

**JNT - FACIT BUSINESS AND TECHNOLOGY  
JOURNAL ISSN: 2526-4281 - QUALIS B1**



**DECRETO Nº 9.175/2017 E A VIOLAÇÃO AO  
PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE  
NA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS E TECIDOS *POST  
MORTEM***

**DECREE No. 9.175/2017 AND THE  
VIOLATION OF THE PRINCIPLE OF  
AUTONOMY OF THE WILL IN THE  
DONATION OF ORGANS AND *POST MORTEM*  
TISSUES**

**Gabriel Sousa CARDOSO  
Faculdade Católica Dom Orione (FACDO)  
E-mail:  
gabrielsousacardoso@catolicaorione.edu.br**

**Sebastião Donizete S. JÚNIOR  
Faculdade Católica Dom Orione (FACDO)  
E-mail: sebastiaojunior@catolicaorione.edu.br**



## RESUMO

A partir das alterações implementadas pela lei nº 9.434 de 1997, que regulamentaram o transplante de órgãos no Brasil, distintas críticas contribuíram para uma regulamentação que versasse sobre a doação de órgãos *post mortem*. Tal regulamentação adveio com o Decreto nº 9.175/2017, a fim de que as dúvidas e falhas existentes na lei de transplantes nº 9.434/1997 fossem sanadas no que tange a doação de órgãos *post mortem*. Entretanto, o decreto regulamentar impôs requisitos para a realização do procedimento, sendo um deles o consentimento livre e esclarecido dos familiares do potencial doador para que o procedimento seja realizado, vindo a mitigar direitos inerentes ao doador como direitos da personalidade e a quebra do princípio da dignidade da pessoa humana. Diante disso, o decreto nº 9.175/2017, violou a autonomia da vontade do doador *post mortem*, o qual de forma obrigatória exige o consentimento livre e esclarecido dos familiares do disponente para permitir o processo de doação de órgãos *post mortem*. Portanto, há uma celeuma na regulamentação da matéria, notadamente quanto a violação da autonomia da vontade.

**Palavras-chave:** Autonomia da vontade. Doação de órgãos. Doação de órgãos *post mortem*. Decreto 9.175/2017.

## ABSTRACT

Based on the changes implemented by Law No. 9,434 of 1997, which regulated organ transplantation in Brazil, several criticisms contributed to a regulation dealing with post-mortem organ donation. Such regulation came with Decree No. 9,175/2017 so that the doubts and flaws existing in the transplant law No. 9,434/1997, could be remedied with regard to post-mortem organ donation. However, the regulatory decree imposed requirements for carrying out the procedure, one of them being the free and informed consent of the potential donor's family to carry out the procedure, mitigating the donor's inherent rights, such as personality rights and violation of the principle of dignity. of the human person. In view of this, Decree No. 9,175/2017 violated the autonomy of the will of the post-mortem donor, which obligatorily requires the free and informed consent of the donor's family members to allow the post-mortem organ donation process, therefore, there

is a stir in the regulation of matter. Notably with regard to the violation of the autonomy of the will.

**Keywords:** Autonomy of the will. Organ donation. Postmortem organ donation. Decree 9,175/2017.

## INTRODUÇÃO

O transplante de órgãos é um procedimento cirúrgico que consiste na reposição de um órgão ou tecido de uma pessoa enferma, por outro órgão ou tecido normal de um doador vivo ou morto, com o fito de salvar a vida deste que o receberá ou melhorar sua qualidade de vida. A partir de avanços biotecnológicos tal procedimento passou a se tornar uma realidade comum no campo medicinal, o qual vem demonstrando alto grau de êxito.

Atualmente, o procedimento de doação de órgãos está regulamentado pela lei n. 9.434/97. Tal legislação assegura à pessoa capaz, nos termos jurídicos, a possibilidade de dispor órgãos, tecidos e partes do corpo vivo com a finalidade de transplantar para cônjuges e parentes consanguíneos até o 4º grau. Deve-se observar que a lei acima supracitada contém o uso da palavra “vivo”, de maneira que este comando normativo é claro sobre a disposição do próprio corpo quando se trata de doador vivo.

