

# DOADOR DE ÓRGÃOS *POST MORTEM*: UMA VONTADE SOBRESTADA PELO ART. 4º DA LEI 9.434/97\*

Zuleica Regina de Araújo Loureiro

## INTRODUÇÃO

O objeto proposto para desenvolver este trabalho é a tensão presente entre os princípios fundamentais do direito da personalidade e a dignidade humana, constitucionalmente assegurados, e, nesse contexto, a disposição gratuita do corpo humano por motivo altruístico, de um lado, e, do outro, o direito legal da família em consentir ou não a retirada dos órgãos de familiar para fins de transplantes, descumprindo, se o desejar, a vontade expressa do falecido, sem haver dispositivo algum legal que imponha, de forma taxativa, o respeito à decisão de ser doador daquele que faleceu.

Diante do aparente confronto entre o artigo 14 do Código Civil e o artigo 4º da Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, qual deve ser a interpretação adequada? A vontade da família passa a ser soberana, sem limitação alguma a esse poder que lhe foi dado pelo artigo 4º da Lei n. 9.434/97? É possível asseverar que está constitucionalmente protegido o direito da personalidade no que se refere à validade de dispor do próprio corpo na forma estabelecida no artigo 14 do Código Civil?

Temos, portanto, um conflito de duas disposições legais: o artigo 14 do Código Civil brasileiro e o artigo 4º da Lei n. 9.434/97. Esta é a lei específica de transplantes, e aquele é um dos artigos do capítulo II – Dos direitos da personalidade, que são intransmissíveis – cf. art. 11 do CC, além de estarem inseridos na dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos constitucionais.

Justifica a escolha deste tema o fato de que a remoção de órgãos para fins de transplantes sempre suscitou debates polêmicos, por se tratar de um assunto extremamente delicado, que aborda diretamente os mais profundos valores éticos e morais de uma sociedade, demandando uma reflexão mais abrangente sobre direitos fundamentais, como o respeito à dignidade humana, nele inseridos o direito da personalidade e a autonomia da vontade. Ademais, a complexidade do tema ainda é mais aguçada quando examinamos os fortes preceitos culturais e religiosos que influenciam o comportamento das pessoas.

O interesse pessoal pelo estudo deste tema está não só na sua problematização, que envolve interesse de relevância social, mas, sobretudo, na própria experiência

---

\* Monografia de conclusão do Curso de pós graduação *lato sensu* Ordem Jurídica e Ministério Público da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios - FESMPDFT. Orientadora: Profª. Mônica Queiroz.

vivenciada pela autora, quando teve que decidir pela doação ou não de órgãos de dois filhos, falecidos em acidentes de trânsito, em duas ocasiões distintas, a primeira, em outubro de 1984, e segunda, em outubro de 1994.

Na execução deste trabalho, buscou-se apoio em ampla pesquisa bibliográfica nos acervos pertinentes, bem como em *sites* especializados da Internet. No tocante ao respaldo teórico, a pesquisa fundamentou-se, para questões mais específicas, principalmente nas obras de André Marcelo M. Soares e Walter Esteves Piñeiro, Jussara Susi A. B. N. Ferreira, Márcia Nicolodi e Mônica Queiroz, e, para questões mais amplas, nas obras de Alaécio Cardoso, Maria Lúcia Araujo Sadala e Rita de Cássia Curvo Leite.

A metodologia utilizada envolve análise das previsões legais relativas ao tema, bem como a correta extensão e aplicação do artigo 4º da Lei 9.434/97. O tema relativo a transplantes de órgãos não permite a penetração em questões de jurisprudência. A natureza deste trabalho, portanto, é de revisão bibliográfica.

O trabalho está dividido em 10 capítulos, alguns subdivididos em seções. Os dois primeiros capítulos intitulados Bioética e Biodireito discutem a importância da biociência e a biotecnologia e o seu impacto na área da saúde no que diz respeito às novas descobertas e à forma de controlar o uso desses avanços científicos e preservar a dignidade, a vida e a saúde do ser humano.

O terceiro capítulo, cujo título é Os princípios da Bioética e do Biodireito em face da Lei n. 9.434/97, aborda o conflito entre os princípios da dignidade da pessoa humana e os princípios do direito à vida e à saúde e a opção do legislador na ponderação de valores dos princípios em confronto, na busca de uma saída legal que atendesse o clamor da opinião pública, consoante a tradição do povo brasileiro, em matéria de transplantes e doação de órgãos, em ter o direito de decidir sobre o próprio corpo e o ato de doar ser generoso, consubstanciado na solidariedade humana.

