta pesquisa, posto que muito distante da realidade.

GOGLIANO<sup>78</sup>, filiada à corrente mais antiga e tradicional, que tem como um dos grandes mentores e expoentes, Adriano De Cupis, começa por lembrar, ainda que óbvio, que o ordenamento jurídico não prevê a persistência da personalidade jurídica para depois da morte, mas o contrário, na realidade, isto é, sua extinção.

Com base nisso, entende a autora, já ficaria afastada qualquer possibilidade de se atribuir ao próprio morto a titularidade desses direitos. Além disso, qualquer comparação entre a ficção criada pelo ordenamento para atribuir personalidade jurídica ao nascituro e a tutela dos direitos da personalidade pós-morte, segundo essa corrente é inadequada, devendo ser abandonada. Isto porque a ficção concedida ao nascituro tem por base a expectativa, a condição mesmo, de que atingirá um momento futuro de existência como pessoa, ou seja, adquirirá personalidade jurídica. O morto, por sua vez, ao contrário, acabou de perder esse atributo, jamais vindo a readquiri-la, de modo que, por isso, seria equívoca a comparação.

---

<sup>78</sup> *O direito ao transplante de órgãos e tecidos humanos cit.*, p. 115.

No entanto, isso obviamente não significa não conceder ao cadáver qualquer tipo de proteção pelo ordenamento jurídico. Mas, apenas, que outro será o titular desses direitos sobre o cadáver.

A conclusão dessa vertente doutrinária dá-se no sentido de entender que a preservação da dignidade humana se daria por meio da destinação normal, natural do cadáver, ou seja, a atividade de sepultamento, cremação, destinação a práticas científicas, entre outras. E tal destinação normal configurar-se-ia mesmo, num direito, até mesmo um direito-dever, dos parentes do morto.

Em suma, segundo esse modo de ver, o direito ao cadáver, nele incluso a decisão pela doação de órgãos ou não e, também, que destinação dar ao corpo, seriam de titularidade da família do morto, salvo se este houvesse se manifestado em vida, como já alertamos, ressalva DE CUPIS<sup>79</sup>.

Compartilhando da visão que acabamos de trazer, temos FREITAS JÚNIOR<sup>80</sup>, que afirma que o direito relativo ao cadáver seria, na realidade, muito mais um direito, ou mesmo, de novo, um direito-dever, concedido à família para que disponha do corpo morto da maneira como julgar adequada. Desde que de acordo com as normas públicas de segurança sanitária e com os bons costumes. E, igualmente, ressalva no final, contanto que o morto não tenha se pronunciado, em vida, a respeito de qualquer um desses temas.

Por sua vez, BELTRÃO<sup>81</sup>, começando pelo mais simples, lembra que de acordo com o art. 6º do Código Civil, com a morte advém o fim da existência da pessoa natural e, por conseguinte, também de sua personalidade, deixando, dessa forma, de ser o indivíduo sujeito de direitos e deveres.

Contudo, ainda que o morto não seja mais titular de direitos, inclusive os da personalidade, permanecem “vivos” e surtindo efeitos no mundo jurídico, muitas vezes, atributos de sua extinta personalidade. É por esse motivo que o Código Civil, em seu artigo 12, parágrafo único, prevê a proteção aos direitos da personalidade daquele que já morreu.

---

<sup>79</sup> *Os direitos da personalidade cit.*, p. 99.

<sup>80</sup> *Direitos da personalidade cit.*, p. 24.

<sup>81</sup> *Direitos da personalidade cit.*, p. 85.



Ao mesmo tempo, o Código Civil prevê aos familiares apenas legitimidade para defesa desses direitos relativos ao morto, e de acordo com BELTRÃO<sup>82</sup>, essa legitimidade prevista em lei não se confunde com a titularidade. A questão que resta, então, é a de saber quem é o titular desses direitos que surgem ou se perpetuam para depois da morte.

Na realidade, BELTRÃO<sup>83</sup> entende que, o artigo em questão parece falar em direitos do morto, que ainda seria titular deles, e, apenas, em legitimação processual para defesa desses direitos ao cônjuge ou parentes, em razão da impossibilidade de ação por alguém que já morreu.

No entanto, não desenvolve a questão a ponto de expressar sua conclusão e opinião convictamente. Apenas podemos supor, pela leitura da obra, filiar-se a corrente que vê o morto ainda como titular. Tão pouco consegue explicar de que modo essa teoria se harmonizaria com o princípio *mors omnia solvit*.

Ainda sobre essa mesma questão, José Rogério Cruz e TUCCI<sup>84</sup>, ao se debruçar sobre a matéria, apesar de, como todos, lembrar da previsão de extinção dos direitos da personalidade com a morte, ressalta também o fato de que tal situação não exclui que essa extinta personalidade continue a influir no mundo jurídico.

A seu ver, de acordo com o parágrafo único do art. 12 do código civil, há uma permanência genérica dos direitos da personalidade, com vistas a proteger a personalidade “física ou moral” que existia em vida e perdura após a morte.

Assim, o autor em questão parece filiar-se, também, à corrente que prevê a existência de duas personalidades. A jurídica que finda com a morte, impedindo ao morto continuar a adquirir direitos e deveres, e uma outra de nomenclatura não uniforme (personalidade biológica, natural, moral) que perduraria para depois da morte. A personalidade do morto que deve ser tutelada.

---

<sup>82</sup> *Direitos da personalidade cit.*, p. 90.

<sup>83</sup> *Direitos da personalidade cit.*, p. 85.

<sup>84</sup> *Tutela jurisdicional da personalidade post mortem*, in *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 95, v.845, pp. 11-21, mar., 2006.

Com base nessas premissas, a respeito da questão da titularidade e legitimidade processual relativas a esses direitos da personalidade pós-morte, TUCCI<sup>85</sup> explicita que as legislações modernas, dentre as quais se inclui a brasileira, autorizam a defesa dos “bens jurídicos” relativos ao morto, por pessoas próximas ao mesmo, em geral os parentes.

Tais previsões, contudo, implicariam em reconhecer uma situação de transmissão *mortis causa* de direitos?

Obviamente, há autores defendendo que sim e que não. Rabindranath Valentino Aleixo CAPELO DE SOUSA<sup>86</sup>, por exemplo, defende que ocorreria sim uma espécie de sucessão, uma transmissão *mortis causa* desses direitos da personalidade. No entanto, esta transmissão em nada se confundiria, a seu ver, com a sucessão tradicional, sendo alvo de regime muito especial, que levasse em conta presumíveis interesses pessoais do morto.

Ou seja, de acordo com o autor português, os legitimados pela lei a defender os direitos da personalidade do falecido, seriam, igualmente, os titulares dos direitos em tela.

Ao mesmo tempo, importantíssimo ressaltar a visão de CAPELO DE SOUSA<sup>87</sup>, no que diz respeito à defesa da continuação, para depois da morte, dos direitos da personalidade, a fim de proteger aqueles que já morreram de ofensas à personalidade que existia em vida e que, entende, perdura depois da morte. Isto é, chega a admitir, então, a existência e uma tutela da personalidade do morto.

Entenda-se, CAPELO DE SOUSA não está se posicionando contrariamente ao princípio de que a morte põe fim à personalidade jurídica. Pelo que podemos compreender, a sua proposta, em alguma medida, assemelha-se ao que expusemos no item 3.1, acerca da proposta de distinção entre duas personalidades: a jurídica e a moral. O que se encaixa com perfeição à proposta do autor. Extingue-se a personalidade jurídica com a morte, mas a moral perdura, devendo ser respeitada e observada pelos familiares do morto, no exercício dos direitos do qual agora são titulares.

---

<sup>85</sup> *Tutela jurisdicional da personalidade post mortem* cit., p.15.

<sup>86</sup> *O direito geral de personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 366-367.

<sup>87</sup> *O direito geral de personalidade* cit., p. 193.

Voltando a TUCCI<sup>88</sup>, sua posição, ao contrário, não é de nada elucidativa. Defende que o direito material não pode ser do morto, ao mesmo tempo, que afirma que aqueles habilitados por lei a exercer tal direito detêm apenas legitimidade para tal e não titularidade. Assim permanece sem resposta a pergunta acerca da titularidade de tais direitos.

Acerca do tema do direito ao cadáver, BERGOGLIO e BERTOLDI<sup>89</sup> lembram, que a polêmica que gira em torno da questão de quem pode dar o consentimento para a doação de órgãos de determinado cadáver, a depender do lugar e época analisados, tende ora a conferir maior grau de importância à vontade privada, ora às necessidades sociais, ao interesse público. O que significa dizer, em outras palavras, defender a titularidade do direito de dispor do cadáver ao próprio morto, aos familiares, ou, pode-se dizer, ao Estado.

Dentre aqueles que defendem a importância da manifestação de vontade, de acordo com BERGOGLIO e BERTOLDI<sup>90</sup>, há ainda diversas correntes. Aqueles que defendem a possibilidade de disposição apenas pelo próprio morto. Aqueles que defendem a primazia da vontade do morto, mas que, na ausência desta, levam em conta a vontade de pessoas autorizadas pela lei a se manifestar sobre o assunto (em geral familiares). E, por fim, aqueles que advogam em prol do consentimento presumido em favor da doação de órgãos.

Por outro lado, salientam as autoras<sup>91</sup>, há também as teses de nacionalização ou socialização dos cadáveres, que levando em conta eminentemente o interesse público, a necessidade de se facilitar a obtenção de órgãos, por exemplo, transfere a titularidade do corpo, uma vez morto (cadáver), ao Estado, não cabendo, desse modo, manifestação do morto ou de parentes, a respeito da disposição do cadáver.

BERGOGLIO e BERTOLDI<sup>92</sup> entendem que a teoria do consentimento presumido é aquela que parece prevalecer nas legislações mais avançadas, uma vez que permite conseguir um maior número de doadores de órgãos. Alertam, porém, para o fato de que

---

<sup>88</sup> *Tutela jurisdicional da personalidade post mortem* cit., p.16.

<sup>89</sup> *Trasplantes de órganos* cit., p.213.

<sup>90</sup> *Trasplantes de órganos* cit., p.214.

<sup>91</sup> *Trasplantes de órganos* cit., p.215.

<sup>92</sup> *Trasplantes de órganos* cit., p.216.

a adoção de uma tal medida requer um grau de amadurecimento e conscientização da população acerca da matéria, de modo que tenham consciência do que consiste a doação pós-morte de órgãos, sanem suas dúvidas e temores a respeito do assunto.

Apesar do posicionamento adotado, BERGOGLIO e BERTOLDI<sup>93</sup> ressaltam que, em havendo no sistema legislativo alvo de estudo o respeito pela manifestação de vontade, mostra-se essencial ser capaz de assegurar às pessoas que seus desejos, expressos em vida, serão conhecidos e respeitados, ao momento de sua morte.

Num contexto como esse, as autoras<sup>94</sup> entendem não haver ninguém melhor do que o próprio sujeito para decidir o último destino de seu corpo. É o que chamam de “princípio da primazia da vontade do causante”.

A vontade, expressa ou tácita, defendem BERGOGLIO e BERTOLDI<sup>95</sup>, deveria ser respeitada, a menos que fira interesse de ordem pública, a moral ou os bons costumes. Podemos perceber, aqui, um movimento no sentido de afastar os familiares desta decisão, atribuindo a titularidade do direito ao cadáver única e exclusivamente ao morto, quando em vida, ao se defender que, em caso de omissão da parte deste, o ordenamento preveja que seja possível presumir, então, que este era doador.

Por fim, as autoras<sup>96</sup> afirmam que o princípio de que a personalidade termina com a morte não impede o respeito à vontade expressa em vida, devido ao respeito póstumo devido aos mortos que faz com que sua vontade continue operando, mesmo após o falecimento.

Todo o direito sucessório se baseia nesse princípio. Não haveria razão para as questões envolvendo o direito ao cadáver não serem também regidas com base nesses ideais.

Para tentar concluir esse aparentemente infundável problema, trazemos as diversas posições existentes a respeito, coletadas por MIGLIORE<sup>97</sup>.

---

<sup>93</sup> *Trasplantes de órganos* cit., p.235.

<sup>94</sup> *Trasplantes de órganos* cit., p. 187.

<sup>95</sup> *Trasplantes de órganos* cit., p. 188.

<sup>96</sup> *Trasplantes de órganos* cit., p. 192

<sup>97</sup> *Direitos da personalidade post mortem* cit., p. 206-207.

A primeira corrente veria naquelas pessoas, indicadas pela lei (no nosso caso, código civil) como legitimadas para defender os direitos da personalidade pós morte, os seus próprios titulares.

Outros autores defendem que o direito é da família, justamente porque é ela que sofre com a ofensa a qualquer desses direitos de personalidade pós-morte.

Por outro lado, parcela da doutrina acredita que a ofensa é ao direito da personalidade do morto. É o próprio morto o titular. O argumento principal dessa corrente baseia-se no fato de que os familiares têm direitos próprios, que não se confundem com os do falecido. Não podem fazer parte do “patrimônio moral” dos parentes, simultaneamente, os “patrimônios morais” de uma outra pessoa já falecida.

Assim, de um modo geral, podemos afirmar que doutrina e jurisprudência dividem-se dentro de quatro posições diversas, que visam explicar o fenômeno da titularidade dos direitos *post mortem* de personalidade: a) aqueles que consideram que a titularidade é dos herdeiros do falecido; b) aqueles que consideram que a titularidade é da família e de todo aquele interessado na defesa da dignidade do morto; c) aqueles que acham que o titular do direito é o próprio morto; d) aqueles que consideram um direito do Estado.

Essa que, provavelmente, é a maior e mais difícil pergunta do presente estudo, relaciona-se indissociavelmente à outra pergunta base de nossa pesquisa, qual seja, quem deve ser considerado, por lei, como aquele titular do direito de dispor sobre os órgãos do corpo morto, ou seja, quem será tido como o responsável por tomar essa decisão.

Como já adiantamos, basicamente, seriam três as opções consideradas mais viáveis: a) primazia da vontade do morto (expressa em vida); b) preferência da vontade dos parentes do morto; e finalmente c) privilégio do interesse público, na figura da presunção da autorização. E, cada uma dessas opções, está relacionada a uma das quatro vertentes doutrinárias acima expostas.

Poderíamos sumarizar toda essa polêmica da seguinte forma. Aqueles que defendem a titularidade dos direitos da personalidade pós-morte do morto, aos familiares ou mesmo aos herdeiros (teorias 1 e 2), não podem defender outra opção

legislativa senão aquela que deixa nas mãos de terceiros a legitimidade para decidir sobre a destinação dos órgãos do morto.

Por outro lado, aqueles que defendem que o morto, apesar de morto, apesar de extinta a sua personalidade, continua a ser titular de alguns direitos, dentre os quais o direito ao próprio corpo, filiam-se à corrente política que confere a legitimidade ao *de cuius*, para expressar sua vontade com relação a destinação de seu corpo, para depois da morte, acima de qualquer outra manifestação de vontade, de qualquer outra pessoa que possa se dizer interessada.

E, por fim, a figura da autorização presumida que, em grande medida, condiz com a quarta e última corrente, que vê no Estado é o mais adequado titular do direito ao cadáver de seus cidadãos, em nome de um interesse público sanitário, em detrimento de quaisquer interesses particulares.

Como dito, essas são as variadas possibilidades de atribuição de titularidade do direito ao cadáver a diferentes sujeitos. Porém, por detrás delas, há inúmeras teorias que buscam justificar essa questão da titularidade do direito *post mortem* de personalidade. MIGLIORE traz algumas delas.

A primeira é a dita, teoria do direito novo, segundo a qual com a morte de um familiar, tem fim a sua personalidade e seus direitos da personalidade. Mas, imediatamente, nasceria para cada um de seus parentes, um direito subjetivo próprio e pessoal, cuja origem seria o respeito e a memória daquele que faleceu.

Uma segunda opção é a doutrina da transferência de personalidade. Por meio da criação de uma ficção legal, o patrimônio moral do falecido converter-se-ia em um bem juridicamente tutelado a integrar o patrimônio de todos aqueles a quem a norma confere legitimidade para atuar em nome do *de cuius*. Esse patrimônio moral seria um legado do morto aos seus parentes e familiares, não somente aos herdeiros necessário.

Uma terceira teoria é a do direito da personalidade *post mortem* como ficção jurídica. Nesse caso, defende-se que a lei, para proteger valores importantíssimos, cria uma ficção, de modo a continuar havendo titularidade de direitos da personalidade após o falecimento.

### 3.2.5 Limitações ao Direito ao Cadáver

Para finalizar esse extenso tema do direito ao cadáver, cumpre lembrar que este sofre limitações, dado que nenhum direito é irrestrito.

Os limites aos direitos da personalidade pós-morte apresentados por BELTRÃO<sup>98</sup> são de três tipos. O primeiro deles, bastante óbvio, diz respeito à impossibilidade de tutela para depois da morte de direitos que pressuponham um titular vivo, como direito à vida, à liberdade.

Não se aplica, contudo, a restrição no caso do direito ao cadáver, cuja situação é, a bem da verdade, completamente inversa, uma vez que para o seu exercício pressuposto essencial não é a pessoa viva, mas morta. Em outras palavras, trata-se de um direito que só vem a surgir com a morte.

A outra situação de limitação apresentada é o decurso do tempo. Muitos dos direitos de personalidade pós-morte demandam proteção apenas durante um período próximo ao fato da morte. Assim, o mais comum é que, quanto mais afastado do momento da morte, menor será a preocupação e, mesmo, a necessidade de preocupação do direito em tutelar direitos.

Essa limitação temporal é até relevante à doação de órgãos, menos por uma questão jurídica e muito mais por questões médicas, biológicas. A doação de órgãos é prática médica que demanda imediatismo, agilidade de todos os envolvidos, do contrário, inviabiliza-se, porque os órgãos falecem.

Assim, a razão para a curta duração do exercício do direito ao cadáver dá-se por causas naturais: é impossível esperar mais do que algumas horas para a doação, da mesma forma que não se pode aguardar muito para decidir qual destinação a ser dada ao cadáver (sepultar, cremar, doar à pesquisa, congelar).

Não há, porém, que se falar em perda de interesse na tutela desse direito em decurso do tempo, cremos. Se futuramente forem desenvolvidos adequados métodos de conservação do corpo morto e dos órgãos, o exercício desse direito ao cadáver não sofrerá a limitação temporal da qual padece hoje, podendo, eventualmente, aí sim, ser

---

<sup>98</sup> *Direitos da personalidade cit.*, p. 88.

objeto de uma limitação temporal de cunho jurídico-legislativo que preveja um prazo razoável (e digno) para a tomada das devidas decisões.

Por fim, BELTRÃO<sup>99</sup> aborda também, as limitações advindas do sopesamento de interesses, com o que muitas vezes acaba por se fazer necessário abrir mão de algum tipo de direito da personalidade do morto, em prol da defesa de outro bem jurídico tido como mais relevante.

Inerente ao Direito e a qualquer relação jurídica, obviamente, também se aplica ao direito ao cadáver, com o que a tutela desse direito, pode ser que se veja restringida ou ampliada de acordo com a valoração, muitas vezes política, que se faz desse tipo de direito.

O exemplo mais clássico é a investigação de paternidade, que se vê contraposta ao princípio da inviolabilidade do cadáver. É pacífico na jurisprudência, a primazia do interesse do filho em buscar conhecer sua filiação, em detrimento do direito do morto (ou dos parentes do morto).

