



Revista Brasileira de Bioética

**Héverton Barbosa de Freitas**

Centro Universitário das Faculdades  
Associadas de Ensino - UNIFAE, São  
João da Boa Vista, SP, Brasil  
hevertonbarbosa@hotmail.com

**Adriana Rodrigues dos Anjos  
Mendonça**

Universidade do Vale do Sapucaí,  
Pouso Alegre, MG, Brasil  
drijar@hotmail.com

**Rafael Lazzarotto Simioni**

Universidade do Vale do Sapucaí,  
Pouso Alegre, MG, Brasil  
simioni2010@gmail.com

**Antonio Marcos Coldibelli  
Francisco**

Universidade do Vale do Sapucaí,  
Pouso Alegre, MG, Brasil  
antoniomarcos@univas.edu.br

**O cadáver humano: direito de  
autodeterminação e disposição dos próprios  
órgãos e tecidos para transplantes *post  
mortem***

*The human corpse: right of self-determination and disposition of  
organs and tissues for post-mortem transplants*

**Resumo:** A doação órgãos, principalmente, *post mortem*, envolvem conflitos de natureza bioética e jurídica acerca da manifestação da vontade em vida pela pessoa falecida e a decisão final da família. O presente trabalho propõe-se a analisar as peculiaridades normativas no campo jurídico e no campo bioético acerca da doação de órgãos para transplantes. Para tanto, analisa-se a natureza jurídica do direito ao cadáver humano, seu sujeito ativo, evolução normativa brasileira sobre doação de órgãos para transplantes, a normatização dos atos de disposição do próprio corpo para após a morte no ordenamento brasileiro, em contraposição à situação específica da doação de órgãos *post mortem* para transplantes. Também reflete-se sobre a doutrina da bioética da permissão e sua (in)aplicabilidade no consentimento para doação de órgãos pelos familiares da pessoa falecida. Conclui-se pela pertinência de ajustes na legislação, para conferir meios de que a vontade pessoal tenha maior efetividade na decisão sobre o consentimento ou não para doação pós morte de órgãos para transplantes.

**Palavras-chave:** Bioética. Obtenção de tecidos e órgãos. Autonomia pessoal.

**Abstract:** Organ donation, mainly *post mortem*, involves conflicts of a bioethical and legal nature regarding the manifestation of the will in life by the deceased person and the family's final decision. The present work aims to analyze the normative peculiarities in the legal and bioethical field about organ donation for transplants. The legal nature of the right to the human corpse, its active subject, the Brazilian normative evolution on organ donation for transplantation, and the normalization of the body's own disposition acts after death in the Brazilian order, in contrast to the specific situation of post-mortem organ donation for transplants, are analyzed. Next, the bioethics doctrine of permission and its (in) applicability in consenting to organ donation by the family members of the deceased person is considered. It is concluded that there are pertinent adjustments to the legislation to provide means for personal will to be more effective in deciding whether or not to consent for organ transplant donation.

**Keywords:** Bioethics. Tissue and organ procurement. Personal autonomy.

## Introdução

O desenvolvimento das técnicas de transplantes de órgãos, em especial a utilização de órgãos obtidos de doadores falecidos, na segunda metade do século XX, foi um fato histórico de enorme importância na bioética e no biodireito, a ponto de ensejar a mudança do critério considerado definidor da morte de uma pessoa: abandonou-se o critério da parada da atividade cardiorrespiratória, que vigorou durante milênios, e passou-se a adotar o critério da morte encefálica (Becchi, 2014).

Nesse contexto, surgiram inúmeros problemas bioéticos envolvendo os transplantes de órgãos humanos, principalmente quanto ao consentimento para a doação de órgãos de um doador falecido (Sá, 2003).

O ordenamento jurídico dos diversos países passou a regulamentar a doação e a retirada de órgãos e tecidos de doadores falecidos para a prática de transplantes, que é um dos aspectos a serem considerados no âmbito do chamado direito ao cadáver humano. No Brasil isso não foi diferente, já tendo havido uma série de legislações a respeito desde a década de 1960, até chegar na Lei 9.434, de 04 de fevereiro de 1997, que é a Lei de Transplantes atualmente vigente no país (Brasil, 1997).

