

Doação de órgãos: quem pode autorizar?

Maria Berenice Dias [\[1\]](#)

Um dos mais fantásticos avanços da Medicina ocorreu quando descoberta a possibilidade de utilizar tecidos, órgãos e partes do corpo de uma pessoa em outra. Transplantes podem ser realizados entre pessoas vivas, mas, na grande maioria das vezes, depende do diagnóstico de morte encefálica. Apesar de ser prática que traz enormes esperanças a quem amarga em filas de espera, a dificuldade de lidar com a morte, somada à falta de esclarecimento e de solidariedade, são obstáculos que ainda impedem doações. Quem sofre uma perda não consegue admitir que sua dor pode ser transformada na única e última chance de outros viverem.

Autorizada pela Constituição Federal (art. 199, § 4º) que recomenda seja facilitada a remoção de partes do corpo humano para fins de transplante, de modo para lá de humanitário a Lei 9.434/1997 – chamada de Lei dos Transplantes – presumia autorizada a doação, devendo a negativa constar expressamente em documentos identificatórios. Tal foi a reação que a legislação acabou sendo alterada (L 10.211/2001), passando a captação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano depender de autorização expressa.

Daí a necessidade de a lei eleger quem pode autorizar as doações. Apesar da injustificável omissão da legislação especial, que não faz qualquer referência, nada impede que a própria pessoa disponha sobre o seu corpo para depois de sua morte. Tal é autorizado pelo Código Civil (art. 14): *É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.*

Costuma-se chamar de “testamento vital” o documento que contém as disposições feitas por alguém sobre as providências ligadas à sua morte ou para o caso de restar incapacitado. Mesmo que todos se oponham, sua vontade deve prevalecer. Ou seja, não é necessário consultar quem quer que seja ou colher a autorização de alguém. Não há exigência quanto a forma de o doador manifestar-se. Sequer precisa ter sido documentada por escrito. Para ser respeitado o seu desejo, basta a certeza de se tratar de manifestação livre. Esta é a única prova que precisa ser formalizada.

Na ausência de manifestação da própria pessoa, estabelece a lei uma ordem de legitimados para autorizar remoções para fins de transplante (art. 4º): *cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau*. Tem prioridade o cônjuge. Ainda que esta expressão sirva para identificar pessoas casadas, não se pode negar que o companheiro sobrevivente dispõe do mesmo direito. Assim, quem mantinha uma convivência pública, contínua e duradoura com a pessoa declarada morta, é quem decide. Isto porque a Constituição Federal reconhece a união estável como entidade familiar (CF, art. 226, § 3º).

Em face da decisão do Supremo Tribunal Federal, de 5/5/2011, que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, o parceiro do mesmo sexo é quem pode manifestar-se sobre a doação. Havendo eventual conflito de vontades, prevalece o desejo do primeiro legitimado (cônjuge, companheiro ou parceiro homossexual). Somente no caso de a união não estar documentada e os familiares com direito de optar negarem a existência do relacionamento, não há como prevalecer a manifestação do convivente. Impossível aguardar que a Justiça reconheça a união para identificar quem pode decidir.

Os segundos legitimados para autorizar a retirada são os parentes maiores de idade, obedecida a ordem sucessória reta ou colateral até o segundo grau. Quem são eles? Os descendentes, primeiros figurantes da ordem de vocação

hereditária (CC, art. 1.829, I). Ou seja, os filhos (parentes em linha reta de primeiro grau). Na sua falta – não só em caso de inexistência, mas também de ausência, ainda que temporária – são convocados os netos (parentes em linha reta de segundo grau) ou os bisnetos (parentes em linha reta de terceiro grau). Não havendo descendentes, são convocados a decidir os ascendentes, por ocuparem o segundo lugar na ordem sucessória (CC, art. 1.829, II) Os pais (parentes em linha reta de primeiro grau) ou os avós (parentes em linha reta de segundo grau). Assim, sucessivamente, pois no parentesco em linha reta não há limitação de grau (CC, art. 1.591).

Quando inexistem descendentes e ascendentes, são chamados os irmãos (parentes em linha colateral de segundo grau). Somente eles, apesar de a lei civil reconhecer relações de parentesco na linha colateral até o quarto grau (CC, art. 1.592). Em face da limitação imposta, nem tios, sobrinhos, tios-avós ou sobrinhos-netos (parentes de terceiro grau) e nem primos (parentes de quarto grau) podem autorizar a retirada de órgãos. Eles exclusivamente podem ser receptores de órgãos e tecidos, sem haver a necessidade de autorização judicial (art. 9º).