É igualmente com base, nesse tipo de sopesamento e, claro, em outros fatores, que o legislador opta por uma ou outra orientação no momento da elaboração de uma lei que regulamente a doação de órgãos.

Assim, aquele legislador que considere de extrema importância o direito ao cadáver, parece-nos, deverá exigir à doação de órgãos a autorização expressa. Outro, porém, que veja no direito da coletividade à saúde, no interesse público, algo de maior magnitude, deverá se orientar no sentido de ver aprovada legislação que insira no ordenamento jurídico de seu país, a figura da autorização presumida.

Da mesma forma, a valoração implicará, sem sombra de dúvida, na opção por deixar nas mãos do morto (em vida) ou dos familiares a decisão acerca da doação, a depender daquilo que for tido como mais relevante, o respeito a uma última vontade ou o sentimento familiar.

---

<sup>99</sup> *Direitos da personalidade cit.*, p. 88.



### 3.3 Resumo

Tendo em vista a grande quantidade de conteúdo apresentado neste capítulo, acreditamos ser de grande valia, a sua conclusão e fechamento por meio de um brevíssimo resumo, uma retomada dos pontos principais apresentados.

Como vimos, então, ao longo do presente capítulo, o principal objeto de estudo podemos definir como sendo o direito ao cadáver, por nós assim preferencialmente denominado.

Este direito ao cadáver é integrante do rol dos direitos da personalidade. Isto é, aqueles direitos cujo objeto são essenciais à viabilidade material e imaterial (intelectual, moral, psicológica) do próprio sujeito.

Nesse sentido, chegamos também à definição, de se tratar de direito subjetivo de caráter público e absoluto. Esse direito subjetivo ao cadáver dará origem a uma relação jurídica, que terá por objeto, óbvio, o cadáver e dois sujeitos diferentes nos polos, ativo e passivo dessa relação.

Acerca do objeto dessa relação jurídica, buscamos trazer as principais teorias acerca da natureza jurídica do cadáver, por entender que a opção por uma ou outra vertente doutrinária é capaz de influenciar o modo como se dará a regulação da doação de órgãos pós-morte.

Buscando uma linha de pensamento o mais de acordo possível com o atual estágio de desenvolvimento da sociedade e do direito, adotamos e posicionamo-nos ao lado de BELTRÃO<sup>100</sup>, na crença de que o tratamento a ser dado ao cadáver deve pautar-se num ideal ficcional de que aquele corpo sem vida ainda reside uma personalidade. Ou seja, o tratamento do cadáver “como se pessoa ainda fosse”.

No que diz respeito ao sujeito passivo será toda a coletividade, justamente por isso é pacífica a definição do direito ao cadáver como um direito de caráter absoluto.

---

<sup>100</sup> *Direitos da personalidade cit.*, p. 86.

O sujeito ativo, por sua vez, é o mais difícil de definir e, em grande medida, a razão de ser deste estudo. De forma bastante simplificada, podemos dizer que atribui-se a titularidade do direito ao cadáver: ao Estado, aos familiares, ou ao próprio morto.

Cada uma dessas linhas argumentativas já foi aqui explorada. Entretanto, brevemente, cumpre dizer que quando afirmamos a possibilidade de atribuir a titularidade desse direito ao Estado, significa dizer que determinados autores, em razão do princípio da supremacia do interesse público envolvendo a questão da doação de órgãos, veem surgir para o Estado, a partir do advento morte, um direito de retirada dos órgãos de seus cidadãos para fins de transplantes, independentemente da existência de manifestação de vontade do morto ou de seus familiares.

A nosso ver, o princípio da supremacia do interesse público, apesar de bastante caro ao ordenamento jurídico nacional, não justifica o completo desrespeito ao princípio da autonomia, o de maior importância, quando se debate questões da bioética, como a presente.

Argumentação em sentido contrário, além de temerária perante o direito, o é ainda mais em termos sociais. Existem diversos e recentes episódios que dão conta de atrocidades cometidas pelo Estado contra indivíduos, sempre sob o manto inquestionável do interesse público em primeiro lugar.

Assim sendo, restaria apenas a possibilidade de declarar titular do direito ao cadáver: o próprio morto ou seus parentes.

Mais uma vez, a resposta pode pautar-se não em outra coisa senão o princípio supracitado da autonomia. Impossível manter uma coerência na argumentação criticando-se aqueles autores que conferem o Estado de dispor do cadáver em primeiro lugar, mas, ao mesmo tempo, manter esse direito afastado do seu verdadeiro titular, entregando-lhe aos familiares do morto.

O princípio da autonomia só estará sendo plenamente respeitado com a aceitação da condição do próprio morto, durante sua vida, como titular precípua do direito ao cadáver. Afigura-nos já bastante claro dever ser o próprio sujeito o responsável por exercer o direito ao cadáver. Poderia, então, em vida, por meio desse direito da

personalidade, determinar qual destinação deverá ser dada ao seu cadáver e, por conseguinte, a seus órgãos.

## Capítulo 4

# O POSICIONAMENTO DA DOUTRINA E LEGISLAÇÃO ESPAÑHOLAS FRENTE À DOAÇÃO DE ÓRGÃOS PÓS-MORTE

A Espanha é internacionalmente reconhecida pelo sucesso de sua política de doação de órgãos, razão pela qual dedicaremos parcela de nosso tempo ao estudo da normatização do tema dos transplantes nesse país.

Muito deste sucesso, contudo, deve-se a fatores que em muito extrapolam o mero âmbito jurídico, atingindo áreas das ciências políticas, sociais, da saúde e também da administração.

É consenso entre os pesquisadores daquele país que os altos índices de transplantes e de doadores deve-se, em grande medida, a dois fatores: campanhas de conscientização realizadas pelo Estado, que mobilizam a população, isto é, os doadores; e, igualmente, à profissionalização de todo o processo de doação<sup>101</sup>, com uma extensa, interligada e comunicativa rede de transplantes no país, de modo que não se perca nenhuma oportunidade de doação por impossibilidades técnicas, de compatibilidade, de tempo, etc.

Ainda assim, sem uma adequada e completa base jurídica, doutrinária e legislativa, nada disso seria possível. Por isso, cumpre estudar as principais doutrinas e diplomas normativos espanhóis acerca da doação de órgãos.

### 4.1 Doutrina

Antes de mais nada, essencial iniciar essa abordagem da doutrina espanhola pelo que há de mais básico, de mais geral. Justamente tendo isso em vista, importantíssimo o

---

<sup>101</sup> *Aspectos legales del trasplante y la donación*, in *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, Navarra, v.29, 2006, p.24.

estudo daquele que é o mais antigo, o precursor, e ainda incrivelmente atual, José CASTÁN TOBEÑAS<sup>102</sup>.

O autor dá início a seus estudos a respeito dos direitos da personalidade, com a questão da delimitação do conceito de personalidade e dos direitos da personalidade, que não se confundem.

De acordo com CASTÁN<sup>103</sup>, a personalidade é o que permite aos homens ser titular de direitos e deveres. Direitos da personalidade, por sua vez, são as faculdades essenciais à construção e preservação dessa personalidade, tuteladas pelo direito.

Ao promover essa diferenciação, o autor adentra a sempre presente questão do sujeito e objeto dos direitos da personalidade. Como a própria definição acima de direitos da personalidade deixa transparecer, o posicionamento de CASTÁN<sup>104</sup> está de acordo com a teoria, ainda hoje predominante, de que os direitos da personalidade são direitos sobre atributos e manifestações essenciais da personalidade. Isto é, um grupo de direitos cujos objetos são esses atributos próprios da personalidade, como o corpo, a imagem, a honra, o nome e cujo sujeito e titular dos direitos é a própria pessoa.

Percebemos, em nada, até o presente momento, diverge o posicionamento espanhol do nacional. Mesmo porque, os doutrinadores pátrios sempre beberam e ainda bebem das fontes europeias mais tradicionais, dentre as quais está inclusa, por certo, a doutrina espanhola.

Tomado esse primeiro contato com a visão da doutrina espanhola a respeito dos direitos da personalidade, nos debruçaremos, agora, especificamente, sobre aquele direito que nos é pertinente: direito ao cadáver.

A esse respeito, CASTÁN<sup>105</sup> entende que essa discussão acaba por sair da esfera dos direitos da personalidade, posto que a morte põe fim à pessoa, à personalidade e aos direitos da personalidade, sendo o cadáver nada mais que um resíduo da personalidade.

---

<sup>102</sup> *Los derechos de la personalidad*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1952.

<sup>103</sup> *Los derechos de la personalidad*, cit., p. 15.

<sup>104</sup> *Los derechos de la personalidad*, cit., p. 18.

<sup>105</sup> *Los derechos de la personalidad*, cit., p. 40.

Antonio GORDILLO CAÑAS<sup>106</sup>, por outro lado, posiciona-se ao lado da corrente que defende a natureza de coisa ao cadáver, ainda que ressalve a extra-comercialidade do cadáver e um regime de coisa *sui generis* a ele.

Víctor ANGOITIA GOROSTIAGA<sup>107</sup>, por sua vez, também aborda a questão do cadáver, o qual reconhece, obviamente, não como sujeito de direitos, tendo em vista o já citado princípio do “*mors omnia solvit*”, como era quando pessoa, mas como objeto de direitos dos vivos: a) direito do morto, quando vivo, de não ter seu futuro cadáver violado; b) direito da família de não ter o cadáver violado e, conseqüentemente, ofendida a memória do morto; c) direito da sociedade de respeito geral aos cadáveres; d) direito público de saúde, higiene, o que obriga a uma adequada disposição do cadáver, de acordo com as normas sanitárias, dentre outros.

Nesse sentido, a respeito da titularidade desse direito ao cadáver, para cada um desses diferentes direitos elencados concernentes ao cadáver haverá um titular. Porém, para a questão da doação de órgãos, são importantes a titularidade por parte do morto, enquanto vivo, bem como da família. E, pelo que podemos depreender da análise da obra de ANGOITIA<sup>108</sup>, o posicionamento do autor a respeito de quem deva ser o responsável pela manifestação de vontade a respeito da doação de órgãos dá-se no sentido de privilegiar a vontade do falecido, dando vozes aos parentes, apenas subsidiariamente.

## 4.2 Diplomas normativos

Findo o estudo da doutrina, adentramos agora a análise legislativa concernente à doação de órgãos.

De acordo com Rafael TEJEIRA ÁLVAREZ<sup>109</sup>, qualquer legislação que trate deste assunto dos transplantes deve trazer em seu bojo alguns aspectos essenciais, tais como:

---

<sup>106</sup> *Trasplantes de órganos - “pietas” familiar y solidaridad humana*, Madrid, Civitas, 1987, p. 25.

<sup>107</sup> *Extracción y trasplante de órganos y tejidos humanos: problemática jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 107.

<sup>108</sup> *Extracción y trasplante de órganos y tejidos humanos*, cit., pp. 123-124.

<sup>109</sup> *Aspectos legales del trasplante y la donación*, in *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, Navarra, v.29, 2006, pp.24-25.

a) critérios éticos e legais da determinação da morte cerebral<sup>110</sup>; b) observação da vontade do falecido expressado em vida, a respeito da doação de órgãos; c) garantia da gratuidade e anonimato das doações<sup>111</sup>.

Em todas as leis espanholas a tratarem do tema esses requisitos mínimos estão presentes.

A primeira lei espanhola a abordar o tema foi a Lei 18 de dezembro de 1950. Foi apenas em 1979, contudo, que elaborou-se a primeira lei a tratar especificamente do transplante de órgãos.

A lei 30 de 1979, guiada por uma recomendação do Conselho da Europa do ano anterior, tornou-se um marco no desenvolvimento do programa de doação de órgãos espanhol, estando em vigor até hoje, ao lado do, igualmente importantíssimo, Decreto Real 2070, do ano de 1999, os dois principais diplomas normativos a respeito de transplante de órgãos.

A respeito da evolução normativa da doação de órgãos, ANGOITIA<sup>112</sup> relata que a Lei 30 de 1979 nasceu prevendo de maneira bastante firme a figura da autorização presumida, com forte apoio doutrinário, que via nele a melhor resposta à conciliação do respeito à vontade da pessoa acerca da destinação de seu cadáver e do interesse coletivo de salvar vidas, por via dos transplantes.

GORDILLO<sup>113</sup>, por exemplo, entende ser realista a opção pelo consentimento presumido, frente ao embate entre a facilitação dos transplantes, de um lado, e o completo respeito à liberdade individual, de outro.

---

<sup>110</sup> “Real Decreto de 1999. Artículo 3. Definiciones.

A los efectos de este Real Decreto, se entenderá por:

4. Diagnóstico de la muerte: el diagnóstico y certificación de la muerte de una persona se basará en el cese irreversible de las funciones cardiorrespiratorias o de las funciones encefálicas, conforme establece el artículo 10.”

<sup>111</sup> “Real Decreto de 1999. Artículo 2. Normas y principios generales.

1. En dichas actividades deberán respetarse los derechos a que se refiere el artículo 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y las normas y principios recogidos en la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre Extracción y trasplante de órganos, concretamente los de voluntariedad, altruismo, gratuidad, ausencia de ánimo de lucro y anonimato, de forma que no sea posible obtener compensación económica ni de ningún otro tipo por la donación de ninguna parte del cuerpo humano.”

<sup>112</sup> *Extracción y trasplante de órganos y tejidos humanos*, cit., p. 425.

<sup>113</sup> *Trasplantes de órganos - “pietas” familiar y solidaridad humana*, cit., p. 81.

Com isso, manifestação de vontade por parte dos familiares seria completamente irrelevante. Estes, sempre que possível, seriam comunicados dos procedimentos a serem realizados, mas não teriam meios de impedi-los, a menos que provassem de alguma forma, a vontade do próprio morto em não ser doador. Em outras palavras, a única forma de participação dos familiares nessa decisão, seria na condição de porta-voz do morto. Em qualquer hipótese, então, prevaleceria a vontade deste, seja tendo expressamente declarado sua condição de doador ou não-doador, ou tendo permanecido silente, permitindo a interpretação dessa omissão como anuência.

Tratava-se de um sistema que, pode-se dizer, segundo ANGOITIA<sup>114</sup>, baseava-se num teórico conhecimento da norma por parte de todos os cidadãos, permissivo da presunção de consentimento em caso de omissão.

Essa situação, no entanto, o autor nos relata, não se manteve. A Organização Nacional de Transplantes da Espanha (ONT) acabou por estabelecer a necessidade de que as equipes de extração de órgãos contassem com a prévia autorização da família ou, ao menos, com a sua não oposição.

No caso, portanto, de a família não se mostrar favorável à doação, aconselhava-se, apesar da autorização legal, não se proceder a ela. ANGOITIA<sup>115</sup> explica que a justificativa para a alteração no comportamento relativo à doação de órgãos, sem alteração da lei, baseou-se no argumento de que o preceito legal não obrigava a que se procedesse à doação quando da omissão do morto. Na realidade, o dispositivo de lei apenas permitia, autorizava o médico a proceder à extração, mas que tal decisão deveria ser por ele formulada com base num juízo de oportunidade e conveniência. E agora, ter-se-ia descoberto quão conveniente é consultar a família, a fim de evitar maiores transtornos, até mesmo judiciais.

Além disso, por detrás disso tudo, desse medo das demandas judiciais e tudo o mais, estava o temor de que a revolta das famílias, cujos desejos fossem desrespeitados, acabasse por fazer com que a sociedade se voltasse contra, não só o dispositivo de lei em questão, mas, mesmo, contra toda a doação de órgãos.

---

<sup>114</sup> *Extracción y trasplante de órganos y tejidos humanos*, cit., p. 428.

<sup>115</sup> *Extracción y trasplante de órganos y tejidos humanos*, cit., p. 430.



A esse respeito GORDILLO<sup>116</sup> afirma que, na prática, médicos e pacientes, não estavam preparados para o consentimento presumido, por isso, apesar da tentativa legislativa de inovar, esta acabou se saindo não muito bem sucedida.

É também por isso, que GORDILLO<sup>117</sup> afirma ser muito claro tratar-se este tema do maior divórcio entre direito e sociedade dentro de toda a problemática envolvendo a doação de órgãos pós-morte.

Na visão do autor<sup>118</sup>, essa situação é fruto de um costume, já arraigado, criado pela legislação anterior, a qual, prevendo a necessidade de consentimento expresso pelo morto para se proceder à doação, disciplinava que, em caso de omissão, buscaria por parte dos familiares a não-oposição à remoção dos órgãos.

Interessante, porém, notar que, ao mesmo tempo que faz essa ressalva à atuação dos familiares, GORDILLO<sup>119</sup> defende a existência de um direito dos familiares para com o cadáver, uma vez que o cadáver é o que restou daquela pessoa que morreu e, por isso, tem um especial significado para os familiares.

Assim, o autor defende um direito de cuidado, ou um direito de custódia, sobre o cadáver: *Totensorgerecht*. Isto é, os parentes teriam o direito de fiscalizar se o cadáver se está sendo dignamente tratado.

Defender a existência de um tal direito, contudo, em nada se confunde com a defesa de um direito dos familiares a se sobrepôr à vontade do morto, ou mesmo à presunção legal de autorização.

Isto porque, GORDILLO<sup>120</sup> é categórico ao afirmar que, a simples extração dos órgãos ainda saudáveis do corpo morto, seguida da devida recomposição cadavérica e entrega à família para que proceda aos cortejos fúnebres não fere, de forma nenhuma, o sentimento, nem o direito, da família em relação ao cadáver, não podendo ela, por isso, se opor.

---

<sup>116</sup> *Trasplantes de órganos - "pietas" familiar y solidaridad humana*, cit., p. 13.

<sup>117</sup> *Trasplantes de órganos - "pietas" familiar y solidaridad humana*, cit., p. 84.

<sup>118</sup> *Trasplantes de órganos - "pietas" familiar y solidaridad humana*, cit., p. 85.

<sup>119</sup> *Trasplantes de órganos - "pietas" familiar y solidaridad humana*, cit., p. 88.

<sup>120</sup> *Trasplantes de órganos - "pietas" familiar y solidaridad humana*, cit., p. 92.

A única prerrogativa dos familiares é, então, a de ao final de todo este processo ter de volta o cadáver em perfeito estado para que possa ter a destinação que mais aprouver à família. Em suma, o direito e responsabilidade da família em relação ao cadáver restringe-se à sua natural e final destinação.

Apesar de todo esse desenrolar histórico-legislativo, a legislação atual é a ainda a Lei de 1979 e o Real Decreto de 1999 que, como salienta TEJEIRA<sup>121</sup>, preveem a possibilidade da extração de órgãos de um cadáver para fins de transplante, observadas duas simples condições: a ausência de oposição expressa do falecido e a prévia comprovação da morte.

Carlos ROGEL VIDE<sup>122</sup> bem explica que o consentimento ou oposição à doação, em vida, pode dar-se por de modo total ou parcial. Isto é, o morto tem o direito de definir se será doador, ou não; e quais órgãos admite que sejam doados, e quais não devem ser extraídos. E, igualmente, essa manifestação de vontade pode ser formulada a qualquer tempo e por qualquer forma<sup>123</sup>.

Por isso mesmo, existe a recomendação geral de que se informe os pacientes, bem como seus familiares, que ingressam em hospitais e quaisquer outros centros de saúde, da legislação e de seus direitos no que concerne à doação de órgãos.