Percebe-se, como será discutido adiante, que a atual Lei de Transplantes adota uma posição a respeito da liberdade de dispor do próprio corpo após a morte que é distinta da posição adotada em outros textos normativos que cuidam de outros aspectos do direito ao cadáver. É que o texto atual da Lei de Transplantes, a partir das alterações introduzidas pela Lei 10.211, de 23 de março de 2001 (Brasil, 2001), confere o poder de decisão (sobre doar ou não doar os órgãos para transplantes) exclusivamente à família do falecido, sem deixar um espaço - como ocorre em outros textos normativos - para o direito de autodeterminação do próprio indivíduo fazer valer sua vontade ao indicar a destinação que deseja que seja dada a seu cadáver, após sua morte.

O presente trabalho tem por objetivo analisar as peculiaridades normativas no campo jurídico e no campo bioético acerca da doação de órgãos para transplantes, a fim de verificar se são adequados os tratamentos distintos estabelecidos no Brasil para a doação de órgãos e tecidos post mortem para transplantes, em comparação com outras normas jurídicas que cuidam de outros aspectos do direito ao cadáver (e que asseguram ao próprio indivíduo o direito de autodeterminação).

Para tanto, será analisado o direito ao cadáver em termos de seu conteúdo, sua natureza jurídica, seu sujeito passivo e seus sujeitos ativos; será feita uma recordação do histórico das legislações brasileiras sobre transplantes de órgãos, principalmente no que tange à autorização para a doação de órgãos do doador falecido; será analisado o direito de autodeterminação conferido ao indivíduo para projetar sua vontade para momentos futuros, quando já não poderá mais manifestar-se; e, por fim, será discutida, em uma perspectiva bioética, a posição adotada na Lei de Transplantes, ponderando se é ou não adequado o tratamento conferido no Brasil quanto ao direito ao cadáver, no que tange especificamente à doação post mortem de órgãos para transplantes.

### **O *status* jurídico do cadáver humano, a natureza jurídica do direito ao cadáver humano e seu sujeito passivo.**

Por certo que o cadáver humano não é sujeito de direitos, porém mantém dignidade a ser ética e juridicamente protegida. Sendo claro que a pessoa, e, portanto, a personalidade jurídica da pessoa natural, termina com a morte (Brasil, 2002), tampouco pode-se dizer que o corpo humano morto seja apenas coisa, (nem mesmo sob a ressalva de que seria coisa *extra commercium*, ou fora do comércio), pois é *res humana*, justamente em função de sua dignidade. O cadáver humano tem natureza de direito pessoal, segundo Bertonecelo e Pereira (2014).

O direito ao cadáver corresponde a “um direito privado não patrimonial de dar destinação final ao corpo morto” (Tronco, 2017, p71). Desta forma, insere-se, portanto, entre os direitos da personalidade (Bertonecelo e Pereira, 2014). Ainda que a personalidade jurídica tenha fim com a morte, os direitos da personalidade prorrogam-se para além da morte, posto que decorrem da dignidade da pessoa humana (Fachin e Pianovski, 2008).

Assim sendo, na condição de direito da personalidade, o direito ao cadáver distingue-se das normas sanitárias de direito público (e ao mesmo tempo por elas é delimitado) concernentes por exemplo, ao local admissível para sepultamento e possibilidade de cremação (Tronco, 2017). O direito ao cadáver engloba duas vertentes: uma chamada direito de exéquias (escolhas acerca do modo a ser feito o sepultamento, desde que não contrárias à moral), e outra, o direito à disposição, ou seja, à autorização para utilização do cadáver, como um todo ou em parte, em favor de terceiros,

para fins terapêuticos ou altruístas. A decisão sobre doação ou não dos órgãos e tecidos *post mortem*, para transplantes, insere-se no contexto deste segundo aspecto do direito ao cadáver.

Sendo o direito ao cadáver um direito da personalidade, o sujeito passivo dele não é determinado, o que significa que deve ser respeitado pela generalidade dos indivíduos. Portanto, tem caráter *erga omnes*, podendo ser reivindicado perante toda a coletividade. (Tronco, 2017).

### **Quem decide pelos destinos do cadáver (sujeito ativo do direito ao cadáver)**

Em tese, três agentes podem reivindicar o poder de decidir qual será a destinação final do corpo morto, e em diferentes circunstâncias são ou (já foram) considerados como o sujeito ativo, isto é, o titular do direito ao cadáver: O Estado, a família, e o próprio sujeito enquanto vivo. A titularidade por cada um destes agentes será analisada a seguir.

A alegação que caberia ao Estado definir os destinos do cadáver se alicerça no princípio da supremacia do interesse público. Tem cunho nitidamente utilitarista, e serve de base, no caso da doação de órgãos para transplantes, para instituição da doação presumida. No regime de doação presumida, que é predominante no continente europeu e que foi esboçada no Brasil por curto período no passado, assume-se que, na falta de manifestação expressa em contrário, todo indivíduo seria considerado doador de órgãos para fins legais (Tronco, 2017). A figura da doação presumida, contudo, esbarra no reconhecimento da autonomia privada, que deve ser aplicada ao biodireito em um Estado Democrático de Direito (Moureira, 2008).