Nesta linha, tal norma é receptiva no que tange ao exercício da autonomia da vontade. Entretanto, o dispositivo legal condiciona que o doador esteja vivo para que exerça o direito de dispor seu próprio corpo. Tal circunstância impossibilita o exercício da autonomia da vontade em caso de doador falecido, uma vez que com a evolução da medicina adveio a possibilidade da doação *post mortem*, o que evidenciou a deficiência normativa no que concerne ao exercício deste direito ao se referir ao doador falecido.

Diante disso, surgiu a necessidade de regulamentação da Lei nº 9.434/97, de maneira que foi sancionado o Decreto nº 9.175, em 18 de outubro de 2017, o qual versa especificamente sobre a disposição de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Além de dispor acerca da doação de órgãos *post mortem* o decreto foi o responsável por implementar o Sistema Nacional de Transplantes – SNT no Brasil.

O decreto regulamenta quando incidirá a doação de órgãos *post mortem* exigindo a presença dos seguintes requisitos: (a) depois de constatada a morte encefálica do doador; e (b) com o consentimento livre, expresso e esclarecido da família do doador. O artigo 20

deste decreto seria compreensível caso o legislador não tivesse inserido o termo “*somente*” ao comando legislativo. Esta redação alude que apenas será válida, juridicamente, a doação de órgãos mediante expressa autorização da família.

Assim, fica evidente que a vontade, autorização e manifestação do doador falecido enquanto vivo não foi respeitado pelo legislador, uma vez que a sua autorização ou manifestação de vontade anterior ao óbito não são levadas em consideração na decisão de escolha para a realização da doação. Logo, a utilização deste termo “*somente*” trazido pelo legislador viola princípios constitucionais e direitos fundamentais garantidos ao doador falecido.

Para tanto, esta obra está embasada em uma pesquisa bibliográfica. Utilizou-se o método hipotético-dedutivo, com o intuito de verificar se o princípio da autonomia da vontade, a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais do doador falecido foram violados com a promulgação do decreto, mormente a primazia da autonomia da vontade do doador após sua morte. A presente pesquisa, portanto, propõe-se a analisar as deficiências jurídicas advindas com a norma e por fim verificar as consequências e prejuízos sobrevidos com a sua aplicação.

## **A DOAÇÃO DE ÓRGÃOS *POST MORTEM* NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

A doação de órgãos *post mortem* consiste na remoção de órgãos ou de tecidos do corpo humano. Este procedimento é realizado após a morte encefálica, com o fito de transplantar o órgão ou tecido para outrem, a fim de propor ao receptor uma melhoria de bem estar e saúde ou até mesmo para assegurar a garantia de sua sobrevivência.

O ordenamento jurídico brasileiro comprova, com o passar dos anos, que se atentou aos avanços biotecnológicos relacionados à transplantação de órgãos e tecidos, notadamente visto pelas alterações legislativas implementadas no decorrer das fases históricas deste processo de transplantar órgãos e tecidos, desde o primeiro transplante realizado até os dias atuais como será abordado a seguir.

O primeiro transplante de órgãos no Brasil ocorreu no ano de 1964, no Hospital dos Servidores do Estado sediado na cidade do Rio de Janeiro. Tratava-se de um jovem receptor de 18 anos de idade, onde foi realizado um transplante renal. O jovem que realizava o procedimento de diálise peritoneal sofria de uma pielonefrite crônica. O

doador, por sua vez, foi uma criança de 09 meses de vida, falecida em decorrência de hidrocefalia.

É de grande validade ressaltar que durante alguns anos, devido à ausência de relatos e históricos científicos, discutiu-se sobre uma controvérsia em relação ao primeiro transplante de órgãos realizados no Brasil. Algumas fontes, de forma equivocada, atribuíram ao primeiro transplante um procedimento que foi realizado no ano de 1965 na cidade de São Paulo. Entretanto, essa publicação retifica este fato na história dos transplantes, uma vez que com base em históricos hospitalares e documentos, o primeiro caso de transplante de órgãos ocorreu no Brasil em 1964, no Rio de Janeiro.