Assim sendo, realizado o diagnóstico da morte, cumpre ao responsável da equipe médica pelo transplante buscar constatar a vontade do falecido pelas vias que tiver. O mais comum é a consulta aos parentes, mas pode também pesquisar no histórico médico do morto, ou qualquer outra fonte de informação.

---

<sup>121</sup> *Aspectos legales del trasplante y la donación*, cit., p.28.

<sup>122</sup> *Derecho de la persona*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1998, p. 37.

<sup>123</sup> “Real Decreto de 1999. Artículo 10. Extracción de órganos de fallecidos: condiciones y requisitos.

1. La obtención de órganos de donantes fallecidos para fines terapéuticos podrá realizarse si se cumplen las condiciones y requisitos siguientes:

a) Que la persona fallecida, de la que se pretende extraer órganos, no haya dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se realice la extracción de órganos. Dicha oposición, así como su conformidad si la desea expresar, podrá referirse a todo tipo de órganos o solamente a alguno de ellos, y será respetada cualquiera que sea la forma en la que se haya expresado.”

Porém, como vimos dizendo, ainda hoje, como bem afirma TEJEIRA<sup>124</sup>, a prática na Espanha, apesar de a legislação seguir a corrente do consentimento presumido, é a de não se realizar nenhuma extração de órgãos sem a autorização dos familiares.

Para alguns autores, porém, como ANGOITIA<sup>125</sup>, essa situação é tida como prejudicial ao sistema, pois implica o total esvaziamento do preceito legal da autorização presumida, e que havia sido considerada acertado; além de uma verdadeira subversão e inversão da hierarquia de valores, que o legislador havia construído.

ANGOITIA<sup>126</sup>, por esse motivo, defende que, em primeiro lugar, dever-se-ia proceder à busca por uma autorização expressa em vida, pelo morto. Em não havendo, a lei não consideraria isso como uma proibição da doação, mas tão pouco como uma autorização. Assim, na sequência, se buscaria descobrir, por meio de depoimentos daqueles que fossem mais próximos do morto, qual acreditariam ser o desejo dele a esse respeito. Se também essa busca resultasse infrutífera, pedir-se-ia a autorização da família.

No entanto, salienta, também, que essa situação não equivale afirmar a existência de um direito subjetivo dos parentes sobre o cadáver, posto que a ação dos familiares está condicionada à omissão do próprio morto e/ou aos limites impostos pelo ordenamento jurídico no que diz respeito ao bem comum, às normas sanitárias.

Na realidade, esse poder atribuído aos familiares do morto deveria, a seu ver, ser considerado como uma “*potestade*”<sup>127</sup>, poderes reconhecidos a certas pessoas, em razão do vínculo familiar que guardavam com outrem, não como direito próprio. Um poder que deve ser exercido tendo em vista a satisfação exclusiva dos interesses daquele que faleceu.

Com base nisso tudo é que ANGOITIA<sup>128</sup> conclui, ressaltando sua discordância para com aqueles que conferem soberania à vontade dos familiares, e afirmando que a adoção dos critérios mais adequados à licitude da extração de qualquer elemento de que se compõe o cadáver, deve fundamentar-se em uma atuação o mais de acordo possível

---

<sup>124</sup> *Aspectos legales del trasplante y la donación*, cit., p.29.

<sup>125</sup> *Extracción y trasplante de órganos y tejidos humanos*, cit., p. 437.

<sup>126</sup> *Extracción y trasplante de órganos y tejidos humanos*, cit., pp. 118-119.

<sup>127</sup> ANGOITIA G., V., *Extracción y trasplante de órganos y tejidos humanos*, cit., p. 120.

<sup>128</sup> *Extracción y trasplante de órganos y tejidos humanos*, cit., p. 124.

com a vontade do próprio finado, pois esta transcende seus restos mortais, apesar da despersonalização jurídica advinda da morte.

GORDILLO<sup>129</sup>, já percebemos, também é contrário a essa posição de soberania concedida à vontade dos familiares. Na realidade, tendo tudo isso em vista, a conclusão a que parece chegar é a de que, em primeiro lugar, obviamente, a vontade de dispor do próprio cadáver do morto é soberana.

No caso de não ter havido manifestação, como determina a lei, pressupõe-se uma autorização à remoção de órgãos, à qual os familiares também não poderiam se opor. Afinal, no entender do autor<sup>130</sup>, o direito à vida daqueles que esperam por um transplante é tido como mais relevante juridicamente do que o pretense direito dos familiares à intangibilidade do cadáver.

Com base nessa linha de raciocínio, GORDILLO<sup>131</sup> defende, inclusive, a possibilidade de permitir-se juridicamente a extração de órgãos com fins de transplante, até mesmo em situações nas quais o morto deixou expressa sua recusa à condição de doador.

O autor retoma seu posicionamento de supremacia do direito à vida daqueles que esperam por um transplante, em detrimento das liberdades individuais concernentes ao cadáver seja pelos parentes ou pelo próprio morto.

Afirma que um certo “estado de necessidade” justificaria a remoção de órgãos, independentemente da manifestação da vontade privada do morto. Em outras palavras o perigo de vida em que se encontra aquele que aguarda um transplante, justificaria a extração do órgão daquele que já morreu, ainda que este não fosse favorável à doação.

Finaliza, GORDILLO<sup>132</sup>, esse debate defendendo que, via de regra, o respeito à vontade do falecido é algo plenamente justificável e em nada problemático. Se, porém, se estiver tratando de um caso em que determinada pessoa se encontre em estado de necessidade, devido à urgência por um transplante de órgão, o autor entende que a

---

<sup>129</sup> *Trasplantes de órganos - “pietas” familiar y solidaridad humana*, cit., p. 89.

<sup>130</sup> *Trasplantes de órganos - “pietas” familiar y solidaridad humana*, cit., p. 92.

<sup>131</sup> *Trasplantes de órganos - “pietas” familiar y solidaridad humana*, cit., p. 98.

<sup>132</sup> *Trasplantes de órganos - “pietas” familiar y solidaridad humana*, cit., p. 109.

vontade do morto perde valor. A seu ver, num caso de estado de necessidade uma manifestação no sentido de negação do transplante, configurar-se-ia, mesmo, um abuso de direito.

## Capítulo 5

# O POSICIONAMENTO DA DOUTRINA E LEGISLAÇÃO ITALIANAS FRENTE À DOAÇÃO DE ÓRGÃOS PÓS-MORTE

### 5.1 Doutrina

Como é de conhecimento geral pelos estudiosos do direito, a designação “direitos da personalidade”, como bem traz Adriano DE CUPIS<sup>133</sup>, reserva-se ao rol de direitos subjetivos que constituem o mínimo essencial à pessoa. Isto é, trata-se daqueles direitos sem os quais, a pessoa deixaria de existir.

À respeito do objeto dos direitos da personalidade, DE CUPIS<sup>134</sup> afirma ser importante ressaltar duas características.

Em primeiro lugar, a identidade dos objetos dos direitos da personalidade com os bens jurídicos mais caros ao homem. Numa hierarquia de valores, bens jurídicos como: vida, integridade física, liberdade, são tidos como os mais importantes, sem os quais outros sequer podem se realizar. Na sequência, a honra, intimidade, identidade, são também muito importantes. Todos esses bens são objeto dos diversos direitos da personalidade, uma vez que imprescindíveis à concretização e desenvolvimento da pessoa.

Podemos perceber, então, que os objetos dos direitos da personalidade não são exatamente exteriores ao sujeito. E aqui entra a segunda importante característica salientada por DE CUPIS<sup>135</sup>: o estreito nexos existente entre sujeito (pessoa) e objeto dos direitos da personalidade.

Ainda assim, apesar disso, o autor ressalva que a existência desse nexos não implica em defender a completa identidade entre sujeito e objeto, confusão já feita por alguns doutrinadores do passado, que consideravam o direito da personalidade, *jus in se ipsum*, isto é, direitos sobre a própria pessoa, que teriam a própria pessoa como objeto.

---

<sup>133</sup> *Os direitos da personalidade*, cit., p. 23-24.

<sup>134</sup> *Os direitos da personalidade*, cit., p. 29.

<sup>135</sup> *Os direitos da personalidade*, cit., p. 29.

Estes autores, lembra DE CUPIS<sup>136</sup> posicionavam-se, muitas vezes, contrariamente à existência da categoria dos direitos da personalidade, por entender ser um absurdo jurídico a condição de identidade entre sujeito e objeto.

Como já tivemos oportunidade de explicar e retomamos, a teoria do *jus in se ipsum* restou completamente afastada, pois demonstrou-se que os objetos dos direitos da personalidade não se confundem com a própria pessoa em si, mas têm por alvo os “modos de ser”, tanto físicos quanto morais, da pessoa.

Esse grupo dos direitos da personalidade, entre outras coisas, destaca-se por algumas características bastante marcantes e peculiares. Assim, temos que os direitos da personalidade, via de regra, são tido como imprescritíveis, intransmissíveis, inalienáveis, indisponíveis, etc.

Entretanto, toda regra admite exceção. Justamente por isso, é considerado lícita a cessão de direitos de imagem, por exemplo, e também, o que aqui nos interessa a disposição de partes do corpo ou do cadáver.

É com base nesse raciocínio que Massimo BIANCA<sup>137</sup> explica a permissão de uma “violação” da integridade do cadáver, com base em um dever, a seu ver, constitucionalmente estabelecido de todos os cidadãos para com a solidariedade social.

Nesse viés publicista, de acordo com BIANCA<sup>138</sup>, o cadáver não pode ser tido como objeto de propriedade privada, sendo, na verdade, de propriedade pública, tendo em vista as exigências de destinação segura do corpo morto, com base em normas sanitárias, por exemplo.

Paola D’Addino SERRAVALLE<sup>139</sup>, em semelhar entendimento, também afirma que a integridade do cadáver, mais que concernir a um interesse privado, se encontra tutelada em razão de um interesse público, relacionado a exigência de “justiça e saúde coletiva”.

---

<sup>136</sup> *Os direitos da personalidade*, cit., p. 31.

<sup>137</sup> *Diritto Civile (vol. 1)*, 2ª ed., Milão, Giuffrè Editore, 2002, pp. 168-169.

<sup>138</sup> *Diritto Civile*, cit., p. 168.

<sup>139</sup> *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1983, p. 236.

Desse modo, apenas subsidiariamente, ratifica BIANCA<sup>140</sup>, seria reconhecida certa relevância à manifestação de vontade expressa em vida pelo defunto, e na falta desta, pelos familiares.

A regra, então, na visão deste autor, é a de que esses familiares defendem direito alheio, e não próprio. E os legitimados a exercer tal representação não serão as pessoas inseridas na sucessão hereditária, mas sim as pessoas ligadas ao morto por vínculos de parentesco e/ou matrimônio.

## 5.2 Diplomas normativos

Apesar da adoção do sistema da autorização presumida, a regulamentação da doação de órgãos na Itália nasceu com o tradicional sistema do consentimento expresso.

De acordo com SERRAVALLE<sup>141</sup>, o primeiro diploma normativo a tratar do assunto da doação de órgãos, foi a lei nº 235 de 3 de abril de 1957. Antes dessa data não era permitida qualquer tipo de doação de órgãos.

A lei 235, bastante inovadora para a época, indicava taxativamente quais as partes do cadáver passíveis de doação; previa a licitude da doação, desde que expressa a autorização do morto para tal ato, ou, na falta de manifestação deste, a falta de oposição por parte do cônjuge ou dos parentes de até segundo grau; e vedava qualquer forma de compensação financeira, pecuniária ao doador e familiares, ou seja, impunha a gratuidade da doação.

SERRAVALLE<sup>142</sup>, no entanto, afirma que a lei em questão tinha alguns problemas, sendo os principais, de um lado, uma certa burocracia que retardava todo o processo, por vezes inviabilizando a doação, e, de outro, a exigência de autorização expressa, a qual se tornava verdadeiro obstáculo à efetividade do transplante.

Assim, com o decurso do tempo a lei 235 foi substituída pela lei nº 519 de 02 de abril de 1968, na qual aparece, pela primeira vez na Itália, a figura da autorização

---

<sup>140</sup> *Diritto Civile*, cit., p. 168.

<sup>141</sup> *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, cit., p. 221.

<sup>142</sup> *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, cit., p. 222.



presumida. SERRAVALLE<sup>143</sup> ressalta a inversão do princípio relativo à autorização. Enquanto anteriormente a doação ficava condicionada à autorização expressa do doador, agora, a lei passava a estabelecer que qualquer pessoa que não houvesse se manifestado, em vida, de maneira inequívoca e por escrito, contrariamente à doação, seria considerada doadora.

Essa modificação legislativa veio na esteira de uma alteração no pensamento relativo à doação de órgãos.

De acordo com SERRAVALLE<sup>144</sup>, as legislações da grande maioria dos países em matéria de doação de órgãos oscilam entre dois sistemas distintos: privatístico e publicista.

O primeiro enxerga no prévio consentimento dado em vida pelo potencial doador, ou mesmo, subsidiariamente, no consentimento de seus familiares, pressuposto indispensável à legalidade da doação. Já o segundo, nega relevância à vontade privada, prescindindo do consenso do interessado ou de seus familiares, sob o fundamento da supremacia do interesse público.

À respeito da questão do consentimento expresso ou presumido, então, segundo Cosimo Marco MAZZONI<sup>145</sup>, aqueles que se posicionam em favor do consentimento expresso argumentam que um ato tão gravoso ao sujeito, que implica na disposição de parte do corpo deve, obrigatoriamente, passar pela existência de uma autorização expressa.

Por outro lado, os defensores do consentimento presumido defendem que a urgência envolvendo a questão dos transplantes e o interesse público em salvar vidas, justifica certa limitação à autonomia da vontade, permitindo ao Estado presumir autorização ao procedimento, em caso de omissão do particular. Em outras palavras, o problema em questão transcende meras questões individuais, tornando-se um problema de ordem pública, um problema do Estado.

---

<sup>143</sup> *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, cit., p. 225.

<sup>144</sup> *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, cit., p. 240.

<sup>145</sup> *Etica del dono e donazione di organi*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, v. I, Milano, Giufré, 1998, p. 570.

Ou ainda, de acordo com MAZZONI<sup>146</sup>, haveria uma terceira alternativa, de cunho publicista puro, na qual sai de cena a disposição privada do cadáver, dando lugar a um poder do Estado de decidir por realizar a remoção e conseqüente doação de órgãos, ou não de cada cidadão de acordo com a necessidade da política pública de saúde.

Por fim, antes de adentrar especificamente na normatização atual dos transplantes, interessante trazer, aqui, o questionamento de MAZZONI<sup>147</sup> acerca da existência de uma possível figura alternativa para a doação de órgãos. Pergunta-se se seria possível, eventualmente, uma compra e venda de órgãos. Essa questão, hoje, é mais do que pacífica, não havendo ninguém capaz de defender a comercialização de órgãos. Isto pelas mais diversas razões, as quais o próprio MAZZONI<sup>148</sup> traz.

Em primeiro lugar porque o mercado é o lado completamente oposto da doação. Se, de um lado, temos o altruísmo, a liberalidade, a solidariedade e a gratuidade. De outro, tem-se o espírito de lucro, o individualismo, o egoísmo.

Mas isso, por si só, não configuraria forte argumento. Para além dessas questões morais, há outro argumento bastante convincente. O de que a permissão ao comércio de órgãos, sem sombra de dúvida, levaria a um desequilíbrio, com o favorecimento das classes ricas, que se tornariam, em regra, compradoras de órgãos, daqueles mais pobres, fornecedores de órgãos.

Por fim, ainda a esse respeito, há uma questão eminentemente jurídica que veda à comercialidade dos órgãos: o princípio da indisponibilidade do corpo humano, bem como o da sua não comerciabilidade e não patrimonialidade.

A única exceção aceita pelo direito aos princípios da indisponibilidade e intangibilidade do corpo humano é a doação nos moldes (gratuitos) em que tem lugar hoje.

A legislação italiana, em específico, sempre esteve baseada na diretriz bipartite, que traz de um lado, o respeito ao cadáver, ao morto e sua vontade e, de outro, o interesse de salvar vidas humanas.

---

<sup>146</sup> *Etica del dono e donazione di organi*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, cit., pp. 564-565.

<sup>147</sup> *Etica del dono e donazione di organi*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, cit., p. 563.

<sup>148</sup> *Etica del dono e donazione di organi*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, cit., pp. 564-565.

Com isso, com o experimentado crescimento da visão predominantemente, ainda que não exclusivamente, publicista, da supremacia do direito de todos os cidadãos à saúde, inclusive, aos transplantes, perdeu força a defesa da necessidade do consenso expresso por parte do indivíduo, ganhando mais espaço a figura da presunção, o que culminou na lei em questão.

SERRAVALLE<sup>149</sup>, partidária desta visão publicista, como uma forma de defender seu posicionamento, traz a ideia de que o fundamento da licitude da doação, não está na manifestação de vontade do morto, daí a possibilidade de se prescindir da mesma, mas, sim, no princípio da solidariedade humana, o qual é inerente a todo ser humano, permitindo, também por isso, a presunção da intenção de ser doador. Configurando-se a condição de não-doador, como exceção, exigindo, desse modo, manifestação expressa, nesse sentido.

Assim sendo, a extração dos órgãos do cadáver para fins de transplantes, encontraria fundamento de licitude, em última instância, na própria tutela da saúde e no cumprimento do dever de solidariedade social.

Atualmente, porém, a lei que disciplina a matéria da doação de órgãos, é a lei nº 91 de 1º de abril de 1999, que, como o próprio título expressa, trata das questões envolvendo remoção e transplante de órgãos e tecidos.

É logo no artigo 4º que a lei em questão aborda o tema que a nós mais interessa, o consentimento, ou autorização, para a doação.

De acordo, com o art. 4º, §1º<sup>150</sup>, todos os cidadãos passam a estar obrigados a declarar sua vontade em relação à doação de órgãos do próprio corpo, após a morte. Assim, aqueles que não atenderem a essa exigência, ficam cientes de que tal omissão será tida como consentimento à doação.

---

<sup>149</sup> *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, cit., p. 242.

<sup>150</sup> Art. 4. (*Dichiarazione di volontà in ordine alla donazione*)

1. Entro i termini, nelle forme e nei modi stabiliti dalla presente legge e dal decreto del Ministro della sanità di cui all'articolo 5, comma 1, i cittadini sono tenuti a dichiarare la propria libera volontà in ordine alla donazione di organi e di tessuti del proprio corpo successivamente alla morte, e sono informati che **la mancata dichiarazione di volontà è considerata quale assenso alla donazione**, secondo quanto stabilito dai commi 4 e 5 del presente articolo.

Já podemos perceber aqui, então, a figura da autorização presumida. Nos parágrafos 4º e 5º deste mesmo art. 4º, contudo, o sistema que, à época, estava sendo implementado, é mais bem detalhado.

Primeiramente, o §4º<sup>151</sup> explica que a remoção de órgãos e tecidos do corpo morto poderá ser autorizada, uma vez constatada a morte, de duas maneiras distintas. A primeira delas é em caso de haver expressa autorização, formulada em vida, por parte do morto. E a segunda, claro, é a polêmica autorização presumida, para os casos em que não houve qualquer manifestação, em vida, a esse respeito por parte do morto.