O quarto e o quinto capítulos, que recebem o título A Dignidade da Pessoa Humana e o Direito da Personalidade, respectivamente, tratam de elementos que dizem respeito a tais direitos fundamentais, como o direito à vida, ao corpo, à saúde, à integridade física. A dignidade da pessoa humana não se restringe ao ser humano com vida, alcançando, também, o respeito por seu corpo depois da morte, e, além disso, o respeito à vontade do indivíduo manifestada em vida. A disposição gratuita do próprio corpo para após a morte, com fins científicos ou altruísticos, é um dos direitos da personalidade e qualquer atitude que vise ao seu descumprimento fere os princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia privada. Nesse sentido, Ondeí assinala “que se deve excluir a possibilidade jurídica de que uma pessoa seja considerada coisa e venha a constituir, em sua integridade, objeto de direitos ou de poderes de outra pessoa”.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> ONDEI, 1965, p. 11, apud SOARES, André Marcelo M.; PIÑEIRO, Walter Esteves. *Bioética e Biodireito: uma introdução*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 118.

O sexto capítulo tem como título Evolução Legislativa e discorre sobre as quatro leis sobre transplantes no Brasil. A primeira sancionada em novembro de 1963, e a última, a Lei n. 9.434, em fevereiro de 1997, parte integrante da análise do presente tema.

O sétimo capítulo leva o título de Direito Comparado e nele são expostos os textos legais estrangeiros como o francês, o alemão, o português, o italiano, o espanhol, o americano, o argentino e o peruano. Tais legislações sobre transplantes, em especial as do continente europeu, serviram de base para a legislação pátria e foram modificadas na medida das diferenças culturais.

O oitavo capítulo nomeado Aspectos Jurídicos do Art. 4º da Lei n. 9.434/97 apresenta toda a controvérsia sobre o referido dispositivo legal, suas subseqüentes alterações geradas em face das polêmicas discussões sobre a sua constitucionalidade, visto que a redação original estabelecia a doação presumida, o que feria, segundo opiniões de vários segmentos da sociedade, direitos da personalidade e a dignidade humana, fazendo com que o legislador estabelecesse, na nova redação do artigo em comento, a exigência da autorização da família, a qual passou a assumir a responsabilidade pelo destino dos órgãos do familiar falecido.

O nono capítulo tem como título Os Aspectos Jurídicos do Art. 14 do Código Civil Brasileiro e descreve em seus parágrafos, conforme preceitua o referido artigo, a faculdade de o sujeito dispor do próprio corpo, sendo este um dos princípios fundamentais do direito da personalidade, e o seu desrespeito também desmerece aquele que é considerado por muitos como o princípio motor da Bioética: o princípio da autonomia individual ou do respeito à pessoa.

O décimo e último capítulo intitulado O Aparente Conflito entre o Art. 14 do Código Civil e o Art. 4º da Lei n. 9.434/97 analisa a evidente tensão entre esses dois artigos, consubstanciada no confronto entre os princípios do direito da personalidade e a prerrogativa legal outorgada à família de ter o poder decisório para consentir ou não a retirada dos órgãos do ente familiar falecido, para fins de transplantes, e descumprir, se o desejar, a vontade expressa do morto. Nesse capítulo são abordados, ainda:

a) “os direitos do cadáver” manifestados pelo respeito à sua integridade física, pois a morte não o transforma em “coisa”, visto que o cadáver constitui o prolongamento da personalidade humana daquele sujeito que o animou;

b) O direito da família, entendido como aquele que lhe confere a legitimidade para decidir sobre o destino dos órgãos de familiar falecido. Entretanto, é fundamental que a família respeite a vontade deste, seja pela vontade informada, conhecida por pessoas próximas do morto, seja pela vontade formal expressamente registrada em vida, cabendo, apenas no caso de incapazes, a prerrogativa legal de dispor sobre a doação de órgãos para fins de transplantes, de acordo com o art. 4º da Lei n. 9.434/97.