Assim, a descrição específica deste procedimento é comprovada através de prontuário médicos e de históricos de registros que foram publicados recentemente em um artigo no Jornal Brasileiro de Transplantes, da Associação Brasileira de Transplante de Órgãos (ABTO), deste modo evidenciando a partir daí as evoluções legislativas abordadas a seguir.

A partir de 1963, a doação de órgãos *post mortem* sofreu uma série de alterações no ordenamento jurídico nacional, decorrente de leis e decretos. Contudo, debates e discussões acerca da autonomia da vontade do doador falecido perduram até os dias atuais.

A primeira lei que previu a retirada de órgãos e tecidos de uma pessoa falecida foi promulgada em 1968, a Lei nº 5.479, a qual trazia como condições: a manifestação da vontade do disponente (inciso I); devendo essa manifestação apresentar-se por instrumento público para disponentes relativamente incapazes ou analfabetos (inciso II); autorização por escrita de cônjuge, herdeiros ou corporações religiosas ou civis responsáveis pelo destino dos despojos (inciso III); ou, na ausência de responsável pelo cadáver, autorização da Diretoria da instituição onde ocorreu o óbito (inciso IV).

Verifica-se, então, que este dispositivo previa a autonomia da vontade ao doador em vida após o seu falecimento, apesar de requisitar a necessidade de uma documentação para o determinado caso do doador incapaz ou analfabeto. Logo, não estava presente nenhuma vedação a autonomia da vontade ao doador.

Em 1992, surgiu a Lei nº 8.489, a qual em seu artigo 3º previa a doação de órgãos e configurava como autorizada quando ainda em vida o doador manifestasse através de documento pessoal ou oficial a sua vontade. Em razão disso, houve um fortalecimento, na década de 90, a autonomia da vontade do doador.

Em 1990, o transplante tornou-se uma realidade. Com o objetivo de estimular a sociedade brasileira, o legislador verificou a necessidade de previsão sobre a importância de optar pela doação. Neste momento, foi positivada a autorização subentendida do disponente, ou seja, da aquiescência presumida de maneira forte do doador (LACERDA FILHO, 2017, p.114).

Neste sentido, foram sancionados os Decretos-Lei nº 1.531/1991 e nº 701/1995, os quais versavam sobre a escassez de doações no Brasil. Com o intuito de resolver esse problema, a legislação buscou atribuir ao Estado o direito de disponibilidade do corpo falecido e positivou esta vertente. Deste modo, a sociedade, em especial o setor médico, sofreram duras críticas no meio acadêmico. Embora a simultânea positivação da possibilidade de manifestação contrária à doação e o seu registro em documento de identidade oficial (art. 4º, §§ 1º-5º, redação original) as críticas e a desconfiança generalizada por parte da sociedade não cessaram por aí.

Mesmo que a lei determinasse a adoção a partir de um consentimento presumido, equipes médicas orientadas pelos seus próprios princípios éticos, “(...) adotou como praxe consultar a família sobre a retirada de órgãos e tecidos. Assim, ficou evidente que a sociedade adveio a militar de uma forma contrária ao consentimento presumido forte”, registrando em massa a opção de “não doador” em seus documentos (LACERDA FILHO, 2017, pp. 114-115).

Por fim, com a Medida Provisória nº 2.083-32/2001, convertida na Lei nº 10.211, de 23 de março de 2001, todos os parágrafos do art. 4º foram vetados e seu *caput* passou a vigorar de forma diversa, de modo que trouxe a adequação no sentido de que a retirada de tecidos e órgãos dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, por documento escrito e testemunhas relacionadas à verificação da morte do potencial doador.

De tal modo, de acordo com a atual conjuntura legislativa, é competência da família do disponente o ônus de escolha sobre a doação de órgãos e tecidos após a morte do doador falecido: é o chamado consentimento fraco (LACERDA FILHO, 2017, p.115). Assim sendo, visando a regulamentação da Lei nº 9.434, no ano de 2017 foi sancionado o Decreto nº 9.175, com o escopo de regulamentar a disposição de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e que também implementou o Sistema Nacional de Transplantes – SNT no país.