Na sequência, o §5º<sup>152</sup> faz, apenas, uma ressalva. Dispõe que na hipótese prevista pela letra “b” do parágrafo anterior, isto é, nos casos de presunção da autorização, a regra é a permissão da remoção de órgãos com fins terapêuticos. Porém, em situações excepcionais em que for apresentada uma declaração de vontade do próprio morto, contrária à doação, até instantes antes da declaração de óbito, não se poderá proceder à remoção dos órgãos.

Essa situação de excepcionalidade pode parecer um tanto quanto óbvia. Ora, se a lei já dissera que só há consentimento em caso de manifestação favorável ou ausência de declaração de vontade, obviamente, se antes da morte, surgir uma manifestação contrária, impedir-se-á à doação.

Entretanto, cremos, a intenção do legislador, aqui, foi a de demonstrar, de forma semelhante ao que se passa na Espanha, certo posicionamento contrário ao formalismo no que tange à declaração de vontade do morto a respeito da autorização, ou não, à doação, uma vez que mesmo uma declaração de última hora como a prevista pelo §5º do art. 4º, tem o condão de impedir a remoção dos órgãos, não sendo imprescindível a

---

<sup>151</sup> 4. Fatto salvo quanto previsto dal comma 5, **il prelievo di organi e di tessuti** successivamente alla dichiarazione di morte è **consentito**:

**a)** nel caso in cui dai dati inseriti nel sistema informativo dei trapianti di cui all'articolo 7 ovvero dai dati registrati sui documenti sanitari personali risulti che **il soggetto stesso abbia espresso in vita dichiarazione di volontà favorevole al prelievo**;

**b)** qualora dai dati inseriti nel sistema informativo dei trapianti di cui all'articolo 7 risulti che il soggetto sia stato informato ai sensi del decreto del Ministro della sanità di cui all'articolo 5, comma 1, e **non abbia espresso alcuna volontà**.

<sup>152</sup> 5. Nei casi previsti dal comma 4, lettera *b*), il prelievo è consentito salvo che, entro il termine corrispondente al periodo di osservazione ai fini dell'accertamento di morte, di cui all'articolo 4 del decreto del Ministro della sanità 22 agosto 1994, n. 582, sia presentata una dichiarazione autografa di volontà contraria al prelievo del soggetto di cui sia accertata la morte.

manifestação por meios absolutamente formais, ainda que isto pudesse ser considerado o ideal.

Observa-se, então, relativa aproximação entre os dois países estrangeiros até o momento apresentados, cujas regulamentações das doações de órgãos pós-morte atuais buscam o equilíbrio entre o interesse de cada indivíduo de poder dispor de seu próprio corpo para depois da morte, e o interesse coletivo relativo ao fomento da figura dos transplantes.

## Capítulo 6

# O POSICIONAMENTO DA DOUTRINA E LEGISLAÇÃO DA INGLATERRA FRENTE À DOAÇÃO DE ÓRGÃOS PÓS-MORTE

### 6.1 Doutrina

Na Inglaterra, também é crescente a preocupação com a disciplina da doação de órgãos, fazendo movimentar-se diversos setores da sociedade além do jurídico, como, óbvio, o da medicina, da sociologia, da política, entre outros.

Como David LAMB<sup>153</sup> bem traz, muitas são as questões morais e filosóficas, além das jurídicas, envolvendo essa prática médica, sendo, efetivamente, uma das mais fundamentais, aquela relativa à autorização da remoção de órgãos.

Assim, o ponto de partida para a discussão acerca da autorização para doação de órgãos, deve ser um prévio questionamento, na visão do autor, acerca de qual seja o limite para a utilização do corpo humano e, mais, qual a valoração que deve ser feita entre o princípio da inviolabilidade do cadáver e o interesse dos doentes que precisam de um transplante.

Ninguém nega que, embora, como define LAMB<sup>154</sup>, não seja mais pessoa, o cadáver merece respeito porque foi pessoa, ou ao menos, foi a materialização da pessoa que já deixou de existir. Entretanto, confere-se maior ou menor importância a essa questão de acordo com os valores que se considera mais caro ao direito.

Desse modo, temos que, como já tivemos oportunidade de ver, e LAMB<sup>155</sup> também faz questão de ressaltar, determinada vertente teórica vê o interesse dos vivos sobrepostos aos dos mortos. Por outro lado, há obviamente aqueles que se opõem a essa forma de pensar, pelo medo de, com isso, colocar em risco um valor tão caro ao direito como a autonomia do indivíduo, a liberdade de decidir sobre seu próprio corpo, no caso concreto.

---

<sup>153</sup> *Transplante de Órgãos e Ética*, tradução de Jorge Curbelo, São Paulo, Hucitec, 2000, p. 15.

<sup>154</sup> *Transplante de Órgãos e Ética*, cit., p. 171

<sup>155</sup> *Transplante de Órgãos e Ética*, cit., p. 16.

Em última instância é esse entendimento que leva os doutrinadores a posicionarem-se favoravelmente à presunção do consentimento ou não. Em outras palavras, aqueles que prezam pelo direito à saúde dos doentes que esperam por um transplante, em detrimento da manifestação de vontade do futuro morto doador, tendem a ser partidários do regime de presunção do consentimento, pois vêem nele um mecanismo de incremento no número de doadores. *A contrariu sensu*, os defensores da autorização expressa serão aqueles que consideram mais importante a livre manifestação da vontade privada do que o interesse público de salvar vidas doentes.

É nesse sentido que discordamos de LAMB<sup>156</sup>, que ao abordar a questão dos variados regimes legislativos acerca da doação de órgãos, afirma crer que essa diversidade de leis e práticas a respeito da questão do consentimento seja indicativo da falta de um maior e melhor entendimento das questões éticas atinentes à prática.

A nosso ver, a existência de diferentes regimes jurídicos a regular a doação de órgãos, ou o consentimento especificamente, não é indicativo da falta de preocupação ou entendimento dos problemas morais que o tema dos transplantes suscita. Mas, sim, fruto da existência de variadas concepções. Parece-nos que admitir o exposto por Lamb, implicaria, como consequência, argumentar a existência de um regime, de um modelo melhor do que outro, quando, na verdade, o regime mais adequado vai variar de acordo com os usos e costumes de cada país.

Na Inglaterra, objeto de estudo do presente capítulo, a tônica é rechaçar a figura do consentimento presumido, por exemplo.

LAMB<sup>157</sup>, num exercício de tolerância e debate, traz os posicionamentos favoráveis e contrários ao consentimento presumido.

Em primeiro lugar, acerca daqueles que defendem a presunção da autorização, afirma argumentarem que, por meio da presunção, salvar-se-ia muitas vidas, pois a falta de órgãos diminuiria, bem como os custos e tempo despendidos na busca de doadores voluntários.

---

<sup>156</sup> *Transplante de Órgãos e Ética*, cit., pp. 192-193.

<sup>157</sup> *Transplante de Órgãos e Ética*, cit., p. 193

Há, porém, quem negue essa imediata relação entre o sucesso e aumento no número de transplantes a uma alteração legislativa. LAMB<sup>158</sup> cita com exemplo um cirurgião, Robert Sells, que já em 1979, defendeu que a quantidade de órgãos transplantáveis não aumentaria significativamente com a simples alteração da lei. Sells entendia que muita mais eficaz, seria treinar os médicos de modo a torná-los capazes a uma abordagem aos familiares mais adequada, convencendo-os dos pontos positivos da doação de órgãos.

A esse respeito, Sheelagh MCGUINNESS e Margaret BRAZIER<sup>159</sup>, oferecem semelhante oposição. Afirmam que, mostra-se cada vez mais acertada e aceita a visão de que o número de doação de órgãos se faz aumentar muito mais pelo modo como o tema é tratado com as pessoas, campanhas de conscientização, sistema gerencial organizado, do que por iniciativas legislativas, muitas vezes descontextualizadas, de alteração do regime de autorização da doação de órgãos pós-morte.

Outra crítica que é feita aos defensores do consentimento presumido, diz respeito a uma possível violação da autonomia da vontade do morto que não pode manifestar-se plena e livremente a esse respeito.

Os defensores desse sistema de consentimento presumido afastam essa alegação, lembrando que, apesar da presunção, é dado a cada cidadão manifestar-se contrariamente à doação, se porventura qualquer tipo de convicção impedi-lo de ser doador.

Além disso, argumentam utilizando-se analogicamente do que ocorre no procedimento de necropsia, o qual tem lugar sem necessidade do consentimento e, mesmo assim, é aceito pela sociedade.

Assim, se os órgãos podem ser retirados para análise médica, porque não para salvar vida de outros pacientes? É o questionamento trazido por LAMB<sup>160</sup>.

A resposta que se dá, em geral, gira em torno da questão da autonomia e do altruísmo. Como o próprio nome deixa claro, por tratar-se de doação de órgãos, pouco

---

<sup>158</sup> *Transplante de Órgãos e Ética*, cit., p. 193.

<sup>159</sup> *Respecting the living means respecting the dead too*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v.28, n.2, 2008, p. 315.

<sup>160</sup> *Transplante de Órgãos e Ética*, cit., p. 193.



sentido faria permitir a remoção e transplante de órgãos sem a manifestação favorável do doador, isto é, sem saber se era de sua vontade ter essa conduta altruística ao qual podemos até pensar estarmos moralmente obrigados, mas não o estamos em termos jurídicos ou legais.

Por sua vez, aqueles que se posicionam contrariamente ao consentimento presumido, além dos problemas relativos à autonomia e altruísmo, já brevemente expostos, argumentam também, de acordo com LAMB<sup>161</sup>, que tal figura acaba por levar a uma situação na qual os mais pobres e desinformados sairiam prejudicados. As minorias, os desfavorecidos não se veriam capazes de exercer, efetivamente, sua autonomia, mas apenas os grupos mais favorecidos.

Joseph L. VERHEIJDE<sup>162</sup> também aborda essa questão da potencialização dos nocivos efeitos citados sobre determinados grupos vulneráveis da sociedade. Assim, afirma que os mais frágeis, como idosos, deficientes mentais, sem-teto, sem família ou qualquer outro tipo de suporte, não teriam a possibilidade de optar por não ser um doador, por sair do grupo dos doadores presumidos.

Além disso, VERHEIJDE<sup>163</sup> também argumenta a respeito dos valores culturais e religiosos. Entende que a pluralidade das crenças e culturas é solapada pela imposição de um sistema de consentimento presumido, que não leva em conta a existência de variadas diferentes relações das pessoas com o fim da vida.

MCGUINNESS e BRAZIER<sup>164</sup> também salientam a temerosidade do posicionamento de que as preocupações (muitas vezes de cunho religioso) com o corpo morto são bobagens e que, quando necessário, devem ser postas de lado, em prol da doação de órgãos. Num raciocínio tendente a um utilitarismo, pregando a preponderância do direito à saúde dos vivos sobre direitos do morto. Isto porque, de acordo com elas, trata-se de um ponto de vista bastante extremado e que conduz à diminuição das liberdades individuais.

---

<sup>161</sup> *Transplante de Órgãos e Ética*, cit., p. 195.

<sup>162</sup> *Legislation of presumed consent for end-of-life organ donation in the United Kingdom (UK)*, cit., p. 298.

<sup>163</sup> *Legislation of presumed consent for end-of-life organ donation in the United Kingdom (UK)*, cit., p. 298.

<sup>164</sup> *Respecting the living means respecting the dead too*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v.28, n.2, 2008, p. 302.

O contra-argumento, por sua vez, é o de que determinados países atingiram já um tal estágio de desenvolvimento, que permitiria aos seus cidadãos, tendo suficiente informação à disposição, saber dos prós e contras da doação de órgãos, adotar um posicionamento e exercer sua autonomia declarando-se doador; não doador ou, simplesmente, nada declarando e consentindo em ser doador.

A nosso ver, mais uma vez, a veracidade da argumentação ou contra-argumentação recém exposta vai depender de todo o contexto social que está sendo alvo de análise.

Obviamente, nos países europeus, como regra geral, é possível defender que, no mínimo a maioria da população é esclarecida o suficiente para exercer sua autonomia no que diz respeito à doação de órgãos. No Brasil e outros países em desenvolvimento, por sua vez, a situação é inversa. Apenas uma minoria seria capaz de exercer sua autonomia.

O mais problemático, contudo, entendemos, é o fato de que mesmo nos países mais desenvolvidos, haverá, sempre, parcela da população que será incapaz de ter ciência desta e de outras muitas questões jurídicas.

Assim, incapazes só podem ser doadores se observado um regime especial, que prevê autorização dos pais apesar da vigência do consentimento presumido, por exemplo. Mas há outros sujeitos da sociedade, totalmente desfavorecidos, indigentes, por exemplo, que não serão capazes de exercer qualquer autonomia, e serão as maiores vítimas da presunção do consentimento e que mereceriam proteção.

Nesse ponto surge, então, a questão de se o consentimento presumido, por esse motivo, devido a esses agentes não deveria ser adotado, ou se, deveria ser pensada uma forma de proteção a essas pessoas, que não podem continuar a ser, depois da morte, tão desrespeitadas quanto foram em vida.

Os defensores do consentimento expresso vão além em sua crítica. Afirmam que diminuir o poder de uma pessoa de controlar seu próprio corpo, ainda que após a morte, é um desrespeito ao indivíduo<sup>165</sup>. Por verem no consentimento presumido uma coerção

---

<sup>165</sup> LAMB, David, *Transplante de Órgãos e Ética*, cit., p. 197.

e limitação da autonomia da vontade, opõem-se a ele, defendendo sempre o consentimento expresso.

VERHEIJDE<sup>166</sup>, de novo, posiciona-se exatamente neste sentido. A seu modo de ver, a aceitação da autorização presumida implica, implicitamente, na negação de direitos individuais sobre o corpo morto. Em outras palavras, na terminologia que vimos utilizando, não acredita o autor, haver harmonia entre o direito ao cadáver, de existência prévia e pacificamente demonstrada e aceita, e o sistema que presume o consentimento à doação de órgãos.

Outro autor inglês a posicionar-se contrariamente ao consentimento presumido, é Barbara K. PIERSCIONEK<sup>167</sup>, que se opõe não só ao sistema em questão, como ao próprio termo “consentimento presumido”.

A autora entende que este não seria um termo técnico do ponto de vista jurídico, uma vez que presunção seria uma inferência feita, pelo homem ou pela lei, que se mantém até que apareça prova em contrário.

No entanto, alega PIERSCIONEK<sup>168</sup>, o consentimento presumido para doação de órgãos pós-morte não possibilitaria o abandono da presunção, revertendo a situação de doador, para a de não doador. A única possibilidade do potencial doador de deixar de sê-lo seria a de, ainda em vida, expressar sua objeção a ter seus órgãos doados. Com base nisso, acredita a autora ser o consentimento presumido violador do direito do morto e, portanto, um sistema inaceitável.

A nosso ver, entretanto, o termo não é atécnico, ainda que, possivelmente, seja utilizado de forma pouco técnica. Por isso, cremos ser importante promover a distinção entre a presunção relativa e absoluta, para se identificar de qual estamos tratando. Afinal, a primeira, como exposto pelo artigo, admite prova em contrário, já a segunda não. Desse modo, não haveria falta de técnica ao utilizar o termo presunção, mas, apenas, uma dubiedade dado os dois tipos existentes de presunção.

---

<sup>166</sup> *Legislation of presumed consent for end-of-life organ donation in the United Kingdom (UK) - undermining values in a multicultural society*, in *Clinics*, São Paulo, v.63, n.3, 2008, p. 298.

<sup>167</sup> *What is presumed when we presume consent?*, s.l., 2008, disponível in <http://www.biomedcentral.com/1472-6939/9/8> [13/08/2013].

<sup>168</sup> *What is presumed when we presume consent?* cit.

A diferenciação e esclarecimento que pode, talvez, ser feito a esse respeito é a do consentimento presumido leve (presunção relativa) e do consentimento presumido lato (presunção absoluta).

Explicamos. Se a legislação de determinado país adota a figura do consentimento presumido numa modalidade leve (presunção relativa), teremos uma situação na qual admitir-se-á, mesmo após a morte daquele que seria doador, a comprovação da vontade do morto em não doar seus órgãos, ainda que por meio dos familiares.

Numa outra hipótese, entretanto, de presunção absoluta. A disciplina legal deveria girar em torno da completa impossibilidade de alteração do status de doador do morto. Assim, mesmo com o advento, posterior à morte, de qualquer tipo de prova do desejo do morto de não ser doador, ele continuaria o sendo.

Essa variedade de regimes dentro da opção pelo consentimento presumido verifica-se na prática. Dentre os muitos países da Europa que já adotaram esse sistema do consentimento presumido, não há completa identidade no que diz respeito ao procedimento prévio à remoção da doação de órgãos.

Como LAMB<sup>169</sup> relata, em alguns desses países o consentimento presumido é posto em prática de forma mais rígida, enquanto em outros sofre relativa mitigação. Na Áustria, por exemplo, o médico teria liberdade para, de fato, sem consultar os parentes, extrair os órgãos para transplante, se não existir manifestação do morto contra à doação.

Porém, em que pese a possibilidade de adoção de um sistema de autorização presumida tão restrito, que estamos chamando de consentimento presumido lato, a verdade é que a imensa maioria dos países que acolheram a figura da autorização presumida o fizeram de forma branda. Ou seja, há oportunidade para a manifestação dos familiares, seja para tentar demonstrar qual era o desejo do morto, ou mesmo, para expressar desejo próprio dos parentes.

Em suma, inúmeras vezes, mesmo em países cuja legislação não exige o consentimento dos parentes, este é buscado pelos médicos, por questões de cautela.

---

<sup>169</sup> *Transplante de Órgãos e Ética*, cit., p. 194.

A abordagem buscada por Katherine O'DONOVAN e Roy GILBAR<sup>170</sup> gira em torno de questão semelhante. Mesmo que na Inglaterra ainda vigore o sistema da autorização expressa para doação, isso não impede a lei de reconhecer como válida a decisão tomada, em vida, por uma pessoa, no sentido de autorizar a doação de seus órgãos, após sua morte.

Entretanto, o que a realidade tem mostrado é que, ainda que tenha havido, por parte do morto, essa manifestação expressa de vontade, a tendência das equipes médicas é a de consultar a família do morto, e não proceder a extração de órgãos se esta não estiver de acordo. Ou seja, em última análise, o desejo que é seguido é o da família, não o do morto.

O'DONOVAN e GILBAR<sup>171</sup> fazem questão de ressaltar o relevante fato de que esta incômoda situação não é “privilégio” deste ou aquele país, porque adotou um outro sistema de doação de órgãos, de consentimento. Tanto é, que mesmo em países onde vigora o princípio do consentimento presumido (leve ou lato), a família, no mais das vezes, é consultada, como já dissemos.

E o reflexo dessa prática médica leva, em última instância, há um descompasso entre a ética e o direito nos assuntos médicos. Justamente porque este coloca a família num segundo plano, dando prevalência à vontade do morto, enquanto aquela dá prioridade ao desejo familiar.

Segundo, O'DONOVAN e GILBAR<sup>172</sup>, a razão disso acontecer, e ainda por cima de modo tão frequente, reside em dois fatores principais.

O primeiro deles diz respeito à preocupação com o bem-estar da família que já sofreu um choque muito grande com a perda do ente, e teria de assimilar mais essa ainda dor, de ter os órgãos retirados mesmo sendo contra. Enquanto o morto, por sua vez, por já está morto mesmo, não se incomodaria com um eventual desrespeito ao seu desejo de ver seus órgãos doados.