Outro agente reivindicador do direito ao cadáver é a família da pessoa falecida, sob a fundamentação de ter amparo nos sentimentos e nos laços de afeto que ligavam os parentes à pessoa que morreu, além de uma suposta coincidência de valores morais entre os familiares e a pessoa que faleceu. É justamente com base nesse entendimento que o texto atual da Lei de Transplantes optou pelo consentimento dado pelos familiares, com o potencial doador já falecido, para a doação de órgãos e tecidos (Schirmer e Roza, 2008).

Além disso, de fato, entende-se que em qualquer situação os familiares têm ao menos um direito de cuidado, um direito de custódia sobre o cadáver, ou seja, à

família compete o direito de fiscalizar se o cadáver está sendo dignamente tratado (Tronco, 2017).

Por vezes, contudo, o direito da família ao corpo do ente falecido pode ser confrontado com outro interesse, qual seja, o do próprio indivíduo (Teixeira e Konder, 2010). Embora este não seja mais titular de direitos, visto que extinta, com a morte, sua personalidade jurídica, a pessoa falecida ainda tem alguns atributos de sua extinta personalidade surtindo efeitos no mundo jurídico (Tronco, 2017). Neste sentido, o titular do direito ao cadáver pode ser a própria pessoa, antes de morrer. É o reflexo da autonomia da pessoa, persistindo por meio de manifestações de vontade realizadas em vida.

De fato, diferentemente da Lei de Transplantes, certos dispositivos do Código Civil brasileiro (Brasil, 2002) reconhecem a projeção *post mortem* do direito de autodeterminação, amparando os direitos da personalidade do indivíduo e protegendo sua vontade mesmo após seu falecimento (Soares e Bastos, 2015), como será visto adiante.

## **Histórico das legislações brasileiras sobre a doação de órgãos para transplantes**

No Brasil, a primeira lei federal sobre os transplantes de órgãos humanos foi a Lei 4.280, de 06 de novembro de 1963 (Teixeira e Konder, 2010). Ela não previa ainda a possibilidade de doação intervivos, e continha várias expressões de conotação negativa, como “extirpação”, além de não expressar taxativa que a doação deveria ser gratuita (Brasil, 1963). Quanto à competência para autorizar a doação, esta recaía, em primeiro lugar, na própria pessoa do doador, sendo estipulada a forma escrita para conferir validade à manifestação prévia de vontade da pessoa falecida. Somente no caso de inexistência de autorização escrita da pessoa falecida a família era consultada e poderia optar por recusar a retirada dos órgãos do falecido (Pimentel, Sarsur e Dadalto, 2018).

Após menos de cinco anos de sua edição, a Lei 4.280, de 06 de novembro de 1963, foi substituída pela Lei 5.479, de 10 de agosto de 1968. Com esta, passou a ser prevista a doação intervivos, bem como ficou expressa a gratuidade da doação (Brasil, 1968). A doação poderia partir tanto da manifestação expressa da vontade do disponente quanto da autorização escrita dos familiares, bastando que ou um ou outro consentisse para que a doação fosse viabilizada (Teixeira e Konder, 2010).

Em 1988, o Constituinte optou por inserir na Carta Magna diretrizes programáticas sobre transplantes de órgãos. Assim a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 199 § 4º, estabeleceu que uma lei iria dispor “sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, (...) sendo vedado todo tipo de comercialização” (Brasil, 1988).

A Lei 8.489, de 18 de novembro de 1992, foi criada segundo tais preceitos constitucionais. Adotava a morte encefálica, parâmetro consagrado pela medicina, como critério para o momento em que a doação seria autorizada. Quanto ao procedimento para a doação, voltava ao modelo da primeira legislação, de 1963: a doação seria efetivada se houvesse prévia manifestação escrita do disponente, ou se a família, quando consultada, e isso só ocorria na ausência da manifestação em vida do disponente, não se opusesse expressamente à doação (Brasil, 1992).