O decreto também dispõe sobre a doação e transplante de órgãos originários de corpos recentemente falecidos. A vontade do doador deixa de ser amparada juridicamente após a sua morte (MAYNARD et al, 2015, p. 129). Com isso, a partir de tamanha lacuna legislativa, surgem conflitos na hipótese da vontade autônoma do doador enquanto vivo e sua família de forma contrária após o seu falecimento, conforme será analisado a seguir.

## **DIREITOS SOBRE A DISPOSIÇÃO DO PRÓPRIO CORPO**

O direito de disposição sobre o próprio corpo é geralmente exercido nas modificações corporais como: piercings, tatuagens, *body modification*, entre outros. Trata-se de um direito personalíssimo composto por princípios jurídicos fundamentais, como o princípio da dignidade da pessoa humana e o da autonomia da vontade.

Assim, este direito tem sua origem no pensamento jusnaturalista racional, onde a deliberação livre do indivíduo, sua capacidade para analisar e julgar, deve estar em harmonia com as regras sociais nas quais se insere (LACERDA FILHO, 2017, p.111).

### **Direitos da Personalidade**

Os direitos da personalidade são, de fato, direitos subjetivos e inerentes à pessoa. Trata-se de direitos dirigidos pela noção de dignidade, efetivos ao desenvolvimento da pessoa humana. São direitos intransmissíveis, irrenunciáveis, extrapatrimoniais e vitalícios.

Tais direitos começam com a existência da pessoa humana e são protegidos pela norma contra lesões ou ameaças de lesões. Esta regulamentação possui origem na Constituição Federal e no Código Civil Brasileiro, notadamente no capítulo destinado aos direitos da personalidade. O artigo 13 do Código Civil veda o ato de dispor o próprio corpo quando implicar na diminuição estável da integridade física e também quando dela se contrariar os bons costumes. Já no parágrafo único do aludido artigo aborda que será admitido este ato para fins de transplante.

Partindo destas premissas, aferem-se limitações a este direito personalíssimo, pois só poderá ser exercido caso o ato não atinja as normas sociais, ou que, de forma alguma, venha a comprometer a integridade física do indivíduo. Logo, o direito de dispor o próprio corpo não se restringe à forma total do corpo em si, mas também protege as partes destacáveis, restauráveis, como a cabeça, órgãos e demais membros do corpo humano, assim como o cadáver, produzindo consideráveis efeitos jurídicos após a morte (BITTAR, 2015, p. 140).

É notória a evolução histórica em que o corpo deixou de ser um produto, o qual poderia ser instrumento de quitação de obrigação, e abdicou a velha noção romana da Lei das Doze Tábuas com o avanço da biotecnologia. Destarte, a partir do século XX, surge uma nova preocupação: normatizar limitações ou, ao menos, evitar abusos relacionados à vontade do indivíduo e à manipulação de material genético. Tal inquietação surge como resposta às atrocidades históricas documentadas, como as pesquisas com as células cancerígenas de Henrietta Lacks, cuja permissão para captação e estudos dessas células jamais foi dada (LACERDA FILHO, 2017, pp. 112-113).

Sintetizando a ideia, afirma o autor Pietro Perlingieri (2008, p. 114):

“A personalidade, portanto, não é um direito, mas sim, um valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente exigência mutável de tutela. Tais situações subjetivas não assumem necessariamente a forma do direito subjetivo e não devem fazer com que se perca de vista a unidade do valor envolvido. Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas”.

Dito isso, entende-se que a vontade individual aqui abordada está vinculada à proteção integral da dignidade da pessoa humana, devendo, portanto, ser considerada esta vontade, de modo a promover o livre desenvolvimento da personalidade, uma vez que esta não fora respeitada pelo legislador.