---

<sup>170</sup> *The loved ones: families, intimates and patient autonomy*, in *Legal Studies*, London, v.23, n.2, jun., 2003, p. 339.

<sup>171</sup> *The loved ones: families, intimates and patient autonomy*, cit., p. 341.

<sup>172</sup> *The loved ones: families, intimates and patient autonomy*, cit., p. 342.

A outra explicação, mais do que reconhecida, é o medo dos processos judiciais, que podem advir da tomada de atitudes que vão contra aquilo que foi colocado pela família como sua vontade, com relação aos órgãos do morto.

De acordo com O'DONOVAN e GILBAR<sup>173</sup>, no entanto, apesar de ser essa a realidade, é praticamente consenso na doutrina que, juridicamente falando, se afiguraria muito mais adequado que o consentimento fosse, verdadeiramente, um reflexo da autonomia do paciente, que ainda persiste, apesar da morte, por meio da manifestação de vontade realizada em vida.

A tese de que com a morte cessa essa autonomia e por isso se busca o consentimento familiar não se sustém, porque inúmeras são as matérias, inclusive na presente, em que, por meio de um testamento oficial, legalmente válido, o morto pode fazer com que seus desejos sejam conhecidos, e mais, atendidos. Por isso, mais do que defensável a ideia de que, mesmo depois de morto mantém-se alguma autonomia, que, no entanto, na prática, está sendo violada.

Nessa mesma linha, LAMB<sup>174</sup> afirma com muita propriedade, que a preponderância da vontade dos familiares sobre a do morto não é nem um pouco coerente. Ao defender a impossibilidade de adoção do consentimento presumido, por ser limitador da autonomia da vontade do morto, seria ilógico, por outro lado, defender esse poder de veto por parte da família, tão ou mais limitador do que a figura da presunção de autorização.

É com base em toda essa argumentação, que é majoritária no Reino Unido que desenvolveu-se a legislação em matéria da doação de órgãos.

## 6.2 Diplomas normativos

O primeiro diploma a regular a questão da doação de órgãos na Inglaterra foi o *Human Tissue Act* do ano de 1961.

---

<sup>173</sup> *The loved ones: families, intimates and patient autonomy*, cit., p. 343.

<sup>174</sup> *Transplante de Órgãos e Ética*, cit., p. 199.

Como o próprio documento em questão trazia, tratava-se de uma regulamentação a respeito do uso de partes do corpo de pessoas mortas, com fins terapêuticos e de pesquisa e ensino médicos.

Essa primeira movimentação legislativa, ainda bastante enxuta e incipiente já trazia a preocupação com a questão do consentimento. As primeiras disposições do *Act* em questão abordam justamente esse tema.

Assim, no “artigo” 1º, “parágrafo” 1º<sup>175</sup>, a previsão é de que qualquer pessoa que, escrita ou oralmente, desde que na presença de duas testemunhas neste caso, expressasse o desejo de ter seu corpo, ou determinada parte dele, destinado para fins terapêuticos ou científicos, aquele que fosse responsável legal pelo corpo deveria autorizar o procedimento e destinação desejados, salvo se houvesse alguma razão para acreditar em uma mudança de última hora na vontade do morto.

Além disso, o art. 1º, §2º do *Human Tissue Act* de 1961<sup>176</sup>, também previa que essa pessoa responsável pelo corpo morto poderia autorizar a remoção de qualquer parte do corpo para uma das finalidades acima previstas, se não houvesse razões para acreditar que o morto tivesse expressado em vida qualquer objeção quanto ao uso do seu corpo para o fim em questão; ou ainda, se nem o cônjuge ou outro parente sobrevivente tiverem objetados a tal prática.

Ainda a respeito das previsões legislativas inglesas sobre doação de órgãos, importante a contextualização realizada por LAMB<sup>177</sup>, de que no ano de 1969, percebeu-se a importância de apartar absolutamente as questões atinentes à cura do doente e à

---

<sup>175</sup> Art. 1º Removal of parts of bodies for medical purposes.

§1º If any person, either in writing at any time or orally in the presence of two or more witnesses during his last illness, has expressed a request that his body or any specified part of his body be used after his death for therapeutic purposes or for purposes of medical education or research, the person lawfully in possession of his body after his death may, unless he has reason to believe that the request was subsequently withdrawn, authorise the removal from the body of any part or, as the case may be, the specified part, for use in accordance with the request.

<sup>176</sup> §2º Without prejudice to the foregoing subsection, the person lawfully in possession of the body of a deceased person may authorise the removal of any part from the body for use for the said purposes if, having made such reasonable enquiry as may be practicable, he has no reason to believe—

a) that the deceased had expressed an objection to his body being so dealt with after his death, and had not withdrawn it; or

b) that the surviving spouse or any surviving relative of the deceased objects to the body being so dealt with.

<sup>177</sup> *Transplante de Órgãos e Ética*, cit., p. 166.

doação, em caso de falecimento. Concluiu-se, por exemplo, que a equipe médica dedicada à cura do paciente não deveria, de maneira nenhuma, estar envolvida em eventual transplante, a ser realizado por outra equipe médica, que, igualmente, não deveria ter tido nenhum contato com o doador, até sua morte. O intuito dessa precaução é evitar possíveis conflitos morais por parte dos médicos, de modo que esses não corram o risco de ficar no meio da decisão de salvar um ou outro paciente, dedicando-se exclusiva e integralmente a um único doente.

Na sequência, tivemos o advento do *Human Organ Transplant Act*, em 1989, que veio para complementar a disciplina dada à doação de órgãos pelo *Human Tissue Act* de 1961. Entre outras coisas, esse novo diploma se preocupava, em especial, em deixar absolutamente clara a proibição da comercialização de órgãos humanos para transplante. Entretanto, a respeito da questão da autorização à doação, ficou mantida a disciplina até então em vigor.

Atualmente, porém, ambos os diplomas foram revogados pela promulgação, em 2004, do novo *Human Tissue Act*, que dispõe sobre a remoção, conservação e uso de tecidos e órgãos de pessoas vivas e mortas, para fins específicos terapêuticos.

A inovação legislativa deu-se, entre outros motivos, porque entendeu-se ser necessária uma atualização na lei a respeito dos transplantes. Tendo em vista a discussão, que ganhava cada vez mais força na Europa, a respeito do consentimento expresso ou presumido. Uma das intenções da edição deste novo *Act* foi a de deixar claro a necessidade de haver consentimento expresso para a remoção, retenção e uso de tecidos e órgãos de pessoas mortas, seja pelo próprio morto, em vida; seja por alguém próximo indicado a se pronunciar a respeito, dada a omissão do próprio morto.

Assim, o *Human Tissue Act* de 2004, reforçou a figura do consentimento expresso como princípio fundamental à legalidade da prática de transplante. No item 1.1 da Parte 1<sup>178</sup>, estão listadas as atividades que demanda o que eles chamam de

---

<sup>178</sup> Part 1 - Removal, storage and use of human organs and other tissue for scheduled purposes

1. Authorisation of activities for scheduled purposes.

(1) The following activities shall be lawful if done with **appropriate consent**—

(...)

d) the storage for use for a purpose specified in Part 1 of Schedule 1 of any relevant material which has come from a human body;

(...)



“consentimento apropriado”. Dentre elas, encontra-se, obviamente, a prática de transplante.

Esse “consentimento apropriado”, então, no caso da doação de órgãos pós-morte, pode ser concedido por alguns agentes, de acordo com o item 3 da Parte 1 do diploma em questão<sup>179</sup>.

Em primeiro lugar, pela própria pessoa, antes da morte (item 3.6.a). Se, contudo, a pessoa não tiver se manifestado sobre o assunto, mas houver indicado, em vida, um representante, para lidar com estes temas, após sua morte, o consentimento poderá ser dado por este representante<sup>180</sup> (item 3.6.b).

Finalmente, no caso de ninguém ter sido indicado representante do morto, o consentimento poderá vir de um parente ou amigo próximo. A esse respeito, o diploma atual elencou a ordem prioritária dos parentes autorizados a dar o consentimento para a remoção de órgãos, no item 27.4 da Parte 2<sup>181</sup>: 1) o cônjuge ou companheiro; 2) pais e

f)the use for a purpose specified in Part 1 of Schedule 1 of any relevant material which has come from a human body.

(SCHEDULE 1. Part 1 Purposes requiring consent: general. (...) 7 – Transplantation.) (grifo nosso)

<sup>179</sup> Part 1

3. “Appropriate consent”: adults

(1)This section makes provision for the interpretation of “appropriate consent” in section 1 in relation to an activity involving the body, or material from the body, of a person who is an adult or has died an adult (...)

(4)This subsection applies to an activity involving storage for use, or use, for the purpose of—

(a)public display, or

(b)where the subject-matter of the activity is not excepted material, anatomical examination.

(...)

**(6)Where the person concerned has died and the activity is not one to which subsection (4) applies, “appropriate consent” means—**

**(a)**if a decision of his to consent to the activity, or a decision of his not to consent to it, was in force immediately before he died, **his consent**;

**(b)**if—

(i)paragraph (a) does not apply, and

(ii)he has appointed a person or persons under section 4 to deal after his death with the issue of consent in relation to the activity, **consent given under the appointment**;

**(c)**if neither paragraph (a) nor paragraph (b) applies, the **consent of a person who stood in a qualifying relationship to him** immediately before he died. (grifo nosso)

<sup>180</sup> Part 1

4. Nominated representatives

(1) An adult may appoint one or more persons to represent him after his death in relation to consent for the purposes of section 1.

<sup>181</sup> Part 2

filhos; 3) irmãos; 4) avós ou netos; 5) sobrinhos; 6) padrasto ou madrasta; 7) meio-irmãos; 8) amigos de longa data.

Importante ressaltar a explicação do item 27.7<sup>182</sup> de, no caso de haver mais de uma pessoa na mesma hierarquia, um irmão e uma irmã, por exemplo, o consentimento de um já possibilitará a doação, ainda que não a torne obrigatória.

De todo o exposto, a conclusão, bastante simples e, ainda assim, extremamente importante, a que podemos enxergar é a prevalência da vontade do morto, acima de qualquer outra.

Por esse motivo, o caminho da busca pelo consentimento à remoção dos órgãos do cadáver para fins de transplante, inicia-se com a investigação de uma possível autorização do próprio morto em vida. Em não havendo, é possibilitado ao morto deixar tal decisão não nas mãos de um representante escolhido pessoalmente pelo morto, a fim de se responsabilizar a respeito do assunto e de outros conexos, e não na dos parentes, tradicionalmente previstos legalmente, e que, muitas vezes, transtornados pelo súbito advento da morte, acabam por levar mais em conta suas próprias convicções que as observadas por aquele que morreu.

Somente, em última instância, outorga-se à família o direito de se pronunciar e decidir a respeito da autorização ou não à doação de órgãos. E, ainda assim, a lei, sabiamente, prevê uma ordem de preferência entre os diversos relacionamentos familiares existentes, baseado num raciocínio que leva em conta a proximidade do morto para com aquele que tomará tão importante decisão, a fim de que a escolha seja

27. Provision with respect to consent.

(4)The qualifying relationships for the purpose of sections 2(7)(b)(ii) and 3(6)(c) should be ranked in the following order—

(a)spouse or partner;

(b)parent or child;

(c)brother or sister;

(d)grandparent or grandchild;

(e)child of a person falling within paragraph (c);

(f)stepfather or stepmother;

(g)half-brother or half-sister;

(h)friend of longstanding.

<sup>182</sup> Part 2

27.(7)If the relationship of each of two or more persons to the person concerned is accorded equal highest ranking in accordance with subsections (4) and (5), it is sufficient to obtain the consent of any of them.

feita por alguém que conhecesse bem aquele que morreu e, conseqüentemente, seus pensamentos e desejos.

Corroborando, então, a forma como se disciplina a autorização para doação de órgãos pós-morte, o entendimento de tratar-se o direito sobre o cadáver e sobre suas partes (os órgãos e tecidos), um direito do próprio morto, possível de ser exercido em vida, numa projeção dos futuros acontecimentos, e devendo ser respeitado, para depois da morte. E, sendo os familiares, ou qualquer outro agente, mero representante do real titular do direito, o morto.

## **Capítulo 7**

### **QUADRO COMPARATIVO ENTRE A DISCIPLINA NACIONAL E A ESTRANGEIRA**

Os capítulos precedentes dedicaram-se a demonstrar como cada um dos países objeto de nosso estudo regulam a específica questão da autorização para a doação de órgãos pós-morte.

De modo inevitável, muitas vezes no decorrer da apresentação de um instituto ou legislação estrangeira, procedíamos à comparação destes com o observado no Brasil, ou mesmo em um dos outros países (Inglaterra, Itália, Espanha).

Ainda assim, julgamos importante, nesse momento já de conclusão do trabalho, dedicar um espaço, ainda que não muito extenso, à sistematização dessas ideias, comparando naquilo que há de mais importante sobre o tema de nosso estudo o modo de pensar de cada um dos países.

Em primeiro lugar, no que diz respeito à doutrina, temos que as diferentes visões a respeito dos vários temas pelos quais caminhamos encontram defensores, em maior ou menor grau, em todos os países.

Assim, a diferença entre os países, no que tange à doutrina não é, em geral, a existência de novas ou exclusivas ideias em um ou noutro país, mas a prevalência dessa ou daquela corrente dentre os estudiosos do assunto.

Além da questão doutrinária, temos também a comparação em termos legislativos, a nosso ver ainda mais importante que a doutrinária e que nos permite tirar mais conclusões à respeito da regulação da questão da doação de órgãos pós-morte nos países estudados.

## 7.1 Direitos da personalidade

O conceito de direitos da personalidade, ainda que cada autor tenha sempre, o costume e a vaidade de cunhá-lo em seus próprios termos e designá-lo de forma original, é hoje tema de poucos conflitos.

Em outras palavras, todos os estudiosos do direito conseguem visualizar de forma consideravelmente clara o que são e, também, quais são, na sua maioria, os direitos da personalidade.

E, nesse sentido, podemos considerar, igualmente, pacífico a noção de que o direito de dispor do cadáver encaixa-se na categoria dos direitos da personalidade.

Em grande medida, a razão dessa concordância absoluta entre os quatro países reside no intercâmbio jurídico que há entre eles, sendo, quase sempre, um país europeu a fonte das quais se servem os demais países da Europa e, principalmente, o Brasil, país importador de cultura jurídica.

## 7.2 Natureza jurídica do cadáver

Acerca da natureza jurídica do cadáver, há vários posicionamentos divergentes. Nenhum autor, de nenhum país, nega que, com a morte, a personalidade se extinga e o corpo deixe de ser pessoa. Porém, há, sim, muita discordância a respeito de qual passe a ser a natureza do corpo após a morte, não havendo consenso nem mesmo entre autores oriundos de um mesmo país.

Assim, na Espanha há aqueles que, como GORDILLO CAÑAS<sup>183</sup>, defendem a natureza de coisa ao cadáver, ressalvada a sua extra-comercialidade e um regime de coisa *sui generis*. Enquanto, outros, CASTAN TOBEÑAS<sup>184</sup>, por exemplo, o enxergam apenas como um resíduo da personalidade.

---

<sup>183</sup> *Trasplantes de órganos - "pietas" familiar y solidaridad humana*, Madrid, Civitas, 1987, p. 25.

<sup>184</sup> *Los derechos de la personalidad*, cit., p. 40.

Na Itália, a visão de DE CUPIS<sup>185</sup> é aquela de ver no corpo sem vida uma coisa fora do comércio, tendo em vista que por conservar resíduo da pessoa viva, o cadáver não poderia ser objeto de direitos patrimoniais.

Também na Inglaterra, de acordo com LAMB<sup>186</sup>, ninguém nega que o cadáver não seja mais pessoa. Ainda assim, merece certo respeito porque foi a materialização da pessoa que já deixou de existir. Contudo, o grau de importância e atenção conferida a essa questão envolvendo o cadáver é variável, ainda que na Inglaterra seja mais comum um alto grau de preocupação de respeito à dignidade humana, passando pelo respeito ao cadáver.

Aqui no Brasil, como já vimos, há diversas correntes a tentar explicar a natureza jurídica do cadáver: a do cadáver como coisa, simplesmente; como coisa *sui generis*; e, também, do cadáver como se pessoa ainda fosse.

Não é possível dizer haver um prevalecimento desta ou daquela tese, apesar de que, estatisticamente, ainda prevalece um maior número de autores a enxergar o cadáver como coisa, nas suas mais variadas variantes.

Apesar disso, após a conclusão da leitura de diversas obras de diferentes autores que se dedicaram a estudar o tema, acreditamos ser igualmente possível dizer, em termos globais e não apenas nacionais, existir o surgimento de uma nova tendência na doutrina, a enxergar o cadáver para além de mera coisa.

Assim, praticamente a totalidade dos autores mais antigos consideram o cadáver como coisa. Os autores mais contemporâneos, por sua vez, buscam o desenvolvimento de teorias que melhor descrevam a natureza jurídica do cadáver

Por esse motivo, vemos com bons olhos e aderimos à teoria de BELTRÃO<sup>187</sup>, segundo a qual o cadáver não pode ser classificado como coisa, devido à conexão ainda existente com a recém extinta personalidade, devendo, desse modo, receber, sempre que possível, tratamento jurídico de pessoa.

---

<sup>185</sup> *Os direitos da personalidade* cit., p. 98.

<sup>186</sup> *Transplante de Órgãos e Ética* cit., p. 171

<sup>187</sup> *Direitos da personalidade* cit., p. 86.

### 7.3 Direito ao cadáver

A homogeneidade de pensamento continua no tema do direito ao cadáver, em especial no que diz respeito ao seu conteúdo e titularidade.

Obviamente, dentro dos próprios países é corriqueiro o debate entre autores de posicionamentos distintos. No entanto, uma tese acaba, sempre, por prevalecer sobre as outras. E, nem sempre, a tese adotada pela maioria da doutrina é a mesma nos diferentes países, pois a adoção de um ponto de vista ou de outro depende de inúmeros fatores, dentre os quais podemos citar o contexto no qual o país se encontra, mas, também, a tradição jurídica do local.

Como vimos, no Brasil temos dois diplomas a regular a matéria, o Código Civil de 2002 e a Lei de Transplantes de 1997. Há autores que defendem a prevalência de um ou de outro, o que é de total importância, tendo em vista que a Lei de Transplantes confere a titularidade do direito de dispor do cadáver aos familiares, ao prever que será apenas com a anuência destes que se procederá à remoção de órgãos para fins de doação, enquanto o Código Civil traduz a visão mais atual da doutrina a esse respeito, a de conferir a titularidade do direito ao próprio morto, quando ainda vivo.

A gravidade da situação, infelizmente, encontra-se além da teoria. Apesar dos esforços doutrinários e legislativos, a prática recorrente é a de, em qualquer ocasião, apenas realizar a remoção de órgãos de cadáveres com a anuência dos familiares.

A mesma situação verifica-se na Espanha, onde a titularidade do direito de dispor do cadáver é também do morto. Diferentemente do Brasil, onde a regra é a necessidade de consentimento expresso e, conseqüentemente, a condição de não doador, contudo, a lei espanhola, por meio da figura da autorização presumida, estabelece como regra para a disposição do cadáver a doação de seus órgãos, seguida de cortejos fúnebres de responsabilidade da família.