Portanto, diante de todo o contexto normativo em discussão, visa o presente trabalho questionar a existência do conflito entre as duas citadas disposições legais, buscar uma

adequada e inequívoca interpretação dos respectivos dispositivos que regulamentam a matéria relativa à doação de órgãos *post mortem*, acrescentada, ao texto do art. 4º da Lei dos Transplantes, sem modificá-la, a manifestação da vontade do doador, ainda em vida.

## **1 BIOÉTICA**

### **1.1 ORIGEM DO TERMO BIOÉTICA**

O termo Bioética, ou ética aplicada à vida, surgiu nos Estados Unidos, na obra do oncologista norte-americano Van Rensselaer Potter *Bioethics: Bridge to the Future*, publicada no ano de 1971. Potter definia a Bioética como a “ciência da sobrevivência”, focalizando um caráter ecológico ao termo. Assim, o cerne de seu projeto era basicamente o compromisso com a preservação da vida no planeta.

Segundo Reich, Potter buscou demonstrar o caráter interdisciplinar e abrangente da Bioética ao atribuir a tal termo sentido híbrido, “escolhendo ‘bio’ para representar o conhecimento biológico, a ciência dos sistemas vivos, e ‘ética’ para representar o conhecimento dos sistemas de valores humanos”.<sup>2</sup>

No ano de 1979, Tom L. Beauchamps e James F. Childress publicaram juntos *Principles of Biomedical Ethics*, no qual procuraram restringir a Bioética aos meios científicos. A partir dessa obra, o estudo da Bioética tomou novos rumos, o que contribuiu para a Bioética conhecida hodiernamente.

### **1.2 O QUE É BIOÉTICA?**

O conceito de Bioética inexiste nos dicionários e nas enciclopédias, salvo nos especializados. Tratando sobre o tema, a *Encyclopedia of Bioethics*<sup>3</sup> define a Bioética como um estudo sistemático da conduta humana no campo das ciências biológicas e da atenção de saúde, sendo essa conduta examinada à luz de valores e princípios morais, constituindo um conceito mais amplo que o da ética médica, tratando da vida do homem, da fauna e da flora.

Jussara Ferreira concebe “a Bioética como a ética das biociências e biotecnologias que visa preservar a dignidade, os princípios e os valores morais das condutas humanas, meios e fins defensivos e protetivos de vida, em suas várias formas, notadamente, a vida humana e do planeta”.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> REICH, 1993, apud SOARES, André Marcelo M.; PIÑEIRO, Walter Esteves. *Bioética e Biodireito: uma introdução*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 17.

<sup>3</sup> *Introduction*, vol. I, p. XIX, apud VIEIRA, Tereza Rodrigues. *O que é Bioética?* Disponível em: <[http://www.uniandrade.br/cep/download/pdf/O\\_que\\_e\\_bioetica.pdf](http://www.uniandrade.br/cep/download/pdf/O_que_e_bioetica.pdf)>. Acesso em: 3 abr. 2009.

<sup>4</sup> FERREIRA, Jussara S. A. B. N. *Bioética e Biodireito*. Disponível em: <<http://www.unifenas.br/radiologia/biblioteca/bioetica/BIO%C9TICA%20E%20BIODIREITO.doc>>. Acesso em: 10 abr. 2009.



Conforme ensina Hubert Lepargneur: “A Bioética é a resposta da ética aos novos casos e situações originadas da ciência no campo da saúde. Poder-se-ia definir a Bioética como a expressão crítica do nosso interesse em usar convenientemente os poderes da medicina para conseguir um atendimento eficaz dos problemas da vida, saúde e morte do ser humano”.<sup>5</sup>

Porém, mais tarde, viu-se que a Bioética não faz parte somente da medicina ou de outras ciências da saúde, mas invade diversas áreas de conhecimento, englobando o plural, o crítico, o interdisciplinar e refletindo sobre consequências das ações e das decisões, individuais e coletivas, sobre o ser humano e a vida em sociedade.

Vale ressaltar que a Bioética não se confunde nem com a ética (vem do grego *ethos*, modo de ser, estudo do bem), nem com a moral (do latim *mores*, são os costumes, normas que regulam a prática do bem), nem com a deontologia (do grego *déon*, dever. É o código de conduta). Aliados a isso, dizem André Soares e Walter Piñeiro: “a Bioética não pode ser reduzida a um ramo da filosofia; sua preocupação não é definir o bem ou estabelecer um critério de agir moral a se seguido universalmente, e sim dar respostas em situações concretas visando a uma autonomia determinada”.<sup>6</sup>

Assim, a Bioética foi alvo de discussões em diversas disciplinas, abarcando psicologia, biologia, antropologia, sociologia, ecologia, teologia, filosofia, direito, etc. Tais discussões versavam sobre as mais variadas questões sobre a vida, principalmente acerca do valor da vida humana. Dessa forma, a Bioética é o cerne da questão que abrange assuntos polêmicos, como a eutanásia, o aborto, a fertilização *in vitro*, o transplante de órgãos *post mortem* e, mais recentemente, a clonagem de órgãos para fins terapêuticos.