Assim sendo, o ordenamento jurídico assentua que o indivíduo é o titular de seu corpo e que, mesmo após a sua morte, poderá dar o fim que desejar ao seu cadáver. Não obstante, o que ocorre aqui é uma limitação deste direito a personalidade, já que o indivíduo não pode “servir à humanidade, após a morte, com utilização de órgãos ou de todo o seu organismo em prol de ajudar pessoas necessitadas de um transplante ou da pesquisa científica.” (MARTINS, 2003, p. 61).

Neste azo é que os direitos da personalidade se mostram irrenunciáveis, absolutos, intransmissíveis e com competência de produção de efeitos “*post mortem*” (LACERDA FILHO, 2017, p.112). Portanto, há de se fazer analogia na aplicação da doação de órgãos e tecidos, até mesmo na doação *post mortem*, entretanto, o que se verifica na atual conjuntura da legislação brasileira é uma mitigação deste direito, onde o exercício da vontade e da autonomia do potencial doador não é respeitado. Portanto é que a possibilidade do exercício deste direito deve ser interpretado à luz da Constituição Federal

de 1988, cujo pilar é o princípio da dignidade da pessoa humana que será abordado à frente.

### **Da Dignidade da Pessoa Humana**

O princípio da dignidade da pessoa humana pode ser definido como a garantia que o ser humano tem de ser respeitado em sua qualidade própria de titular de direitos e deveres, na individualidade e no coletivo. Ademais, é uma maneira de garantir também a não exposição a demais situações que sejam degradantes ou desumanas e que exponha em risco sua vida, saúde ou sua segurança (CUNHA JR, 2015, p. 560).

Igualmente, este princípio pode ser definido como uma espécie de qualidade, que seja intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito, o que também é esperado por parte do Estado e da comunidade. Neste sentido, trata-se de um complexo de direitos e deveres fundamentais que tutelem a pessoa de atos de cunho degradante ou desumano, garantindo-lhe condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar ao indivíduo a promoção de sua participação na sociedade de forma ativa e responsável no que tange aos destinos da própria existência e em comunhão com os demais sujeitos (SARLET, 2002).

Desse modo, procurando conceituar a essência deste princípio, Maria Celina Bodin de Moraes (2009), valeu-se dos preceitos filosóficos kantianos e chegou à seguinte conclusão sobre a essência do princípio da dignidade da pessoa humana, que pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele mesmo; ii) os merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é o titular; iii) que é dotado de uma vontade livre, de autodeterminação; iv) é também parte do grupo social em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginaliza.

Evidentemente, como afirma MAGALHÃES (2012, p. 151) este princípio é o “pilar de interpretação de todo o ordenamento jurídico brasileiro”, carecendo ser aplicado nas diversas demandas judiciais e na formulação, interpretação e aplicação da legislação infra.

Assim, a dignidade humana é um atributo da pessoa humana que deve ser observado pelos demais indivíduos e pelo Estado, uma vez que seus titulares se tratam de pessoas. Logo, os direitos da pessoa não podem ser desrespeitados e desiguados, sejam eles morais, físicos, econômicos, culturais, sociais ou éticos. Desta feita, cabe ao Estado assegurar que esses direitos sejam respeitados em sua totalidade.

Partindo destas premissas, é necessário o questionamento: o atual Sistema Nacional de Transplante venera o princípio da dignidade da pessoa humana, no tocante à doação de órgãos e tecidos *post mortem*?

Em verdade, a Lei de Transplantes permite o exercício do direito de dispor o próprio corpo garantindo ao doador o exercício da autonomia da vontade e o assegura a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana. Entretanto, o decreto nº 9.175/2017, por sua vez, cria um sistema de requisitos voltados para a efetivação da vontade do doador, o que, conseqüentemente, torna prejudicado o sucesso regular do processo de doação.

A autonomia da vontade do indivíduo tem base no princípio da dignidade da pessoa humana, porém o Decreto nº 9.175/2017 se trata de um comando legislativo sobre a doação de órgãos e tecidos, o que é prejudicado ao ser correlacionado com o princípio da dignidade da pessoa humana, pois o art. 1º da Lei nº 9.434/97 autoriza o indivíduo a dispor do próprio corpo, e, logo em seguida, em seu art. 4º, determina que a eventual doação *post mortem* seja efetivada, exclusivamente, após decisão dos familiares do falecido.