Apesar da vontade do legislador, os autores espanhóis, são unânimes ao declarar que, na prática, não vigora o princípio da autorização presumida, pois quem efetivamente autoriza à remoção de órgãos para transplantes são os parentes do morto. Ou seja, na prática eles acabam se configurando como os titulares do direito de dispor

do cadáver, ainda que não seja essa a previsão legal ou o entendimento doutrinário daquilo que seria mais consentâneo com todo o ordenamento jurídico espanhol.

No que diz respeito à Itália, o primeiro país dentre os quatro aqui estudados adotar a figura do consentimento presumido, a ideia que se tem e defende é da titularidade do próprio morto sobre o direito de dispor do cadáver. E a presença da figura da presunção da autorização não muda isso.

O cidadão italiano, regido pela lei de transplantes de seu país, tem a possibilidade de se opor à doação, devendo fazê-lo de modo expresse, sob pena de não ter sua vontade observada.

É, contudo, na Inglaterra que a legislação sobre transplantes parece ser a mais consentânea com a realidade e, igualmente, a mais bem elaborada.

O *Human Tissue Act* de 2004, em linhas gerais, prevê a primazia da vontade do morto. Isto é, a titularidade para dispor do cadáver ao morto, ainda em vida. Se a pessoa, no entanto, tiver se omitido a esse respeito, mas houver indicado um representante para responder por ela questões como essas, o consentimento será concedido por este representante.

Apenas na hipótese de não ter havido consentimento expresse, nem a designação de um representante, o consentimento virá de um parente ou amigo próximo, observada a ordem estabelecida pela lei, que determina primeiro seja consultado o cônjuge ou companheiro, seguidos de pais e filhos, depois irmãos, e assim por diante.

Quanto ao conteúdo desse direito não há grande discussão, entende-se, hoje em dia, que este direito pode ser traduzido como o poder do seu titular (morto ou parentes) de conferir ao cadáver a destinação que mais lhe aprouver, dentro dos ditames da lei, da moral e dos bons costumes. Em outras palavras, é o direito de decidir pelo enterro ou pela cremação, por exemplo; e, claro, o direito de decidir pela autorização ou não da extração dos órgãos para transplante.



#### **7.4 Outros aspectos legais: gratuidade, anonimato, morte cerebral**

Além do que já vimos falando, há alguns aspectos recorrentes em todas as leis de transplantes, que não dizem respeito exatamente à autorização do procedimento, mas que são importantes, apesar de já plenamente aceitas, sem questionamento.

Assim é que, em todos os países estudados, sempre esteve presente, por exemplo, a obrigatoriedade do anonimato e da gratuidade das doações de órgãos.

Além disso, o critério de determinação da morte é outro relevante. Atualmente, todas as legislações acabaram por adotar o critério da morte cerebral, porque é aquela que se mostra mais adequada, em termos médicos, a aferir a cessação das funções vitais e, igualmente, porque permite um tempo um pouco menos curto para a ação de retirada e transplantação de órgãos do morto.

#### **7.5 Sucesso na política de transplantes**

Por fim, o sucesso ou não de um país na política de transplantes passa por uma série de fatores, que vão desde questões eminentemente jurídicas a outras completamente afastadas do direito.

Assim, a decisão por uma ou outra política legislativa pode contribuir para aumentar o número de doadores de órgãos. Contudo, campanhas de conscientização da população são tão, ou mais, importantes para atingir esse objetivo.

No Brasil, a política de transplantes não era eficiente. Essa insatisfatoriedade levou à tentativa de, por meio da legislação que trazia a figura do consentimento presumido, melhorar o quadro de transplantes no país. A consequência, porém, foi diversa da esperada, pois a solução encontrada gerou alto grau de insatisfação na população. Descontentes com a disciplina da nova lei, a sociedade mobilizou-se rapidamente para a alteração do dispositivo que previa a autorização presumida na doação de órgãos pós-morte.

Ainda assim, o Brasil, sem legislação ou política social ideais, tem um índice razoável de doadores, ao mesmo tempo em que tem, também, um número elevado de pacientes à espera de um transplante.

No ano de 2011, por exemplo, a taxa de doadores de órgãos no Brasil ficou em torno de 10,6 doadores para cada milhão de habitantes<sup>188</sup>. A Inglaterra, por exemplo, onde há muito maior mobilização em torno da questão, com recorrentes publicidades e campanhas pró-doação, essa mesma taxa alcançou apenas 13,6 doadores por milhão de habitante<sup>189</sup>, em 2009. Na Itália e na Espanha, porém, os índices são bem mais significativos. A Itália, no ano de 2011, teve média de 18,4 doadores por milhão<sup>190</sup>. Enquanto a Espanha, país com a mais alta taxa de doadores de órgãos do mundo, atingiu em 2010 a expressiva marca de 34,4 doadores por milhão de habitante<sup>191</sup>.

O essencial para se poder afirmar o sucesso da política de transplantes em determinado país com certeza passa pela análise de números relativos como os supracitados, uma vez que os números absolutos podem muitas vezes enganar um leitor menos atento.

Apesar disso tudo, interessante notar o fato de que, em números absolutos, o Brasil é o segundo país com maior número de doadores, ficando atrás apenas dos Estados Unidos<sup>192</sup>. E ainda assim, tendo em vista que a maioria dos procedimentos de transplantes lá realizados é feito pelo sistema privado de saúde, o Brasil é o país que tem o maior programa e sistema públicos de transplantes do mundo<sup>193</sup>.

---

<sup>188</sup> Registro Brasileiro de Transplantes, Brasil, 2011, disponível in <http://www.abto.org.br/abtov02/portugues/populacao/rbt/mensagemRestrita.aspx?idCategoria=2> [09-04-2012].

<sup>189</sup> *National Health Service*, Reino Unido, 2008/2009, disponível in [http://www.organdonation.nhs.uk/ukt/statistics/transplant\\_activity\\_report/archive\\_activity\\_reports/pdf/ukt/transplant\\_activity\\_uk\\_2008-2009.pdf](http://www.organdonation.nhs.uk/ukt/statistics/transplant_activity_report/archive_activity_reports/pdf/ukt/transplant_activity_uk_2008-2009.pdf) [13-08-2013].

<sup>190</sup> *Associazione Italiana per la Donazione di Organi, Tessuti e Cellule (A.I.D.O)*, Itália, 2011, disponível in <http://www.aido.it/dati-statistici/attivita-default.htm> [13-08-2013].

<sup>191</sup> *Servicio de Información y Noticias Científicas (S.I.N.C.)*, Espanha, 27-08-2010, disponível in <http://www.agenciasinc.es/Noticias/Europa-aumenta-un-2-2-el-numero-de-donantes-de-organos> [13-08-2013].

<sup>192</sup> Site Drauzio Varella, Brasil, 2011, disponível in <http://drauziovarella.com.br/wiki-saude/doacao-e-transplante-de-orgaos-no-brasil/> [13-08-2013].

<sup>193</sup> Revista Brasilis, Brasil, 2010, disponível in <http://revista.brasil.gov.br/reportagens/brasil-tem-o-maior-sistema-publico-de-transplantes-do-mundo/brasil-tem-o-maior-sistema-publico-de-transplantes-do-mundo> [13-08-2013].

Em suma, tudo isso se presta a demonstrar a importância de uma adequada regulamentação da doação de órgãos, bem como do engajamento do Estado na criação de campanhas de divulgação e conscientização. Desse modo, poderíamos atingir as taxas “doador/milhão de habitante” dos mais bem sucedidos países da Europa, tornando-nos, disparado, o país de maior volume de doações de órgãos do mundo e, conseqüentemente, fazendo diminuir em muito o número de pacientes em lista de espera.

E, óbvio, a imagem a ser mirada é a Espanha, país com a maior taxa de doadores por habitante, graças às inúmeras campanhas de conscientização da população e, igualmente, ao grau de profissionalismo e seriedade com que o tema é tratado (a Espanha é famosa por ser o país com a maior e mais rápida rede de transplantes), e apesar de ao arripio da lei, desconsiderar-se a figura do consentimento presumido, exigindo-se autorização dos familiares para se proceder à extração de órgãos do cadáver.

## Capítulo 8

# ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Antes de finalizar a presente pesquisa, acreditamos ser relevante dedicar algumas palavras a respeito do alcance do tema nos tribunais nacionais.

Em verdade, a intenção primeira era a de dar continuidade ao estudo comparado do tema, também em sede jurisprudencial. Não obstante, tal pretensão se mostrou inexecutável. A despeito da celebrada globalização, o acesso à base de dados de julgados de outros países é, ainda, algo não muito simples ou difundido. Esbarra-se na falta de clareza e organização de muitas das bases de dados, que se disponibiliza, quando disponibilizadas de maneira gratuita, pois parte delas tem seu acesso ainda restrito e condicionado ao pagamento de valores, mensalidades.

Tendo isso em vista, bem como a própria dificuldade inerente de se encontrar material jurisprudencial acerca do tema, como se explicará logo adiante, decidimos por bem, ceder às circunstâncias e limitarmo-nos à análise de material nacional obtido.

Esclarecida essa questão, importante ressaltar a relevância da pesquisa e análise de julgados para os estudos desenvolvidos nos mais diversos campos do direito. Interessa àquele que escreve, tanto quanto àquele que lê, sobre determinado assunto informar-se acerca dos desdobramentos jurisdicionais da matéria alvo de estudo.

Se a lei é importantíssima na condição de fonte óbvia do direito e a doutrina se mostra também relevante, por tratar-se de mecanismo de discussão e questionamento da disciplina trazida por essa mesma lei, as decisões judiciais são, igualmente, um momento de problematização bastante enriquecedor a esse eterno processo evolutivo ao qual o Direito sempre está submetido. Na interpretação e aplicação da lei, os operadores do direito, tanto na figura dos advogados das partes, quanto dos representantes do Ministério Público e demais órgãos estatais, mas principalmente na pessoa do julgador (juízes, desembargadores e ministros), dão conta de demonstrar a real situação jurídica traçada pelo ordenamento jurídico em vigor a respeito de uma dada matéria.

Não obstante, nem todas as temáticas jurídicas atingem um mesmo alcance no que tange à exploração de suas problemáticas pelas mais diversas instâncias julgadoras nacionais. Infelizmente, é justamente o que se apresenta no caso em tela.

O tema da regulamentação da doação de órgãos pós-morte simplesmente não chega ao Poder Judiciário. Disputas em torno do tema existem, posto que assunto envolto em variadas e distintas controvérsias, como se pode demonstrar durante os capítulos precedentes. Entretanto, tais discussões não vão a juízo, porque perdem rápida e facilmente seu objeto; muito antes até de um simples recebimento de petição inicial pelo juiz.

É possível afirmar isso tendo em vista a inerente celeridade necessária aos procedimentos de autorização à retirada de órgãos do morto e da conseqüente doação em si. Hipotética disputa existente entre a vontade do morto e a de seus familiares, ou a ausência de consenso entre estes, jamais chegaria às mãos de um juiz para ser dirimida, porque, como dissemos, muito antes de a causa sequer chegar ao conhecimento do julgador, os órgãos já teriam se inviabilizado, perdendo a demanda seu objeto.

Em que pese todo o exposto, alguns julgados encontrados tangenciam a questão principal deste trabalho, qual seja, saber quem é e quem deve ser o sujeito responsável pela autorização da doação de órgãos pós-morte para fins de transplante. A partir deles vamos buscar, então, solidificar alguns dos entendimentos e conclusões a que vimos chegando.

A apelação nº 0013044-15.2009.8.26.0053 julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo<sup>194</sup>, traz um interessante caso de pedido de indenização de danos morais, cuja demanda pela responsabilização civil em questão advém da retirada pela equipe do hospital de órgãos de paciente que naquela instituição veio a óbito, sem a autorização dos familiares (pais) do morto.

---

<sup>194</sup> RESPONSABILIDADE CIVIL – Indenização – Danos morais – **Retirada e doação de órgãos não autorizadas pelos familiares do falecido no Hospital Estadual do Grajaú – A autora apenas ficou sabendo da retirada dos órgãos de seu filho ao constatar que no Laudo Necroscópico do Instituto Médico Legal foi atestado que “olhos com íris de cor não identificadas devido doação de olhos”** – Nexo de causalidade demonstrado – Responsabilidade do Estado devidamente caracterizada, pois administrador e mantenedor do hospital – Responsabilidade do Banco de Olhos de Sorocaba também demonstrada, pois é o responsável pela captação e guarda das córneas doadas – Sentença mantida e ratificada nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça – Recursos não providos. (Apelação nº 0013044-15.2009.8.26.0053, Relator: Aliende Ribeiro, Data de Julgamento: 14/05/2013, 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo) (grifo nosso).

Não nos interessa tanto aqui a questão da responsabilização do hospital e da indenização devida à família, mas antes o reconhecimento pelos desembargadores envolvidos no julgamento da apelação, confirmando a decisão de primeira instância, de que a captação das córneas, assim como de qualquer outro órgão, sem autorização dos familiares afronta o previsto pela lei de transplantes (lei 9.434/97), notadamente nas alterações promovidas pela lei 10.201/01.

Resumem os julgadores que, imprescindível à regular doação das córneas, a autorização da família, o que, por não ter tido lugar no caso concreto, daria ensejo à responsabilização civil do hospital em que estava internado o morto e ao consequente pagamento de uma indenização aos familiares do *de cuius*, a título de danos morais.

Interessante notar, em suma, a partir deste acórdão, que com o advento das alterações promovidas pela lei 10.201/01, não sobraram aos julgadores quaisquer tipo de dúvidas quanto à legitimidade dos familiares para proceder à autorização para a doação de órgãos.

Não se cogita sequer de eventual dúvida que buscamos suscitar ao longo deste trabalho a respeito da disciplina trazida pelo Código Civil de 2002, datando de um ano depois da promulgação da lei que alterou a original Lei de Transplantes, que diz ser válida a disposição do **próprio** corpo para depois da morte, dando a entender, segundo nosso posicionamento, de que tal atitude e vontade de disposição deveriam partir, então, primeiramente do próprio morto e apenas em caráter subsidiário serem supridas pela manifestação dos familiares.

Em semelhante direção, a apelação nº 0124497-48.2007.8.26.0000, também julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo<sup>195</sup>, apesar de versar eminentemente acerca de questão tributária, perpassa a questão da autorização para doação de órgãos pela família.

---

<sup>195</sup> Direito Tributário - Ação declaratória de desconstituição de débito c.c. indenização por danos morais Apelação Taxas, emolumentos e despesas com realização de funeral cobrados pelo Serviço Funerário municipal **Órgãos do falecido doados pela família** Reconhecimento da isenção do pagamento de despesas com funeral prevista na legislação municipal (Lei n. 11.479/94 e Decreto n. 32.250/95), em razão da doação de órgãos Procedência do pedido de indenização por danos morais que foi fixada com moderação - Recurso fazendário buscando inversão do julgado - Confirmação da sentença - Recurso desprovido.c.c (1244974820078260000 SP 0124497-48.2007.8.26.0000, Relator: Roberto Martins de Souza, Data de Julgamento: 16/02/2012, 18ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 24/02/2012) (grifo nosso).

Na situação em questão, a família pleiteava isenções tributárias relativas a despesas com funeral, previstas pela lei municipal nº 11.479/94 da cidade de São Paulo, em razão, e de certa forma como contrapartida, de ter autorizado a doação de órgãos de parente recém-falecido.

De saída, vale notar que a própria lei municipal referenciada e citada na decisão, fala em dispensa de pagamentos de taxas e emolumentos relacionados aos serviços funerários quando aquele que morreu, por sua pessoa ou por meio de seus familiares, tiver autorizado a doação de seus órgãos para transplante.

Em que pese a lei datar de 1994, portanto anterior à elaboração da Lei de Transplantes, importante notar como desde sempre se verifica em nosso país, estados-federados e mesmo cidades, uma completa confusão e falta de adequada normatização e unificação regulamentar acerca da figura do titular do direito de disposição do corpo morto, isto é, de quem será autorizado e legitimado pela lei a dar destinação final ao cadáver, aí incluso a autorização para doação de órgãos.

Ademais, interessante salientar o fato de que a redação presente à ementa do acórdão, que fala em órgãos doados pela família, é a vontade desta que prevalece, não se fazendo referência em nenhum momento a qualquer possibilidade de o *de cujus* ter se manifestado, em vida, favorável ou contrariamente a tal decisão.

Em idêntico sentido decisão no agravo de instrumento nº 20090020103489 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal<sup>196</sup>, que demonstrou com clareza o entendimento

---

<sup>196</sup> AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERDIÇÃO. CREMAÇÃO. CURATELADA. PEDIDO DEDUZIDO PELA CURADORA. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO VOLITIVA DA INTERESSADA. REMUNERAÇÃO PELO ENCARGO. EFEITO RETROATIVO. IMPOSSIBILIDADE. I - A INCINERAÇÃO CADAVERICA PRESSUPÕE A VONTADE MANIFESTADA PELO EXTINTO (CREMAÇÃO VOLUNTÁRIA). INTELIGÊNCIA DO ART. 77, § 1º, DA LEI 6.015/77.II - A CURATELADA NÃO ESTÁ NO GOZO DE SUAS FACULDADES MENTAIS, LOGO, NÃO SE PODERIA EXIGIR DELA A PRÉVIA AUTORIZAÇÃO PARA, QUANDO FALECER, AUTORIZAR A CREMAÇÃO DE SEU CADÁVER. ASSIM SENDO, **O PEDIDO DEVE SER ACATADO, MÁXIME PORQUE FORMULADO POR PARENTE, CUJA PESSOA PODE AUTORIZAR A RETIRADA DE TECIDOS, ÓRGÃOS E P ARTES DO CORPO DE PESSOAS FALECIDAS PARA TRANSPLANTES OU OUTRA FINALIDADE TERAPÊUTICA, INDEPENDENTEMENTE DA DECISÃO DO POSSÍVEL DOADOR EM VIDA, CONFORME SE INFERE DO ART. 4º DA LEI 10.211/2001.4º10.211III** - A REPOSIÇÃO DE GASTOS EFETIVADOS COM A CURATELADA NÃO PODE SERVIR DE PRETEXTO PARA PLEITEAR COMPENSAÇÃO PELOS SERVIÇOS PRESTADOS, POIS SE TRATAM DE HIPÓTESES DISTINTAS. DEPOIS, CONFERIR EFEITO RETROATIVO À DECISÃO QUE FIXOU A REMUNERAÇÃO DA CURADORA ATENTA CONTRA OS INTERESSES DA INCAPAZ, POIS RESULTARÁ EM DESFALQUE CONSIDERÁVEL NOS PARCOS RENDIMENTOS PERCEBIDOS

do Judiciário, trazido em decorrência da lei 10.201/01, acerca de quem seja o legítimo titular desse direito de disposição de órgãos e do corpo morto.

Independentemente de o tema central da apelação ser um pedido de cremação de cadáver, de extremo relevo o posicionamento dos desembargadores a respeito da questão de quem seja o verdadeiro responsável pela decisão de doação ou não de órgãos.

No acórdão os desembargadores concluem que, no caso, a filha deve ser autorizada a proceder à cremação de sua mãe, apesar da mesma não ter, em vida, se manifestado neste sentido, se valendo de um raciocínio analógico construído a partir da questão da autorização à doação de órgãos pós-morte.