Dúvidas surgem quando há discordância entre os parentes que tem legitimidade para decidir. A tendência é não realizar a extração quando inexistir unanimidade. A alegação é de que se estaria semeando a discórdia na família. Mas este confronto vai persistir seja qual for a solução encontrada. De qualquer modo, a necessidade de consenso não está na lei. Pois, quando há necessidade da manifestação de mais de uma pessoa a lei é expressa neste sentido.

Somente em uma única hipótese é exigida a concordância de mais de uma pessoa: quando o doador for menor de idade é necessária a permissão expressa de ambos os pais. Se o doador for juridicamente incapaz, a decisão é dos responsáveis. Cabe um esclarecimento. É juridicamente incapaz quem foi interditado, por decisão judicial, tendo-lhe sido nomeado um curador. É ele

quem decide. Somente na eventualidade de serem nomeados dois curadores (o que não está previsto na lei, mas não é proibido) é que há a necessidade da dupla aprovação. Deste modo, exclusivamente quando o doador for menor de idade e houver discordância entre os genitores não é possível realizar a remoção. Mas, para o menor ser receptor de órgão, basta a concordância de um dos pais. O desacordo do outro nada conta (art. 10).

Outra questão que se coloca está condicionada ao exercício da guarda. É exigida a dupla manifestação de vontade somente quando os pais vivem juntos e o filho se encontra sob a guarda de ambos. Também é necessária a convergência de vontades no caso de os pais estarem separados, mas exercerem a guarda compartilhada (CC, art. 1.583). Mas, em caso de guarda unilateral, prevalece a decisão de quem tem o filho em sua companhia. Ou seja, convivendo o filho exclusivamente com um dos genitores, a este cabe o direito de decidir. Ainda que o outro discorde, não há como prevalecer a vontade do não-guardião. Quando a criança está sob a guarda de terceiros, a esses cabe a decisão sobre a retirada de órgãos e tecidos, uma vez que a vontade do guardião pode ser oposta à vontade dos pais (ECA, art. 33).

Já quando o doador é maior de idade e os pais discordam, questiona-se a vontade de quem deve prevalecer. Nada justifica afastar-se a regra geral. Como a lei fala em autorização de "parente maior de idade", basta a concordância de um deles, ainda que ambos sejam os pais. Outra não pode ser a solução quanto aos demais parentes. Mesmo que todos tenham a mesma legitimidade, basta que um firme o documento autorizando a doação, para que ela seja levada a efeito. A assinatura de um dos parentes, segundo a ordem sucessória é o que basta. Assim, se um dos filhos concordar, a sua vontade prevalece, mesmo que contrária seja a posição dos demais filhos. Somente se todos os herdeiros de uma mesma classe discordarem, não poderá ser levada a efeito a retirada, descabendo ouvir os parentes mais

remotos.

A prevalência da vontade de um dos legitimados frente a discordância de todos os demais se justifica. Primeiro porque a lei não exige consenso, somente a manifestação de um único parente. Documentada a concordância de um dos legitimados, impositivo que o procedimento seja levado a efeito. Esta é a única solução que atende a um punhado de princípios enfaticamente assegurado em sede constitucional e que dispõe de clara hierarquia axiológica. O primeiro deles é o direito a vida.

O conceito de saúde da OMS indica no mesmo sentido: *estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doenças*. Ora, quem espera indefinidamente na fila por um transplante não está em um estado de completo bem-estar físico, mental e social.

Cabe lembrar também os princípios da bioética que, como diz o próprio nome, trata da ética da vida: não-maleficência, beneficência, autonomia e justiça. Todos eles cabem ser invocados em prol de quem aguarda uma chance de voltar a viver com mais plenitude, não devendo prevalecer posturas egoístas, disputas descabidas, que muitas vezes são fruto de mágoas e ressentimentos passados ou de interesses futuros de natureza econômica.

Assim, de todo injustificado que as equipes de transplante insistam em obter a unanimidade de vontades para realizarem a extração de órgãos. Fazer exigências não previstas na lei – e com isso agravando a risco de vida de quem aguarda por um transplante – afronta inclusive o juramento hipocrático feito por todos aqueles que doam suas vidas para salvar os outros: *Aplicarei os regimes para o bem dos doentes segundo o meu saber e a minha razão, nunca para prejudicar ou fazer mal a quem quer que seja*.

Publicado em 26/12/2013.

[1] Advogada

Vice-Presidenta Nacional do IBDFAM

www.mbdias.com.br

www.mariaberenice.com.br

www.direitohomoafetivo.com.br