### 1.3 PRINCÍPIOS BÁSICOS DA BIOÉTICA

A Bioética na concepção de Tom Beauchamps e James Childress fundamenta-se no principialismo. Esses autores propuseram quatro princípios como orientadores da ação que se deseja boa: o da autonomia, o da justiça, o da beneficência e o da não maleficência.

O princípio da justiça está associado com as relações entre grupos sociais, preocupando-se com a equidade na repartição de bens e recursos considerados comuns, numa tentativa de igualar as oportunidades de acesso a esses bens.

Consoante o professor José Roberto Goldim:

Entende-se por justiça distributiva como sendo a distribuição justa, equitativa e apropriada na sociedade, de acordo com normas que estruturam os termos da cooperação social. Uma situação de justiça,

---

<sup>5</sup> LAPARGNEUR, 1996, p. 16, apud FERREIRA, Jussara S. A. B. N. *Bioética e Biodireito*. Disponível em: <<http://www.unifenas.br/radiologia/biblioteca/bioetica/BIO%C9TICA%20E%20BIODIREITO.doc>>. Acesso em: 10 abr. 2009.

<sup>6</sup> SOARES, André Marcelo M.; PIÑEIRO, Walter Esteves. *Bioética e Biodireito: uma introdução*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 28.

de acordo com essa perspectiva, estará presente sempre que uma pessoa receber benefícios ou encargos devidos às suas propriedades ou circunstâncias particulares.<sup>7</sup>

A beneficência quer dizer fazer o bem, ou seja, a obrigação moral de agir para o benefício do outro. O princípio de beneficência é o comprometimento com o máximo de benefícios e com o mínimo de danos.<sup>8</sup>

De acordo com o princípio da não maleficiência, o profissional de saúde tem o dever de, intencionalmente, não causar mal e/ou danos a seu paciente. No procedimento a ser adotado, o médico deve optar, no caso de risco, por aquele menos gravoso e que traga menos sofrimento.

O princípio da autonomia (do respeito às pessoas) refere-se à liberdade individual, segundo o qual o médico deve respeitar a vontade do seu paciente ou seu representante, bem como seus valores morais e crenças.<sup>9</sup> É inegável que a própria pessoa é quem deve tomar suas decisões, pois só ela sabe o que é melhor para si. Entretanto, cabe ao profissional colocar à disposição do paciente informações acerca do procedimento a ser adotado para que este possa fazer uma escolha livre e consciente.<sup>10</sup>

Apenas no caso dos incapazes, por não terem condições de se autodeterminar, dado não terem total consciência de suas atitudes ou estar esta parcialmente limitada, a escolha caberá aos familiares mais próximos.

Após os quatro princípios básicos, segundo Pessini e Barchifontaine, a Bioética foi deixando de ser principialista, passando a assumir outras formas, tais como o naturalismo (reconhece a existência de bens fundamentais como a vida, a racionalidade etc), o contratualismo (relação entre médico, paciente e sociedade a partir de um contrato jurídico), o personalismo (defende a dignidade humana com base na finitude e na transcendência) entre outros.<sup>11</sup> Porém, na concepção de Beauchamp, o principialismo ainda serve de referência nos debates e de base para construção de novos paradigmas.<sup>12</sup>

## 1.4 LEIN. 9.434/97 E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA

A Lei n. 9.434/97, que em seu artigo 4º presumia a autorização de doação de órgãos com a opção das pessoas de registrar a sua vontade em contrário, acabou sendo alvo de

<sup>7</sup> GOLDIM, José Roberto. *Princípio da autonomia ou do respeito à pessoa*. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/hcpa/gppg/biorepr.>>. Acesso em: 15 abr. 2002.

<sup>8</sup> ALMEIDA, Aline Mignon de. *Bioética e Biodireito*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 7.