De forma analógica a este ato normativo, infringe o Decreto nº 9.175/2017, já que a norma atribui como requisito obrigatório para a doação de órgãos *post mortem* o consentimento livre e esclarecido dos familiares do doador de órgãos, verificando-se a inobservância acerca do princípio da dignidade da pessoa humana.

### **DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE NA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS *POST MORTEM***

O princípio da autonomia da vontade versa sobre os indivíduos na medida de sua capacidade jurídica, isto é, capacidade de praticar atos e adotar obrigações impostas de acordo com a sua vontade e poder de escolha. A origem deste princípio está vinculada aos ideais iluministas surgidos no século VIII, cujo foco era o indivíduo, “*liberté e igitalité*”, pregadas pela Revolução Francesa.

Desse modo, em relação à aplicabilidade deste princípio na legislação brasileira, o princípio da autonomia da vontade retrata a capacidade que o indivíduo tem para deliberar livremente, baseando-se em convicções pessoais, produzindo efeitos jurídicos com tais deliberações (RODRIGUES JÚNIOR, 2004, p.118).

Entretanto, é notório que no ordenamento jurídico brasileiro há desobediência à autonomia da vontade do doador de órgãos, tecidos e parte do corpo humano na doação

*post mortem*. Verifica-se que a legislação brasileira optou por tutelar a autonomia dos familiares sobre uma vontade de escolha do doador e não a sua autonomia. Fica visível esta violação ao verificar a norma nos arts. 17 e 20 do referido decreto, pois ambos aduzem que, para a realização da doação de órgãos, é necessária a presença de dois requisitos, quais sejam: morte encefálica do disponente e o consentimento expresso, livre e esclarecido de sua família.

Assim, apesar de a legislação brasileira buscar observar o princípio da boa-fé e com base em leis históricas, esteja procurando o bem maior para a sociedade, acabou por não respeitar a autonomia do doador e limitou um direito fundamental do doador de órgãos.

O decreto vigente, portanto, visa não obter a pretensão de uma doação presumida que acabou por gerar críticas na década de 1990, porém incidiu em uma lide que é o amparo jurídico em relação à manifestação de vontade do disponente. Há uma prevalência da centralidade da decisão familiar, na previsível hipótese de um confronto entre uma manifestação de vontade do doador e a vontade da própria família (MAYNARD et al, 2015, p. 129).

### **Da Manifestação do Disponente em Vida**

A autonomia da vontade é expressa através de várias diretivas relacionadas à vontade do indivíduo. Tal elemento jurídico trata acerca da possibilidade de exercer a vontade para escolher tratamentos e/ou procedimentos que possam ser adotados quando instaurado o processo de fim da vida, conforme preconiza o entendimento de Meirelles Silva (2017, p.721). Contudo, o documento não pode ser utilizado como autorização para a doação *post mortem*, pois choca com uma legislação específica (MAYNARD et al, 2015, p. 135).

Neste sentido, o Direito Civil mitiga o direito à autonomia do *de cuius*, transferindo-o, na sua integralidade, aos familiares do disponente. A Bioética realiza questionamentos como: “é correto que o direito personalíssimo do disponente não seja reconhecido?” “A vontade do disponente manifestada em vida evita-se qual mal?” “É mais benéfico que este direito não seja reconhecido em vida para a sociedade?”.

Tais questões jurídico-filosóficas concernentes à doação de órgãos *post mortem* baseiam-se na Bioética, uma disciplina que busca trilhar os caminhos para responder questões éticas do direito diante deste equívoco legislativo, de modo a seguir e guiar a

normativa legislativa, o que não ocorreu com a Lei de Transplantes e tampouco com o referido Decreto nº 9.175/2017, ao qual este artigo se estuda.