Ainda na década de 1990 a legislação foi alterada, com o advento da Lei 9.434, de 04 de fevereiro de 1997, criando um Sistema Nacional de Transplantes e uma fila única de receptores. Dentre as inovações, porém, a mais polêmica foi a assunção da doação presumida: com o intuito de combater a escassez de órgãos, “ampliar o número de doações e reduzir as filas para transplantes, a lei introduziu a doação presumida de órgãos *post mortem*, isto é, a resolução de que brasileiros que não houvessem se manifestado de forma contrária à doação fossem considerados doadores” (Pimentel, Sarsur e Dadalto, 2018, p532).

A despeito das intenções do legislador, a figura da doação presumida não foi bem recebida pela população brasileira. Em meio a alegações de afronta à autodeterminação, de interferência exagerada na esfera privada, e desconfianças com relação ao critério de morte encefálica, além de desinformação da população para uma manifestação consciente de vontade (Teixeira e Konder, 2010), o índice de recusas à doação cresceu, gerando uma corrida para confecção de documentos de identidade que expressassem a condição de não-doador de órgãos. Diante deste quadro, logo o poder executivo editou a medida provisória 1718-1/1998 (com reedições, e posteriormente a medida provisória 1959-27/2000, também com reedições), que abandonava a doação presumida, retomando o consentimento expresso do doador como condição para a doação. Na ausência de manifestação de vontade do potencial doador, a família era chamada, a decidir pela doação ou não dos órgãos e tecidos para transplantes (Pimentel, Sarsur e Dadalto, 2018).

Com a edição da Lei 10.211, de 23 de março de 2001, o art. 4º da Lei 9.434, de 04 de fevereiro de 1997 foi alterado, “determinando a família como responsável pela decisão de doar ou não os órgãos do falecido. [...] (A) nova lei retirou o amparo jurídico da manifestação da vontade do doador, pois, mesmo havendo o desejo expresso, a resolução da família sobressairia” (Pimentel, Sarsur e Dadalto, 2018, p 532).

Chama a atenção o fato de que o texto originalmente aprovado pelo Congresso na votação da Lei 10.211, de 23 de março de 2001 contemplava a possibilidade de autodeterminação individual, pois previa um parágrafo único ao art. 4º que dizia: “Parágrafo único. A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas poderá ser realizada a partir de registro feito em vida, pelo de cujus, nos termos do regulamento”. Porém, este parágrafo único foi vetado pela Presidência da República, após manifestação do Ministério da Saúde, sob alegação de que

A inserção deste parágrafo induz o entendimento que, uma vez o potencial doador tenha registrado em vida a vontade de doação de órgãos, esta manifestação em si só seria suficiente como autorização para a retirada dos órgãos. Isto além de contrariar o disposto no caput do art. 4º – a autorização familiar, contraria a prática da totalidade das equipes transplantadoras do País, que sempre consultam os familiares (mesmo na existência de documento com manifestação positiva de vontade do potencial doador) e somente retiram os órgãos se estes, formalmente, autorizarem a doação. (Lei 10.211, de 23 de março de 2001, mensagem de veto)

Assim, na esteira das insatisfações provenientes da tentativa de introdução da doação presumida no Brasil, perdeu-se a possibilidade de autodeterminação para doação *post mortem* dos próprios órgãos para transplantes, recaindo o poder de decisão sobre a decisão sobre doação ou não dos órgãos apenas para os familiares da pessoa falecida.

## **Autodeterminação nos atos de disposição do próprio corpo para após a morte no ordenamento jurídico brasileiro.**

Em sentido diametralmente oposto à redação atual da Lei de Transplantes com a modificação introduzida em 2001, o Código Civil de 2002 confere, em primeiro lugar, ao próprio indivíduo a titularidade do direito a seu cadáver, pois trouxe normas que asseguram alguma projeção, para depois da morte, ao direito de autodeterminação individual.

É o caso do art. 14, em meio ao capítulo que trata dos direitos da personalidade, que afirma: “Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte. Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo” (Brasil, 2002).

Veja-se, pois, que a disposição do próprio corpo para fins de ensino ou pesquisa não passa pelo crivo dos familiares. Aliás, como notam Bertoncelo e Pereira (2009), não podem os parentes, por vontade deles e não do morto, entregar o cadáver a instituto científico ou de ensino. Nitidamente, é lógica diametralmente oposta à adotada na Lei de Transplantes vigente.

Também quando cuida das sucessões, o Código Civil concedeu ao sujeito a projeção *post mortem* de seus direitos da personalidade: “Art. 1857, § 2: São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado”. Isso demonstra que o testamento não serve “apenas para expressar vontade relacionada ao patrimônio material do falecido, mas sobretudo, é um meio de proteção de interesses mais relevantes da pessoa humana, relacionada aos seus atributos imateriais, que são vinculados à identidade e honra” (Soares e Bastos, 2015, p 203).