Afirmam na própria ementa do acórdão da citada apelação, que o familiar em questão, a filha, teria legitimidade para autorizar a retirada de tecidos e órgãos do corpo de sua mãe, para fins de transplantes, independentemente de decisão, em vida, daquele que veio a morrer (mãe).

A partir daí, entendem os desembargadores, não haver óbice à pretendida cremação, pois a mesma autorização que o ordenamento jurídico nacional confere ao familiar, para dispor dos órgãos do corpo daquele parente recém-morto, deve valer para permitir a esse familiar decidir pela melhor destinação do corpo morto de seu parente (sepultamento, congelamento, cremação, etc.).

Interessante o caminho analógico percorrido pelo julgador, a fim de atingir a conclusão pretendida. Mais relevante, porém, é a própria conclusão a que chega, no sentido de que o familiar, em vista do teor do artigo 4º da lei 10.211/2001, que alterou a Lei de Transplantes (lei 9.434/97), tem o poder, tem o direito, mesmo, de autorizar a doação de órgãos de parente que acabou de morrer, **independentemente** da decisão do possível doador em vida.

Ao longo do presente trabalho não cessamos de frisar que a questão da adoção por um determinado ordenamento jurídico da figura da autorização presumida ou do



consentimento expresso é opção legislativa, trata-se de decisão política do legislador, podendo ambas as correntes ser igualmente bem defendidas e estando mais ou menos adequada de acordo com o entorno social em que se encontra.

No entanto, independentemente da adoção de uma ou outra figura, nos afigura completamente equivocado o entendimento de que não se dê prevalência à manifestação de vontade do morto, priorizando-se a vontade do familiar.

É justamente o que defende a apelação supracitada julgada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal. A irrelevância da decisão daquele que morreu frente ao destino de seu corpo como um todo e em cada um de seus componentes. O acórdão nada tem de absurdo, traduzindo apenas conceitos sociais e jurídicos, que apesar de, a nosso ver, deturpados, encontram-se em voga.

Autoriza esse tipo de decisão e de entendimento o artigo 4º da lei 9.434/97, ao prever que a doação de órgãos dependerá de autorização do cônjuge ou parente maior de idade. Dispositivo este que, por sua vez, nada mais é senão a tradução dos anseios da sociedade, que se voltou contra a figura da autorização presumida, originalmente trazida pela lei e, em menos de quatro anos, conseguiu alterá-la, não só para afastar essa presunção, mas também para conferir aos familiares a titularidade do direito ao cadáver.

É fato que o direito deve responder aos anseios sociais. O direito deve ser capaz de acompanhar a evolução da sociedade da qual faz parte, normatizando condutas e adequando as regras de convivência entre os cidadãos.

Contudo, por vezes, o direito é chamado a inovar. Ou, no mínimo, a manter-se fiel a seus princípios e coerente em seu todo orgânico, não cedendo a pressões populares, que acarretem, em última instância, em desrespeito a valores primários de um ordenamento jurídico.

Aceitar que a disposição do corpo morto, do cadáver, seja um ato jurídico a ser realizado precipuamente pelos familiares e não pelo próprio morto, por meio de manifestação de vontade expressa em vida, não se mostra de acordo com o direcionamento dos demais diplomas normativos nacionais.

A esse respeito podemos citar o Código Civil, que assegura um número recorde de direitos de personalidade *post mortem*, cuja titularidade é do próprio morto e cuja proteção, apenas, é deixada aos familiares deste, uma vez que, morto, não poderia se valer dos mecanismos adequados, até em vias processuais, por exemplo, para ver esses direitos respeitados.

Nesse sentido, o Código Civil prevê em seu artigo 14 o direito de, para depois da morte, dispor do **próprio** corpo. Indo de encontro com o teor da legislação específica de transplantes, que exige autorização primeira e única dos familiares. Tal orientação desrespeita, no limite, os mais caros princípios constitucionais inclusive, notadamente o princípio da dignidade da pessoa.

Afronta a existência da pessoa em sua plenitude e obstaculiza seus desejos de última vontade, isto é, a expressão da destinação que quer seja dada a seu corpo.

Por todo o exposto, mostra-se mais adequado o teor do acórdão da apelação nº 0057606-61.2012.8.19.0001, julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro<sup>197</sup>.

Neste julgado, o tema, mais uma vez, não se refere aos transplantes, a doação de órgãos, mas sim a uma disputa entre as filhas do *de cujus* acerca de qual destinação deva ser dada ao cadáver do pai. Ainda assim, muita rica a análise deste documento, uma vez se tratar, em última análise, de discussão acerca da disposição do cadáver, podendo-se aplicar as conclusões ali apresentadas analogicamente às questões a envolver a doação de órgãos.

No caso, então, havia de um lado, duas filhas do *de cujus* defendendo que era desejo do pai ter seu corpo tradicionalmente sepultado, enquanto outra filha afirmava que seu último desejo era, na verdade, o de ter seu cadáver congelado, pelo mecanismo da criogenia.

---

<sup>197</sup> CRIOGENIA. DESTINAÇÃO DE RESTOS MORTAIS. DISPOSIÇÃO DE ÚLTIMA VONTADE. INEXISTÊNCIA DE TESTAMENTO OU CODICÍLO. **DIREITO DA PERSONALIDADE. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.** AUSÊNCIA DE CONSENSO ENTRE AS LITIGANTES. AFETIVIDADE. **PROVA DOCUMENTAL ROBUSTA, QUE DEMONSTRA QUE O DE CUJUS DESEJAVA VER O SEU CORPO SUBMETIDO AO PROCEDIMENTO DA CRIOGENIA.** (57606-61.2012.8.19.0001RJ 0057606-61.2012.8.19.0001, Relator: FLÁVIA ROMANO DE REZENDE, Data de Julgamento: 25/06/2012, 20ª Câmara Cível) (grifo nosso).

Fosse seguido o entendimento proposto pelos desembargadores do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, o caso deveria ter sido decidido por meio de uma composição entre as partes, uma vez que todas eram filhas do morto e seriam, então, igualmente legitimadas a decidir o destino do cadáver do pai.

Acertadamente, contudo, não foi essa a orientação adotada pelo desembargador relator do caso, acompanhado por seus demais colegas. O julgador se pronunciou no sentido de que a solução da disputa não passava pela unificação da vontade destas, mas consistiria na busca de se descobrir qual era a verdadeira vontade do falecido. Isto porque, a manifestação de vontade de determinada pessoa acerca da destinação de seu cadáver após a morte, se insere dentre os direitos da personalidade constitucionalmente assegurados.

A partir daí, em virtude das provas documentais e testemunhais presentes no caso, chegou-se à conclusão de que, de fato, a vontade real e última do falecido era a de ter seu corpo congelado, após sua morte, tendo o Tribunal, então, decidido nesse sentido.

Contudo, independentemente do desfecho dado a essa situação concreta, o que vale reter deste caso é o entendimento do julgador da necessidade da busca por se descobrir qual fosse a vontade daquele que faleceu quanto a destinação a ser dada a seu corpo e, aplicando-se ao nosso tema, a seus órgãos.

Muitas vezes, a tentativa de se descobrir a vontade do *de cuius* vai passar invariavelmente pela oitiva de seus familiares. Esses, entretanto, devem ser ouvidos com o objetivo de testemunhar a respeito da vontade do parente morto, sem se confundir esta vontade, com a vontade expressada pelos próprios familiares.

A participação de familiares é imprescindível numa sociedade como a brasileira, em que o tema da morte é ainda grande tabu, sendo exceção a realização de testamentos ou outras disposições de última vontade. Tal participação, contudo, não pode transformar-se em ingerência dos familiares, buscando se sobrepor à vontade do falecido.

De todo o exposto e analisado nesse capítulo dedicado à jurisprudência a envolver a disposição do corpo morto, podemos reconhecer, como era de se esperar,

uma ausência de uniformidade no trato da matéria. Há, possivelmente, uma tendência a uma supervalorização do papel dos familiares nessas questões relativas à destinação do cadáver, em detrimento da perquirição da real vontade do falecido, o que, já pudemos externar, não nos parece a orientação mais adequada à regulamentação da matéria. Sendo mais acertado, ao contrário, proceder à busca da vontade daquele que morreu, verdadeiro titular do direito ao cadáver, como pudemos observar no último caso aqui trazido.

## Capítulo 9

### CONCLUSÃO

Saímos da presente pesquisa com ainda maior certeza de que o tema da doação de órgãos é dos mais interdisciplinares. Medicina ou direito, isoladamente, não são capazes de responder a todas as questões suscitadas por um tema tão delicado ao gênero humano.

Justamente com base nesse entendimento é que sentimo-nos no dever de ressaltar a relativização da força jurídica no ambiente social.

Quando do início da pesquisa, a proposta foi realizada tendo em mente a função da lei e do direito na pacificação de conflitos e controvérsias. Obviamente, o direito tem realmente esse condão. A situação normativa em que se encontra o ordenamento jurídico nacional no que tange aos transplantes só contribui negativamente para a política de transplantes.

No entanto, o sucesso dessa política depende de muitos outros fatores para além do direito. Fatores de cunho político, econômico, social, educacional, dentre muitos outros.

Não obstante, não nos escusaremos de dar nossa parcela de contribuição, por mais limitada que possa ser, à construção deste longo percurso que poderá nos levar um dia a um alto índice de doadores de órgão no Brasil.

Após todo o exposto até aqui, não resta dúvidas quanto à existência de um direito da personalidade relativo ao corpo humano, vivo e morto, independentemente da denominação que receba.

Particularmente, entendemos ser interessante, diferenciar o direito ao corpo vivo, do direito ao corpo morto, tendo em vista que apesar do mesmo objeto, o conteúdo de um de outro direito diferem entre si. Ainda a esse respeito, cremos, a melhor denominação para este direito ao corpo morto é, na realidade, simples e claramente: direito ao cadáver.

Nesse sentido, a nosso ver, o direito ao cadáver é um direito da personalidade, cujo conteúdo básico é o de dar destinação final ao corpo e, muitíssimo importante, cuja titularidade primária pertence ao próprio morto, devendo este exercê-lo em vida, prevendo e registrando o fim que deseja dar a seu cadáver.

Quanto ao conteúdo do direito ao cadáver cumpre explicitar o que deve ser entendido por “destinação final”. Seguindo a linha, já há muito estabelecida por DE CUPIS<sup>198</sup>, e ainda assim, extremamente atual, vemos como conteúdo deste ato de dar destinação final ao cadáver não só a escolha por este ou aquele rito fúnebre, como o sepultamento, a cremação ou a criogenia, mas também, eventual desejo do sujeito de ter seu corpo destinado a institutos científicos e/ou de ensinos, ou ainda, como nos interessa aqui, a autorização à doação de órgãos.

Superado esse ponto, devemos enfrentar a questão da titularidade desse direito. Como já tivemos oportunidade de debater, ainda que de modo breve, ao final do capítulo três, podemos dizer que a titularidade do direito ao cadáver pode ser atribuída a três agentes diferentes: ao Estado, aos familiares, ou ao próprio morto.

Quando falamos em atribuição da titularidade do direito ao cadáver ao Estado, equivale dizer que alguns teóricos, tendo em vista o princípio da supremacia do interesse público, veem nascer para o Estado, uma vez ocorrida a morte, o direito de decidir por retirar, ou não, os órgãos de seus cidadãos, para fins de doação, independentemente dos mesmos ou de seus parentes terem se manifestado sobre o assunto.

Nosso ponto de vista é o de que o princípio da supremacia do interesse público, ainda que inegavelmente de grande relevo ao nosso ordenamento jurídico, não autorizaria tal tipo de conduta por parte do Estado, se realizado um sopesamento de valores com o princípio da autonomia, o qual restaria completamente desrespeitado numa tal situação, e que é da maior importância na área que aqui se debate, a bioética.

Argumentar em sentido contrário é perigoso em termos jurídicos e sociais. Não são poucos, tão pouco distantes, os exemplos a serem dados acerca de atrocidades

---

<sup>198</sup> *Os direitos da personalidade*, cit., p. 99.

realizadas pela figura do Estado contra indivíduos, sempre protegido pela inquestionável ideia da supremacia do interesse público.

Desse modo, restaria então declarar titular do direito ao cadáver: o próprio morto ou seus familiares.

Mais uma vez, imprescindível trazer à tona o princípio supracitado da autonomia. Não seria possível manter um discurso coerente, criticando a titularidade do direito ao cadáver ao Estado, mas, ao mesmo tempo, defendendo a titularidade desse direito aos parentes.

Diferentemente do que defende DE CUPIS<sup>199</sup>, em cuja obra em muito nos inspiramos, mas da qual pedimos também licença para discordar, entendemos que a titularidade do direito ao cadáver é do próprio morto, quando ainda vivo.

Adriano DE CUPIS<sup>200</sup> não nega ao próprio sujeito titular do corpo a primazia da vontade no que diz respeito a determinar o destino final do cadáver, porém, o faz não com base neste direito ao cadáver, mas sim com base na teoria contratual civilista tradicional.

Enquadrando o posicionamento do autor italiano na classificação dos direitos da personalidade pós-morte proposta por Alfredo Domingues MIGLIORE<sup>201</sup> (vide item 3.1.1), percebemos que DE CUPIS considera o direito ao cadáver com um direito que só aparece com a morte.

Tendo isso em vista, por tratar-se, supostamente de um direito que só surge após a morte, impossível realmente, seria atribuir sua titularidade ao próprio morto, uma vez que com a morte, extingue-se a personalidade. Por esse motivo, define DE CUPIS<sup>202</sup> o direito ao cadáver como um direito privado, não-patrimonial, costumeiro, e o principal, de caráter familiar.

---

<sup>199</sup> *Os direitos da personalidade*, cit., p. 99.

<sup>200</sup> *Os direitos da personalidade*, cit., p. 99.

<sup>201</sup> *Direitos da personalidade post mortem*, cit., p. 165.

<sup>202</sup> *Os direitos da personalidade*, cit., p. 99.

Por outro lado, isso não impede DE CUPIS<sup>203</sup>, como comentávamos, de atribuir maior importância à vontade do próprio morto do que à dos familiares. O autor deixa isso bem claro ao afirmar que o direito dos parentes ao cadáver está condicionado à não manifestação de vontade em vida, por parte daquele que agora está morto. Do contrário, afirma, tendo havido qualquer manifestação a esse respeito fica estabelecido um negócio jurídico de coisa futura.

Em que pese a bela estruturação da teoria, não partilhamos do mesmo entendimento por enxergar nela algumas dificuldades conceituais.

É estranho, a nosso ver, admitir a possibilidade da realização de um negócio jurídico que tenha por objeto o corpo humano morto, ou parte deste, como é o caso dos órgãos e tecidos, aproveitados para transplante.

Ainda que não se trate de negócio jurídico oneroso, uma vez que estaríamos falando de uma doação, vemos com certa temeridade a admissão de se tratar o cadáver como coisa e aceitar a realização de um negócio jurídico que o envolva.

Isto porque, em primeiro lugar, não enxergamos no cadáver natureza de coisa, como era costume dentre os autores mais antigos, como é o caso de DE CUPIS<sup>204</sup>, BERGOGLIO e BERTOLDI<sup>205</sup> e Antônio CHAVES<sup>206</sup>.

O conceito jurídico de coisa é pacífico e vem de longa data. É herança do direito romano, e muito bem delimitado por José Carlos MOREIRA ALVES<sup>207</sup>, que afirma que, apesar do amplíssimo sentido que a palavra recebe em sua acepção vulgar, em sentido jurídico, o termo é empregado de forma restrita, de modo a designar apenas, algo suscetível de ser tido como objeto de direito subjetivo **patrimonial**.

Ora, é pacífico na doutrina que os direitos da personalidade têm por característica a inalienabilidade, a indisponibilidade e, também, a extrapatrimonialidade. Salvo raras exceções como o direito de imagem, integrante do rol dos direitos da personalidade, para o qual admite-se sua cessão, inclusive mediante remuneração, a

---

<sup>203</sup> *Os direitos da personalidade*, cit., p. 99.

<sup>204</sup> *Os direitos da personalidade*, cit., p. 98.

<sup>205</sup> *Transplantes de órgãos*, cit., p. 184.

<sup>206</sup> *Direito à vida e ao próprio corpo*, cit., p. 252.

<sup>207</sup> *Direito Romano*, 14ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 144.



regra é a não haver qualquer tipo de comerciabilidade envolvendo os direitos da personalidade. E não é diferente com o direito ao cadáver. É consenso não se admitir admitir a possibilidade de envolver o cadáver em um negócio jurídico oneroso, de qualquer tipo: compra e venda, locação, etc.

Tendo isso em vista, e a definição claríssima de coisa, acima exposta, impossível, cremos, defender natureza jurídica de coisa ao cadáver. Motivo pelo qual, apesar da dificuldade conceitual, mantemo-nos fiel àquilo que acreditamos ser o que há de mais moderno e, por conseguinte, de mais consentâneo com o atual estágio de desenvolvimento da sociedade e do direito, que é a teoria proposta por Silvio Romero BELTRÃO<sup>208</sup>.

BELTRÃO ciente de que o cadáver não é mais pessoa, mas que, ao mesmo tempo, se mostra ultrapassada sua classificação como coisa, defende que, dada à íntima e recente conexão à personalidade que havia em vida, em tudo quanto for possível, dê-se ao cadáver tratamento jurídico como se pessoa fosse, meio pelo qual, acredita, se asseguraria melhor o respeito a sua dignidade.

Além disso, não enxergamos o direito ao cadáver como um direito que tem surgimento apenas com o evento morte. A morte é evento certo para todos os homens, ainda que se desconheça o exato momento de sua chegada. Nesse sentido, todos os corpos a abrigar uma personalidade humana, tutelada e reconhecida pelo direito, em determinado momento tornar-se-ão cadáveres, igualmente tutelados pelo direito, devido à existência, exatamente, do direito ao cadáver.

Com base nisso, se todos os homens, em determinado momento, terão de enfrentar a morte, nada mais justo que se lhe deem ferramentas para fazê-lo da melhor maneira possível, para que, chegada hora, encontrem-se guarnecidos, ao menos em termos jurídicos.

Por isso, acreditamos que o princípio da autonomia só estará sendo plenamente respeitado com a aceitação da condição do próprio morto, durante sua vida, como titular do direito ao cadáver. Poderia, então, em vida, por meio desse direito da personalidade,

---

<sup>208</sup> *Direitos da personalidade cit.*, p. 86.

determinar qual destinação deverá ser dada ao seu cadáver e, por conseguinte, a seus órgãos.

Possível paralelo pode ser construído a partir da figura do testamento, que surgiu em semelhante contexto e sentido de proteção, no caso, patrimonial. É permitido ao morto, que em vida reflita à respeito da sua sucessão patrimonial e, obedecidos os requisitos mínimos da lei, disponha de seus bens da maneira que considerar mais conveniente.

Com o cadáver sucede-se exatamente o mesmo. Ao morto, na condição de titular de seu corpo, deve ser concedido o direito de definir qual destino conferir ao cadáver: doar ou não os órgãos; cremar ou enterrar; doar ou não o cadáver para a uma instituição de ensino, etc.

O maior problema e diferença nessa comparação entre o direito sucessório patrimonial e o direito ao cadáver reside, justamente, nesta figura tão importante que é o testamento.

BERGOGLIO e BERTOLDI<sup>209</sup> relatam como num primeiro momento, na Argentina, exigiu-se a forma testamentária para proceder-se à retirada de órgãos para transplantes. Porém, obviamente, tal ideia não foi bem sucedida porque as formalidades existentes em torno de um testamento não coadunam com a celeridade exigida pelo procedimento de transplante.