### **Do Requisito do Consentimento dos Familiares na Doação de Órgãos *Post Mortem***

A ética médica segue um padrão, fruto dos costumes, como força da normativa imposta pela Resolução CFM 1.995/2012, a qual preconiza que para o procedimento de doação de órgãos seja feita a consulta dos familiares do disponente quando o enfermo não tiver condições de manifestar a sua vontade. Assim, entende-se que, na eventualidade de uma omissão em vida do potencial doador a respeito dos seus desejos de doar ou não seus órgãos, recairá sobre a sua família tal escolha.

Dito isso, é necessário que haja uma interpretação acerca do sistema constitucional como um todo para que as normativas jurídicas infraconstitucionais efetivamente apliquem a lógica expressa no topo normativo do país, ou seja, na Carta Magna (DANTAS, 2008, p. 78).

É evidente que os direitos constitucionais do disponente devem ser garantidos e devem ter eficácia preservada após o seu falecimento. É mínima a possibilidade de se aproximar a população ao tema da doação de órgãos na modalidade *post mortem* sem assegurar a eles a transparência, eficácia, ato e o procedimento a ser realizado. Torna-se impossível garantir de forma plena o direito à autonomia da vontade do doador assegurado sem ficar a população ciente de sua eficácia após a morte da pessoa natural.

Portanto, é perceptível, diante da situação, a necessidade de readequação da norma legislativa específica a fim de garantir a sua eficácia legal, para que haja, assim, o esperado alargamento do Sistema Nacional de Transplantes e aumento no número de doações e transplantes, de modo que seja abarcado de acordo com a necessidade e a urgência que há no Brasil, garantindo a autonomia da vontade do doador e mitigando os conflitos diante da problemática estudada por este artigo.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O ato de dispor o próprio corpo com o objetivo de proporcionar o prosseguimento de uma vida é um processo delicado e que pode gerar diversas complicações emocionais e traumáticas, tanto ao doador como para a sua família. Por isso, tal escolha deve ter caráter

personalíssimo, cabendo ao próprio doador optar pela doação ou rejeitá-la, seja na doação de órgãos e tecidos de intervivos ou na doação *post mortem*.

O doador possui base principiológica ao ter o poder de escolha diante desta decisão, uma vez que lhe é assegurada em texto legal o princípio da autonomia da vontade, que fundamenta o direito da pessoa humana de decidir sobre a disposição do seu próprio corpo. Ademais, tal decisão também tem a dignidade da pessoa humana como princípio norteador previsto na carta magna brasileira, de modo que a violação deste direito de escolha do disponente implica na violação à dignidade humana do doador.

A Lei nº 9.434/1997 é destinada para a regulamentação da doação de órgãos no Brasil, juntamente com o decreto de nº 9.175/2017. Todavia, na busca por regulamentar a doação de órgãos e tecidos *post mortem* adveio como requisito para esta doação a anuência dos familiares e seu cônjuge ou companheiro, ou parente consanguíneo de maior idade e juridicamente capaz, na linha reta ou colateral, até o segundo grau com previsão legal nesse decreto, o que acabou por gerar a violação de princípios já citados.

Apesar do apoio da mídia e demais campanhas no sentido de demonstrar a importância da doação de órgãos *post mortem*, verifica-se uma resistência por parte dos familiares do doador, mesmo que ocorra a regulamentação quanto à devolução do cadáver, entre outros fatores que acabam por mitigar a doação de órgãos.

Outro fator é o aumento nos casos de tráfico de órgãos, o que implica na diminuição das taxas de consentimento dos familiares para a doação dos órgãos de seus entes falecidos. Devido ao receio e desconhecimento em relação ao processo de doação, muitos tendem a não anuir com a vontade do doador manifestada em vida, o que resulta em uma significativa perda para o transplante de órgãos, afetando inúmeros indivíduos que necessitam desse transplante. Sabe-se que inúmeros receptores aguardam por doação de órgãos, à espera do transplante, seja para o seu melhor estado de vida ou até mesmo para a sua própria sobrevivência.

Destarte, o que se nota é que o aludido decreto nº 9.175/2017 foi sancionado a fim de ratificar a lei que rege sobre transplantes no Brasil, porém acabou por violar o direito de autonomia do doador ao transferi-lo de forma coercitiva aos seus familiares ou cônjuge, o que veio a violar princípios constitucionais uma vez que se trata de um direito personalíssimo.