No mesmo diapasão, tem se construído o entendimento acerca das diretivas antecipadas de vontade ou testamento vital. Trata-se de manifestações unilaterais de vontade, nas quais as disposições não têm por objetivo propriamente traçar efeitos posteriores à morte, mas sim a prévia deliberação sobre os cuidados e tratamentos de saúde que serão aplicados ou que serão evitados, quando o sujeito não mais puder exprimir sua vontade, em razão de doença em estágio terminal (Teixeira e Konder, 2010). A Resolução 1.995, de 31 de agosto de 2012 do Conselho Federal de Medicina, que cuida das diretivas antecipadas de vontade, afirma que elas prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares (CFM, 2012). Ou seja, como mencionam Pimentel, Sarsur e Dadalto (2018, p533), a “família só passa a dispor do poder de decisão sobre o tratamento do paciente caso este nunca tenha manifestado sua vontade, quando, já impossibilitado de manifestá-la, está com doença incurável”.

Todos estes textos normativos do século atual colocam o direito de autodeterminação individual como preponderante em relação à vontade da família, a qual só é chamada, de forma subsidiária, a suprir a vontade do indivíduo quando este não a tiver previamente manifestado.



## **A situação específica da doação de órgãos post mortem para transplantes**

Nota-se, pois, que o entendimento quanto à titularidade do direito ao cadáver adotado na Lei de Transplantes é divergente daquele adotado no Código Civil. Trata-se de antinomia de segunda ordem, e não apenas de antinomia aparente: a norma mais específica, a Lei de Transplantes, é a mais antiga, enquanto a norma geral, o Código Civil, é a mais recente.

A despeito da opinião de alguns doutrinadores (Gozzo e Moinhos, 2014; Teixeira e Konder 2010), de que a doação de órgãos para transplantes seria um tipo de finalidade altruísta, e uma vez que os indivíduos têm o direito de autodeterminação na disposição do próprio corpo com finalidades altruísticas para depois da morte assegurado no art. 14 do Código Civil, o que em tese prevaleceria sobre a necessidade de autorização pelos familiares preceituada no art. 4º da Lei de Transplantes, o fato é que a parte penal da Lei de Transplantes afasta a possibilidade deste tipo de interpretação, posto que tipificou como crime “a remoção de tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa viva ou cadáver em desacordo com as disposições legais da própria lei de transplantes, sendo aplicável aos agentes que atuam diretamente na cirurgia de remoção” (Benedetti, 2014, p 190).

Ou seja, mesmo que existam documentos ou outras provas de outro tipo, comprobatórias de que a vontade em vida do doador falecido era favorável à doação, a equipe de transplantes precisa ater-se apenas ao que expressarem os familiares, sob pena de ser criminalmente punida se não for suprida a formalização do consentimento dos familiares como determinado do artigo 4º da Lei 9.434, de 04 de fevereiro de 1997.

Portanto, em face da redação atual da Lei de Transplantes, não há espaço para a concretização da autonomia individual favorável à doação dos próprios órgãos para transplantes se não houver anuência de seus familiares após a morte do indivíduo, ou vice-versa – desejo de que não haja doação, por parte do falecido, e efetiva recusa por parte da família (Pimentel, Sarsur e Dadalto, 2018).

## **A bioética da permissão e os estranhos morais**

O problema do consentimento para a doação *post mortem* de órgãos e tecidos para transplantes (mais especificamente o problema de possíveis divergências entre

a vontade dos familiares e a vontade da pessoa falecida) remete, de forma direta, à doutrina da bioética da permissão de H. Tristram Engelhardt Jr.

H. Tristram Engelhardt foi um bioeticista norte-americano (1941-2018), que propôs uma postura procedimental para o manejo de conflitos bioéticos (Lolas, 2005). Trata-se de uma proposta ética mínima para uma sociedade pluralista secular pacífica (Madrid, 2014, p. 442).

Para doutrina da Bioética da permissão (Engelhardt, 2015, p. 104), ações envolvendo os outros, em uma sociedade pluralista secular, só têm autoridade moral se houver permissão ou consentimento. Eis o corolário do princípio do consentimento: “a autoridade para ações envolvendo os outros em uma sociedade pluralista secular é derivada de sua permissão” (Engelhardt, 2015, p. 158).

O ponto de partida de Engelhardt é a constatação da inegável diversidade moral das sociedades pós-modernas atuais, aliada ao ceticismo diante das possibilidades da racionalidade humana em estabelecer uma ética universal com conteúdo concreto (Ferrer e Álvares, 2005).