Desse modo, para solucionar o impasse, o testamento ainda é aceito, mas as legislações atuais vêm prevendo que qualquer manifestação por escrita por parte do morto também deve ser tida como válida para autorizar a doação de seus órgãos.

É o que acontece, por exemplo, na Espanha, onde os diplomas normativos a regular a matéria preveem expressamente a ausência de forma para a manifestação de vontade acerca da autorização para doação de órgãos, como mais um mecanismo facilitador da expressão do desejo de cada cidadão<sup>210</sup>.

---

<sup>209</sup> *Trasplantes de órganos*, cit., 1983, p. 235.

<sup>210</sup> *Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre*  
*Artículo 10. Extracción de órganos de fallecidos: condiciones y requisitos.*

Para finalizar essa que consideramos ser uma feliz comparação entre o direito sucessório e o direito ao cadáver, cumpre falar da questão da omissão do sujeito titular do direito.

Assim como ninguém é obrigado a fazer um testamento, hipótese na qual a sucessão rege-se integralmente pelo rito processual previsto pela lei, ninguém é, igualmente, obrigado a se manifestar a respeito da vontade de ter seus órgãos doados ou não, ainda que isto seja o mais recomendável. Entendemos que, nesse caso, à semelhança do direito sucessório, a lei deveria vir e prever um mecanismo de cunho subsidiário.

Poderia, então, o legislador prever que a titularidade desse direito e, conseqüentemente, o poder de dispor sobre os órgãos do falecido, se transmitirá aos familiares, ao Estado, ou mesmo, não se transmitirá.

Esta última opção, implicaria na completa impossibilidade da doação de órgãos, na ausência de manifestação por parte do morto, e não é comumente adotada pelas legislações de transplantes.

As duas outras são ainda, ambas, bastante comuns. Transmitir a titularidade de um direito sobre os órgãos ao Estado nada mais é do que defender a autorização presumida. Isto porque, na ausência de manifestação do morto, o Estado definiria pela doação ou não, e o Estado sempre autorizará a doação, desde que haja condições materiais para tanto. Por isso, na prática, as situações se equivaleriam, ainda que, juridicamente, pudesse se argumentar uma diferenciação uma vez que no sistema da autorização presumida, a titularidade do direito ao cadáver permaneceria sob a égide do morto.

E, por fim, haveria ainda a possibilidade de a legislação dispor a respeito da transmissão da titularidade do direito ao cadáver aos familiares. Nesse caso, a estes,

---

*1. La obtención de órganos de donantes fallecidos para fines terapéuticos podrá realizarse si se cumplen las condiciones y requisitos siguientes:*

*a) Que la persona fallecida, de la que se pretende extraer órganos, no haya dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se realice la extracción de órganos. Dicha oposición, así como su conformidad si la desea expresar, podrá referirse a todo tipo de órganos o solamente a alguno de ellos, y será respetada cualquiera que sea la forma en la que se haya expresado.*

observada determinada ordem legal de preferência, seria dado decidir acerca da destinação do cadáver, inclusa a doação, ou não, dos órgãos.

Como já tivemos oportunidade de ver, no capítulo 2, temos hoje no Brasil, dois diplomas a regular a doação de órgãos pós morte. A lei específica para o tema, lei 9434/97, com as devidas alterações promovidas pela lei 10.211/2001, mas também o Código Civil de 2002.

A lei de transplantes<sup>211</sup> prevê que a doação de órgãos de um cadáver dependerá da autorização do cônjuge ou outro parente, maior de idade. Por outro lado, o Código Civil<sup>212</sup> ao dispor a respeito da disposição pós morte do corpo, fala em “disposição gratuita do **próprio** corpo”. Pela redação dada pelo legislador, parece-nos óbvia a intenção de deixar nas mãos do próprio sujeito, do próprio morto, o direito de decidir a respeito do tema.

A polêmica envolvendo o conflito normativo entre esses dois diplomas não tem predominância de entendimento para nenhum dos lados, dada a pouca atenção que ainda é dada ao tema pelos doutrinadores nacionais.

Contudo, Caio Mário DA SILVA PEREIRA<sup>213</sup>, um dos poucos a se posicionar a sobre o assunto, sustenta prevalecer o entendimento propiciado pelo art. 14 do Código Civil, dada sua adequação ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que garante à própria pessoa, não a seus parentes, o direito de dispor sobre seu corpo.

Partilhamos do posicionamento do autor, mas entendemos que a argumentação num conflito entre normas não restringe-se a meras questões principiológicas. Em verdade, as regras de solução de antinomias são três, de conhecimento comum de todos os juristas: regra de hierarquia, de temporalidade e de especialidade.

---

<sup>211</sup> Art. 4º A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.

<sup>212</sup> Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

<sup>213</sup> *Instituições de direito civil* cit., pp. 223-224.

O quesito hierarquia não se aplica no presente caso posto que tanto a lei de transplantes, quanto o Código Civil, são leis ordinárias e, ocupam, portanto, o mesmo grau hierárquico dentro do sistema normativo brasileiro.

A complicação chega na aplicação dos critérios de especialidade e temporalidade, uma vez que a o Código Civil é mais atual que a lei de transplantes, mas esta, por sua vez, seria mais específica que o Código.

Em casos como esse, o costume é ver prevalecer o critério da especialidade, sob o argumento de não ser possível permitir a uma lei mais genérica e que não trate do assunto de maneira tão aprofundada revogar aquela pensada e elaborada com o objetivo único de ver regulada determinada matéria.

Isso significaria, então, defender que a letra do art. 14 do Código Civil nasceu morta. Este, porém, não é o nosso entendimento. Defendemos, neste caso específico, a prevalência do Código em detrimento da lei, não por opormo-nos às regras de solução de conflitos acima expostas, mas por entender que o Código Civil, apesar de *a priori* parecer lei geral, no que tange especificamente à regulamentação do direito de disposição do próprio corpo para depois da morte, tem caráter de lei específica, pois desce ao mesmo grau de minúcia da lei de transplantes.

A conclusão, então, é a da prevalência do Código Civil sobre a lei de transplantes, o que a nosso ver, entretanto, não implica na revogação do artigo em questão da lei específica.

Isto porque de acordo com o parágrafo 1º do artigo 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro<sup>214</sup>, a lei posterior só revogará a anterior quando forem incompatíveis entre si, ou quando a lei nova disciplinar toda a matéria de que dispunha a lei antiga.

No caso, o Código Civil não traz previsão a abranger todas as hipóteses envolvendo a doação de órgãos pós-morte. Ao contrário, o artigo em questão do código prevê apenas a possibilidade de autorização, em vida, da disposição do corpo morto pelo próprio sujeito titular deste corpo. Mas é omissa quanto a qual deva ser o

---

<sup>214</sup> A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

procedimento a ser adotado em caso de não manifestação do morto a respeito do assunto.

Justamente por esse motivo, e buscando sempre a ideal interpretação sistemática e integrativa dos diplomas normativos, de modo a atingir e construir um sistema normativo homogêneo e isento de lacunas e incongruências, é que defendemos, em que pese a prevalência do Código Civil, a manutenção, em caráter subsidiário e complementar, da disposição prevista na lei de transplantes.

Em outras palavras, acreditamos que o mais acertado, a respeito dos diplomas normativos em vigor, é entender a primazia da manifestação de vontade do próprio morto, no que concerne à disposição do seu próprio corpo após a morte, trazida pelo Código Civil de 2002, bem como a subsidiariedade do desejo dos familiares, os quais devem ser consultados, apenas em caso de omissão do morto. Em uma situação como essa, o procedimento a ser observado seria o da Lei de Transplantes, que exige a autorização do cônjuge ou familiar, subscrita por duas testemunhas.

Com base nessa visão e interpretação da vigência dos diplomas reguladores da autorização para doação de órgãos pós-morte, teríamos de pronto estabelecido no Brasil um sistema que respeita a autonomia da vontade e a dignidade da pessoa humana. E, com toda certeza, ficaria afastada a figura da autorização presumida, que se tentou implementar no Brasil, com o advento da Lei de Transplantes no ano de 1997.

O que, a nosso ver, é um benefício à sociedade brasileira atual e até mesmo ao nosso ordenamento jurídico. Já tivemos a oportunidade de demonstrar e explorar, e agora apenas retomamos rapidamente, não é razoável a vigência de um instituto tão gravoso, numa sociedade ainda eivada de problemas tão mais primários.

Ainda que o brocardo jurídico, positivado no art. 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro<sup>215</sup>, afirme que a ninguém é dado alegar desconhecimento da lei para evitar cumpri-la, é preciso bom-senso na hora de se aprovar uma lei que atingirá a todos os cidadãos de forma bastante relevante, tocando em assunto extremamente delicado, e à qual apenas uma irrelevante minoria terá acesso e conhecimento.

---

<sup>215</sup> Art. 3º Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.

Em outras palavras, só é possível pensar na possibilidade de inclusão da figura da autorização presumida, sem prejuízo a direitos individuais e coletivos, em sociedades menos desiguais, onde todos, minimamente, tenham acesso às informações e sejam conscientes de seus direitos e deveres, pelo simples fato de serem humanos dotados de personalidade.

A implementação no Brasil desse instituto, já vigente em alguns países da Europa, como se pretendeu, configurava-se, em última instância, grave violação aos direitos da personalidade e à autonomia da vontade daquele que tinha seus órgãos retirados de seu cadáver, simplesmente por não ter se manifestado a esse respeito, sendo que não fazia a menor ideia de que se esperava dele uma declaração de vontade em um ou em outro sentido.

Voltando à questão da interpretação integrativa de que vínhamos falando. Obviamente, o ideal não é dependermos que o jurista faça tal interpretação para ter um sistema de acordo com os princípios constitucionais. Mesmo porque, nada, nem ninguém, garante a concordância com o raciocínio que aqui desenvolvemos e apresentamos, muito menos uma uniformidade ao redor dessa teoria. Muito ao contrário, a regra nas ciências jurídicas é a da pluralidade de opiniões, pareceres e teses. Por isso mesmo, os legisladores, e também os doutrinadores, deveriam dedicar parcela maior do seu tempo para repensar alguns aspectos da lei de transplantes.

Tendo isso em vista, acreditamos que o ideal seria promover uma alteração no art. 4º da lei de transplantes, de modo que passasse a prever, em primeiro lugar, a demanda de uma autorização dada em vida, livre de exigências formais, pelo próprio sujeito que acabou de morrer e, em caráter subsidiário, a necessidade de autorização por parte dos familiares. Dessa maneira, a lei de transplantes se tornaria mais consentânea com os valores constitucionais e, livre de lacunas e omissões, afastaria a necessidade de se recorrer ao Código Civil.

## REFERÊNCIAS

### Bibliografia

ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor, *Extracción y trasplante de órganos y tejidos humanos: problemática jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 1996.

BELTRÃO, Silvio Romero, *Direitos da personalidade: de acordo com o Novo Código Civil*, São Paulo, Atlas, 2005.

BERGOGLIO e BERTOLDI, *Trasplantes de órganos*, Buenos Aires, Hammurabi, 1983.

BIANCA, Cesar Massimo, *Diritto Civile (vol. 1)*, 2ª ed., Milão, Giuffrè Editore, 2002.

BITTAR, Carlos Alberto, *Os direitos da personalidade*, 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2006.

BRAZIER, Margaret, e MCGUINNESS, Sheelagh, *Respecting the living means respecting the dead too*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v.28, n.2, pp. 297-316, 2008.

CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo, *O direito geral de personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

CHAVES, Antônio, *Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantes*, 2.ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994.

CIFUENTES, Santos, *Los derechos personalísimos*, Buenos Aires, Ediciones Lerner, 1974.

COELHO, Fábio Ulhôa, *Curso de direito civil (vol. 1)*, São Paulo, Saraiva, 2003.

DE CAMPOS, Diogo Leite, *O estatuto jurídico da pessoa depois da morte*, in *Pessoa Humana e Direito*, Coimbra, Edições Almedina, pp. 55-63, 2009.

DE CUPIS, Adriano, *Os direitos da personalidade*, tradução de Afonso Celso Furtado Rezende, 2ª ed., São Paulo, Quorum, 2008.



DE OLIVEIRA, João Gualberto, *O transplante de órgãos humanos à luz do direito*, São Paulo, Instituto dos Advogados de São Paulo, 1970.

DEGOS, Laurent, *Os enxertos de órgãos*, tradução de Jorge Domingues Nogueira, Lisboa, Instituto Piaget, 1994.

DILGUERIAN, Mirian Gonçalves, *A bioética e o transplante de órgãos*, in *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, fasc. 59/60, pp. 295-326, 2004.

FRANÇA, Rubens Limongi, *Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais*, in *Revista do Advogado*, São Paulo, n.38, pp. 05-13, dez., 1992.

FREITAS JÚNIOR, Antonio Jesus da Rocha, *Direitos da personalidade: doação de órgãos*, Teresina, EDUFPI, 1995.

GARCIA, Enéas Costa, *O direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2007.

GILBAR, Roy, e O'DONOVAN, Katherine, *The loved ones: families, intimates and patient autonomy*, in *Legal Studies*, London, v.23, n.2, pp. 332-358, jun., 2003.

GOGLIANO, Daisy, *Direitos privados da personalidade*, Dissertação de mestrado, São Paulo, 1982.

\_\_\_\_\_, *O direito ao transplante de órgãos e tecidos humanos*, Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986.

\_\_\_\_\_, *Pacientes terminais – morte encefálica*, s.l., s.d., disponível in <http://web.archive.org/web/20040602100309/http://www.cfm.org.br/revista/bio2v1/pacienterm.html> [26-03-2012].

GOMES, Orlando, *Introdução ao direito civil*, 19.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008.

GORDILLO CAÑAS, Antonio, *Trasplantes de órganos - “pietas” familiar y solidaridad humana*, Madrid, Civitas, 1987.

LAMB, David, *Transplante de Órgãos e Ética*, tradução de Jorge Curbelo, São Paulo, Hucitec, 2000.

MAZZONI, Cosimo Marco, *Etica del dono e donazione di organi*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, v. I, Milano, Giufre, pp. 563-572, 1998.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa, *Doação presumida de órgãos do corpo humano*, in *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, Brasília, v.26, n.63, pp. 63-69, 1996.

MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa, *Direitos da personalidade post mortem*, Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

MOREIRA ALVES, José Carlos, *Direito Romano*, 14<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, Forense, 2007.

NOBRE, Freitas, *O transplante de órgãos humanos à luz do direito*, Brasília, Coordenada – Editora de Brasília, 1975.

PARIZI, Regina Ribeiro e DA SILVA, Nei Moreira, *Transplantes*, in *Iniciação à Bioética*, Brasília, Conselho Federal de Medicina, 1998. [localização: DBC, Q13-33-13]

PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de direito civil - teoria geral de direito civil*, 22<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008

PIERSCIONEK, Barbara K., *What is presumed when we presume consent?*, s.l., 2008, disponível in <http://www.biomedcentral.com/1472-6939/9/8> [26/03/2012].

SERRAVALLE, Paola D'Addino, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1983.

SZANIAWSKI, Elimar, *Os direitos de personalidade e sua tutela*, 2<sup>a</sup> ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

TEIJEIRA ÁLVAREZ, Rafael, *Aspectos legales del trasplante y la donación*, in *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, Navarra, v.29, pp. 24-34, 2006.

TOBEÑAS, José Castán, *Los derechos de la personalidad*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1952.

TUCCI, José Rogério Cruz, *Tutela jurisdicional da personalidade post mortem*, in *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 95, v.845, pp. 11-21, mar., 2006.

VERHEIJDE, Joseph L. *et al.*, *Legislation of presumed consent for end-of-life organ donation in the United Kingdom (UK) - undermining values in a multicultural society*, in *Clinics*, São Paulo, v.63, n.3, pp. 297-300, 2008.

VIDE, Carlos Rogel, *Derecho de la persona*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1998.

### Índice de legislação

BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, Brasília, DF, 2002.

BRASIL. Lei nº 5.479 de 10 de agosto de 1968, Brasília, DF, 1968.

BRASIL. Lei nº 8.489 de 18 de novembro de 1992, Brasília, DF, 1992.

BRASIL. Decreto nº 879 de 22 de julho de 1993, Brasília, DF, 1993.

BRASIL. *Lei de Transplantes*. Lei nº 9.434 de 04 de fevereiro de 1997, Brasília, DF, 1997.

ESPANHA. Real-Decreto nº 2.070 de 30 de dezembro de 1999, Madri, 1999.

ESPANHA. Lei nº 30 de 27 de outubro de 1979, Madri, 1979.

ITÁLIA. Lei nº 235 de 03 de abril de 1957, Roma, 1957.

ITÁLIA. Lei nº 91 de 01 de abril de 1999, Roma, 1999.

INGLATERRA. *Human Tissue Act*, Londres, 1961.

INGLATERRA. *Human Organ Transplant Act*, Londres, 1989.

INGLATERRA. *Human Tissue Act*, Londres, 2004.

### Índice de Jurisprudência

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, Apelação nº 0013044-15.2009.8.26.0053, 11ª Câmara de Direito Público, Relator: Des. Aliende Ribeiro, j. 14/05/2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, Apelação nº 0124497-48.2007.8.26.0000, 18ª Câmara de Direito Público, Relator: Des. Roberto Martins de Souza, j. 16/02/2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL, Agravo de Instrumento nº 0010348-96.2009.807.0000, 6ª Turma Cível, Relator: Des. José Divino de Oliveira, j. 14/10/2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, Apelação nº 0057606-61.2012.8.19.0001, 20ª Câmara Cível, Relatora: Des. Flávia Romano de Rezende, j. 25/06/2012.

### Índice de Sites

Registro Brasileiro de Transplantes, Brasil, 2011, disponível in <http://www.abto.org.br/abtoV02/portugues/populacao/rbt/mensagemRestrita.aspx?idCategoria=2> [09-04-2012].

*National Health Service*, Reino Unido, 2008/2009, disponível in [http://www.organdonation.nhs.uk/ukt/statistics/transplant\\_activity\\_report/archive\\_activity\\_reports/pdf/ukt/transplant\\_activity\\_uk\\_2008-2009.pdf](http://www.organdonation.nhs.uk/ukt/statistics/transplant_activity_report/archive_activity_reports/pdf/ukt/transplant_activity_uk_2008-2009.pdf) [13-08-2013].

*Associazione Italiana per la Donazione di Organi, Tessuti e Cellule (A.I.D.O.)*, Itália, 2011, disponível in <http://www.aido.it/dati-statistici/attivita-default.htm> [13-08-2013].

*Servicio de Información y Noticias Científicas (S.I.N.C.)*, Espanha, 27-08-2010, disponível in <http://www.agenciasinc.es/Noticias/Europa-aumenta-un-2-2-el-numero-de-donantes-de-organos> [13-08-2013].

Site Drauzio Varella, Brasil, 2011, disponível in <http://drauziovarella.com.br/wiki-saude/doacao-e-transplante-de-orgaos-no-brasil/> [13-08-2013].

Revista Brasília, Brasil, 2010, disponível in <http://revista.brasil.gov.br/reportagens/brasil-tem-o-maior-sistema-publico-de-transplantes-do-mundo/brasil-tem-o-maior-sistema-publico-de-transplantes-do-mundo> [13-08-2013].