Por fim, mediante o exposto, conclui-se que o Decreto nº 9.175/2017 violou o direito de autonomia do doador *post mortem*, já que a vontade do doador manifestada em

vida não é levada em consideração após a sua morte. Assim, por conseguinte, há violação de direitos fundamentais e princípios basilares constitucionais que não se encerram com o fim da vida de um indivíduo.

Diante do exposto, conclui-se que o Decreto nº 9.175/2017 deve ser retificado, em seu artigo 20, para conferir validade a eventual declaração expressa deixada pelo doador, respeitando, assim, a autonomia da vontade da pessoa humana, notadamente do doador de órgãos. Desta forma, em havendo a retificação do texto legal, o consentimento livre e esclarecido da família do falecido somente será exigido nos casos de inexistência de declaração expressa deixada pelo falecido.

## REFERÊNCIAS

- BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo, Saraiva, 2015.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Na Medida da Pessoa Humana: Estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Salvador: Juspodivm. 2015.
- DANTAS, Ivo. Constituição e Bioética (breves e curtas notas). In: SARLET, Ingo Wolfgang;
- LEITE, George Salomão (organizadores). **Direitos Fundamentais e Biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008.
- LACERDA FILHO, 1º ed. São Paulo: **Foco Jurídico**, 2017, p. 111-115.
- MAYNARD, L.; LIMA, I. M.; LIMA, Y.; COSTA, E. Os Conflitos do Consentimento Acerca da Doação de Órgãos Post Mortem no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**, v. 16, n. 3, p.122-144, 30 dez. 2015. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/111657>. Acesso em: 10 set. 2018.
- MAGALHÃES, Leslei dos Anjos. **O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida**. São Paulo: Saraiva. 2012.
- MARTINS-COSTA, Judith. Pessoa, personalidade, dignidade. São Paulo: **Tese de livre docência em Direito Civil apresentada à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, 2003. (Monografia não publicada).
- MEIRELLES, Ana Thereza; SILVA, Mônica Neves Aguiar da. Prática médica e diretivas antecipadas de vontade: uma análise ético-jurídica da conformação harmônica entre os pressupostos autonomia e alteridade. **Revista Jurídica Cesumar**. set/dez 2017, v. 17, n. 3, p.715-739. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/5686>. Acesso em: 30 abril 2019.
- Gabriel Sousa CARDOSO; Sebastião Donizete S. JÚNIOR. **DECRETO Nº 9.175/2017 E A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE NA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS E TECIDOS POST MORTEM**. JNT- Facit Business and Technology Journal. QUALIS B1. AGOSTO-OUTUBRO/2022. Ed. 39. Vol. 2. Págs. 218-231. ISSN: 2526-4281 <http://revistas.faculadefacit.edu.br>. E-mail: [jnt@faculadefacit.edu.br](mailto:jnt@faculadefacit.edu.br).

MEIRELLES, Ana Thereza; MAGALHÃES, Lara Fernanda Souza. O consentimento da família como condição limitadora da autonomia do doador no transplante post mortem. **Revista Direitos Fundamentais e Alteridade**, v. 2, n. 1, p.27-48. 2018. Disponível em: <https://cadernosdoceas.ucsal.br/index.php/direitosfundamentaisalteridade/article/view/495/0>. Acesso em: 30 mar. 2019.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar: 2008.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pósmodernidade. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 41, n. 163 jul./set. 2004, p.113-130. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/982/R163-08.pdf?sequence=4>. Acesso em: 24 nov. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2002. Disponível em: [https://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao\\_agosto2001/corpodiscente/graduacao/principios.htm#:~:text=O%20princ%C3%ADpio%20da%20autonomia%20da,acordo%20com%20a%20sua%20vontade](https://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_agosto2001/corpodiscente/graduacao/principios.htm#:~:text=O%20princ%C3%ADpio%20da%20autonomia%20da,acordo%20com%20a%20sua%20vontade). Acesso em 22 jun-2022.