Engelhardt reconhece a existência de comunidades concretas, dentro das quais as pessoas praticam virtudes e compartilham vidas morais coerentes. Entretanto, a proposta do bioeticista texano é voltada para cidadãos que precisam conviver, fora ou além de suas comunidades concretas, na sociedade pós-moderna - sociedade esta eminentemente pluralista e desprovida de uma visão compartilhada de vida boa (Ferrer e Álvares, 2005).

Destaque-se aqui a clara distinção feita por Engelhardt entre os conceitos de comunidade e de sociedade (Ferrer e Álvares, 2005, p. 204). As comunidades correspondem a grupos de seres humanos unidos por tradições morais comuns ou por práticas decorrentes de uma concepção compartilhada do que seja uma vida boa. A sociedade, ao contrário, corresponde a uma associação que inclui indivíduos pertencentes a diferentes comunidades morais, podendo ou não perseguir fins e interesses comuns.

Nesse contexto, Engelhardt (2015, p. 116) traz os conceitos de “amigos morais” e “estranhos morais”. Somente nas comunidades de amigos morais há orientação moral concreta, nelas os indivíduos aprendem o que devem ou não fazer, nelas são construídos os valores e o significado da vida e da morte.

Como explicam Ferrer e Álvares (2005), para Engelhardt, amigos morais são as pessoas que compartilham suficientes elementos morais concretos capazes de solucionar suas diferenças, seja por meio de argumentos racionais válidos, seja pelo recurso a uma autoridade moral reconhecida por ambos, recorrendo a uma fonte que não o consenso ou o acordo entre as partes.

Estranhos morais, ao contrário, são aqueles que não compartilham entre si suficientes premissas morais ou normas de demonstração e inferência moral bastantes para resolver controvérsias morais através de qualquer argumentação racional válida ou apelo a uma única autoridade moral comum a todos (Ferrer e Álvares, 2005).

A sociedade atual, pós-moderna, é pluralista e fragmentada em diversas comunidades de compromissos religiosos ou seculares, estruturadas em compreensões morais e metafísicas distintas. As diferenças culturais baseiam-se em considerações fundamentalmente divergentes sobre a condição humana e sobre a adequação de condutas morais (Engelhardt JR, 2009).

Em sociedades pluralistas, como as sociedades ocidentais atualmente, os debates éticos entre estranhos morais sobre questões concretas são intermináveis, haja vista a inexistência de uma visão moral comum capaz de permitir a resolução de conflitos por meio de argumentos racionais válidos ou do apelo a uma autoridade moral comum. Entre estranhos morais, a argumentação racional não basta para resolver debates éticos (Ferrer e Álvares, 2005).

Por outro lado, amigos morais compartilham uma mesma visão de vida boa. Nas comunidades morais concretas, - sejam essas comunidades de signo religioso, filosófico ou ideológico - as pessoas podem viver vidas morais coerentes e praticar virtudes, pois compartilham uma mesma hierarquia de valores (Ferrer e Álvares, 2005).

Mas as pessoas não necessariamente se identificam como pertencentes a uma mesma comunidade de amigos morais em razão das relações de consanguinidade e parentesco.

Fogem ao escopo deste artigo as razões pelas quais as relações de parentesco, como as trazidas no artigo 4º da Lei de Transplantes, não implicam necessariamente, na sociedade pós-moderna, coincidência de valores morais. O que se pretende destacar aqui é a constatação de que, mesmo dentro de relações de parentesco familiar, os indivíduos não necessariamente compartilham os mesmos valores. Gignon, Ma-

naouil e Jardé (2008), ao entrevistarem pessoas que davam entrada em um hospital geral e seus acompanhantes que teriam o poder de decidir sobre a destinação dos órgãos daquela pessoa na eventualidade de uma evolução para morte encefálica, demonstraram significativa discordância entre a vontade da pessoa hospitalizada e a decisão que seria tomada pelos seus acompanhantes.

O próprio Engelhardt (2012, p. 17) afirma que consentimentos e decisões que envolvem autonomia podem, em outras sociedades (mas não na civilização ocidental do século XXI) ser centrados na família, ao invés de o serem nos indivíduos.