<sup>9</sup> VIEIRA, Tereza Rodrigues. *O que é Bioética?* Disponível em: <[http://www.uniandrade.br/cep/download/pdf/O\\_que\\_e\\_bioetica.pdf](http://www.uniandrade.br/cep/download/pdf/O_que_e_bioetica.pdf)>. Acesso em: 3 abr. 2009.

<sup>10</sup> ALMEIDA, Aline Mignon de. *Bioética e Biodireito*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 7.

<sup>11</sup> PESSINI; BARCHIFONTAINE, 1997, apud SOARES, André Marcelo M.; PIÑEIRO, Walter Esteves. *Bioética e Biodireito: uma introdução*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 12.

<sup>12</sup> BEAUCHAMP, 1995, apud SOARES, André Marcelo M.; PIÑEIRO, Walter Esteves. *Bioética e Biodireito: uma introdução*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 12.

grandes críticas e provocou generalizada polêmica na opinião pública, nos órgãos da categoria médica, no âmbito jurídico, bem como nas sociedades científicas diretamente interessadas, por contrariar uma tradição cultural do povo brasileiro que entendia ser a doação de órgãos um gesto generoso. Essa lei determinava uma obrigação quando deveria ser uma opção de cada um doar os órgãos, e, portanto, houve a afronta ao princípio bioético da autonomia, que afirma que todos os seres humanos, desde que capazes, têm o direito de decidir sobre si mesmos, principalmente em questões de saúde e em situações de vida ou morte.

Por outro lado, esse dispositivo legal não estava sendo obedecido pela classe médica, que optou por se postar conforme a ética médica e o respeito aos familiares e pedir a estes autorização para remoção dos órgãos do suposto doador, para fins de transplantes. O Código de Ética garantia que os médicos poderiam recusar atos que, embora permitidos por lei, fossem contrários aos ditames de suas consciências.

Acerca desse embate, assim se manifesta José Geraldo Drumond:

Estava então estabelecido o conflito de uma lei que atentava contra a autonomia e os direitos individuais com uma sociedade pluralista e democrática, na qual se deveria promover um amplo debate para se obter uma conscientização que estimulasse a doação de órgãos, mas nunca ser obrigado a fazê-la, levando ao constrangimento aqueles que, por razões pessoais, assim não entendessem ou optassem. Por outro lado, os médicos brasileiros não se sentiam à vontade para promover a retirada de órgãos do morto, quando a sua família não consentia no procedimento, o que fez a Associação Médica Brasileira e o Conselho Federal de Medicina aconselhar a classe médica de abster-se de qualquer ato contrário à manifestação dos familiares do morto.<sup>13</sup>

Em razão da falta de receptividade da sociedade em geral, que reagiu contrariamente ao estatuto da doação presumida, o governo federal, utilizando-se de medidas provisórias continuamente reeditadas, chegou, finalmente, à Lei n. 10.211, de 23 de março de 2001, a qual passou a regular a doação de órgãos e transplantes em nosso país e alterou o art. 4º da citada lei, nos moldes da sua atual redação.

Assim, a lei em comento foi modificada para exigir obrigatoriamente consulta à família do morto, e a retirada dos órgãos deste passa a depender da autorização da família, por meio de documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.

Conclui José Geraldo Drumond acentuando o seguinte argumento:

Revogou-se na nova norma legal aquilo que mais feriu a cultura brasileira, caracteristicamente refratária à imposição de qualquer

---

<sup>13</sup> DRUMOND, José Geraldo de Freitas. *Bioética e Biodireito*. Disponível em: <<http://www.ufpl.tc.br/medicina/bioetica/transplantesbio.pdf>>. Acesso em: 6 abr. 2009.

natureza. [...] Daí por que no Brasil a doação de órgãos para transplantes continuará sendo mais uma questão de consciência individual e, sobretudo, uma opção de solidária e generosa fraternidade.<sup>14</sup>

Preponderou à norma legal impositiva o respeito à tradição cultural do povo brasileiro, consubstanciado no entendimento geral de que a doação deveria ser uma opção generosa e um ato de solidariedade espontâneo, conseqüente à solidariedade humana.

Entretanto, estabelecer a obrigatoriedade de se consultar aos familiares do falecido sobre a doação de órgãos e tecidos constitui-se num verdadeiro desrespeito ao princípio bioético da autonomia, pois, mesmo que o morto tenha se declarado favorável à doação, seus familiares podem desconsiderar sua vontade e negar a autorização para remoção dos órgãos para fins de transplantes.