Assim sendo, a legislação de transplantes pode ter conferido a um estranho moral do potencial doador (apesar da relação de parentesco entre eles) o poder para decisão sobre a permissão ou não à doação de órgãos para transplantes. Isso porque, como ensina Engelhardt, basta uma hierarquização diferente de valores fundamentais para que dois sujeitos se enquadrem como estranhos morais. Se até grandes amigos afetivos podem ser estranhos morais, dada a complexidade das circunstâncias humanas (Ferrer e Álvares, 2005, p. 204), o mesmo se afirma, logicamente, de parentes consanguíneos. Amigos afetivos, cônjuges e parentes próximos, podem ser estranhos morais (Engelhardt JR, 2015, p. 124).

Como os parentes não necessariamente pertencem à mesma comunidade de amigos morais, a decisão dos familiares sobre a doação de órgãos não necessariamente coincide com a vontade prévia do potencial doador falecido. Por consequência, o princípio do consentimento ou permissão, que Engelhardt eleva à condição de princípio fundamental, enquanto “gramática mínima necessária para um discurso moral secular” (Ferrer e Álvares, 2005), não é atendido quando o ordenamento opta por conferir validade exclusivamente à autorização dos familiares, em detrimento de qualquer manifestação de vontade prévia, expressa em vida, pelo próprio potencial doador.

Por certo que, a despeito da pertinência dos conceitos de sociedade, comunidade estranhos morais e amigos morais que Engelhardt adota, alguns outros pontos da bioética do médico e filósofo texano, vale dizer, seu ideário individualista e neoliberal, não são adequados à realidade social brasileira. Como constata Schramm (2008), aqui na parte subdesenvolvida do mundo, condições específicas como a pobreza extrema podem tornar as pessoas vítimas da violação de liberdades necessárias para a realização de seus projetos de vida. Não à toa nossa Constituição Federal fundamenta-se no princípio de solidariedade interpessoal, além de apontar ações de bene-

ficência em relação aos mais fracos e necessitados. Além disso, ao dar supremacia ao princípio da permissão, Engelhardt não se atenta para um fato que é o de que a autonomia pode ser mascarada pela coerção da vontade. Nem sempre o consentimento indica exercício livre da vontade e da autonomia. Nesse sentido, para o contexto de um país em desenvolvimento como o Brasil, muitas das propostas bioéticas de Engelhardt são insuficientes e até impróprias (Ferrer e Álvares, 2005).

Por tudo o que foi visto acerca dos preceitos bioéticos de Engelhardt e sua bioética da permissão, conclui-se que há, na obra deste autor, proveitosos ensinamentos sobre uma moral procedimental (especialmente no que alude aos conceitos de amigos morais e estranhos morais), que podem contribuir com a discussão bioética sobre o consentimento para a doação *post mortem* de órgãos e tecidos para transplantes. Ressalve-se que com isto não se está endossando as proposituras de Engelhardt para um sistema de saúde de ideologia extremamente neoliberal, o que não se adequa aos valores da solidariedade, que foram elevados, no Brasil, ao patamar de princípios do Estado Democrático e Social de Direito na Constituição Federal de 1988.

## Conclusão

Diante do exposto, chega-se à conclusão de que o dispositivo constante da atual redação do art. 4º da Lei de Transplantes, a partir das alterações introduzidas pela Lei 10.211, de 23 de março de 2001, não coaduna com a visão contemporânea dos direitos da personalidade de modo geral e do direito ao cadáver em particular, pois não permite ao próprio indivíduo condição de nortear, conforme seus próprios valores e de forma autônoma, os destinos de seu corpo após a morte.

Como afirmam Teixeira e Konder (2010), se a função da família da pessoa falecida é justamente de zelar pela dignidade do morto, é injustificável que, depois da morte, a decisão tomada pela pessoa não prevaleça mais, porque incompatível com o desejo de seus familiares.

Concordamos, pois, com Pimentel, Sarsur e Dadalto (2018), acerca da pertinência de que sejam tomadas providências legislativas que permitam a adequação da Lei de Transplantes ao pensamento atual sobre a autonomia corporal e a projeção *post mortem* dos direitos da personalidade, assegurando a soberania da vontade expressa em vida pela pessoa do doador.

*Artigo é produto parcial de dissertação decorrente de Mestrado em Bioética pela Universidade do Vale do Sapucaí (UNIVÁS).*

## Referências

1. Bertoncelo JA, Pereira MB. Direito ao cadáver. Anais do XVIII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Gaduação em Direito CONPEDI. São Paulo; 2009: 5457-90.
2. Becchi P. Morte cerebral e transplantes de órgãos: do ético ao jurídico. São Paulo: Ideias e letras; 2014. 191 p.
3. Benedetti A. Transplante de órgãos no Brasil: autonomia x dignidade – aspectos civis e penais da Lei de Transplantes e considerações sobre o comércio de órgãos. Rev Fórum de Ciências Crim. Belo Horizonte 2014; 1(2): 181-208.
4. Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 out. 1988.
5. Brasil. Lei nº 4.280, de 06 nov de 1963. Dispõe sobre a extirpação de órgão ou tecido de pessoa falecida. Diário Oficial da União, Seção 1; 11/11/1963.
6. Brasil. Lei nº 5.479, de 10 ago de 1968. Dispõe sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes de cadáver para finalidade terapêutica e científica, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Seção 1; 14/08/1968.
7. Brasil. Lei nº 8.489, de 18 nov de 1992. Dispõe sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, com fins terapêuticos e científicos e dá outras providências. Diário Oficial da União, Seção 1; 20/11/1992.
8. Brasil. Lei nº 9.434, de 04 fev 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Diário Oficial da União, Seção 1;05/02/1997.
9. Brasil. Lei nº 10.211, de 23 mar de 2001. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Diário Oficial da União, (edição extra); 24/03/2001.
10. Brasil. Lei nº 10.406, de 10 jan de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União;11/01/2002.
11. CFM. Conselho Federal de Medicina. Resolução 1.995, de 31 ago 2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Diário Oficial da União, Seção I;31/08/2012:269-70
12. Engelhardt Jr HT. A ética da ética clínica: reflexões críticas em face da diversidade moral. Rev Bioetikhos - Centro Universitário São Camilo, 2012; 6 (1): 11-21.
13. Engelhardt Jr, HT. Fundamentos da Bioética. 6ª ed. São Paulo: Loyola; 2015. 518p.
14. Engelhardt Jr HT. Global bioethics: taking moral differences seriously. Rev Bioetikhos - Centro Universitário São Camilo, 2009; 3(1):26-32.
15. Fachin LE, Pianovski CE. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. Revista Trimestral de Direito Civil, 2008; 9 (35):101-120.

16. Ferrer JJ; Álvares JC. Para fundamentar a bioética: teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea. São Paulo: Loyola; 2005.
17. Gozzo D, Moinhos DS. A disposição do corpo como direito fundamental e a preservação da autonomia da vontade. Direito civil - Constitucional II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFPB; coordenadores: Wladimir Alcibíades Marinho Falcão Cunha, Glauber Salomão Leite, Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Junior. – Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=72fed322f249b958>> Acesso em 06 jun 2019
18. Gignon M, Manaouil C, Jardé O. Is the person of trust a reliable witness in case of organ removal from a deceased person for donation purposes? Ann Fr Anesth Reanim. 2008; 20 (10): 825-31.
19. Lolas F. Bioética: o que é, como se faz. 2.ed. São Paulo: Loyola; 2005.
20. Madrid R. La bioética de Tristram Engelhardt: entre la contradicción y la postmodernidad. Rev. bioét. (Impr.) 2014; 22 (3): 441-7.
21. Moureira DL. O reconhecimento e a legitimação da autonomia privada aplicada ao biodireito. In: XVI Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Gaduação em Direito (CONPEDI), 2007, Belo Horizonte. Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI: "Pensar globalmente, agir localmente". Florianópolis: Fundação Boiteux; 2008: 92-118. Disponível em: <[www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh)>. Acesso em: 06 jun 2019.
22. Pimentel W, Sarsur M, Dadalto L. Autonomia na doação e órgãos post mortem no Brasil. Revista Bioética (Impr.). 2018; 26 (4): 530-6.
23. Sá MFF. Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos, incluindo o estudo da lei n. 9434/97, com as alterações introduzidas pela Lei n. 10211/01.2 ed rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey; 2003.
24. Schirmer J, Roza BA. Family, Patients and Organ and Tissue Donation: who decides? Transplantation Proceedings, 2008; 40: 1037-40.
25. Schramm FR. Bioética da proteção: ferramenta válida para enfrentar problemas morais na era da globalização. Revista Bioética, 2008 16 (1): 11-23.
26. Soares FR, Bastos IBA. Avanços tecnológicos e proteção post mortem dos direitos da personalidade através do testamento. Fórum de Dir. Civ. – RFDC | Belo Horizonte, 2015; 4 (10): 189-205.
27. Teixeira ACB, Konder CN. Autonomia e solidariedade na disposição de órgãos para depois da morte. RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ, 2010; n18.
28. Tronco AA. O direito ao cadáver e a doação de órgãos pós-morte. Revista de Direito Civil Contemporâneo, 2017; v 13 (Out / dez): 69-98.

Recebido: 22/08/2019. Aprovado: 14/10/2019.