## 2 BIODIREITO

Se a Bioética está ligada a assuntos que envolvem a vida e a morte das pessoas, tais como novos métodos de fecundação, a natureza do embrião, o aborto, a eutanásia, a manipulação genética, o transplante de órgãos, a clonagem, entre outros, o Biodireito busca estabelecer limites para a conduta dos profissionais envolvidos, tendo sempre como mote a dignidade da pessoa humana. Assim, estabelece se determinada conduta é lícita, ou seja, se está de acordo com os preceitos normativos consubstanciados nos valores, nos princípios e nas normas que têm como finalidade proteger a vida humana e interferir, se necessário, nos mecanismos de sua manipulação.

Com efeito, observa Jussara Ferreira:

realmente, torna-se inarredável a intervenção do direito no campo das biotecnologias e biomédicas, considerando a gama de valores a merecer tutela jurídica capaz de equilibrar de um lado as portentosas “descobertas” científicas, e de outro o emprego de tais descobertas pela biomedicina, sem violar direitos, muitos dos quais, devidamente protegidos, como, por exemplo, vários dos que integram o rol dos direitos da personalidade.<sup>15</sup>

Salienta ainda a autora que:

não há dúvida de que o direito enfrentará os desafios relacionados às modernas biotecnologias e às biomedicinas. Tanto assim o é, que algumas legislações específicas vêm regulando quer para permitir, proteger ou proibir quaisquer manipulações que envolvam a

---

<sup>14</sup> DRUMOND, José Geraldo de Freitas. *Bioética e Biodireito*. Disponível em: <<http://www.ufpl.tche.br/medicina/bioetica/transplantesbio.pdf>>. Acesso em: 6 abr. 2009.

<sup>15</sup> FERREIRA, Jussara S. A. B. N. *Bioética e Biodireito*. Disponível em: <<http://www.unifenas.br/radiologia/biblioteca/bioetica/BIO%C9TICA%20E%20BIODIREITO.doc>>. Acesso em: 10 abr. 2009.



inviolabilidade do corpo humano, a exemplo da lei que regula o transplante de órgãos e tecidos e partes do corpo humano, com fins terapêuticos e científicos (Lei n. 9.434/97).<sup>16</sup>

Percebe-se a patente dificuldade na regulamentação das questões atinentes ao Biodireito, não só quanto aos transplantes, mas igualmente quanto ao estatuto do embrião humano, à eutanásia, à manipulação genética, à clonagem humana, etc.

Nesse sentido, observa Maria Helena Diniz: “Urge, portanto, a imposição de limites à moderna medicina, reconhecendo-se que o respeito ao ser humano em todas as suas fases evolutivas (antes do nascer, no nascimento, no viver, no sofrer e no morrer) só é alcançado se estiver atento à dignidade humana.”<sup>17</sup>

Assim, surge a necessidade de normas reguladoras dos procedimentos a serem utilizados para que a ciência atinja seus objetivos, sem macular os princípios éticos e os direitos humanos fundamentais, quais sejam, a dignidade humana e o direito à vida. Compete, então, ao Direito a tarefa de acompanhar tais inovações científicas de maneira a encontrar um ponto de equilíbrio entre os novos conhecimentos trazidos pela ciência e o ser humano.

## 2.1 O QUE É BIODIREITO?

A Constituição Federal de 1988, no art. 5º, inc. IX, proclama a liberdade da atividade científica como um dos direitos fundamentais, entretanto, isso não quer dizer que essa liberdade seja absoluta e não imponha limitações na sua manipulação. Cuida-se não perder de vista que os avanços tecnológicos na esfera da medicina e da saúde podem comprometer de forma irreparável o futuro da humanidade, dada a possibilidade de alteração do material genético humano e das inovações decorrentes da reprodução humana.

Nasce uma nova disciplina, o Biodireito, novo ramo do Direito, que, a partir das fontes específicas, quais sejam, a Bioética e a Biotecnologia, cujo objetivo principal é impedir que a ciência se sobreponha à ética e ao direito, da mesma maneira que o progresso científico não poderá desrespeitar o preceito fundamental consubstanciado na dignidade da pessoa humana, nem determinar, sem limites jurídicos, o destino da humanidade.

Conforme entendimento de Jussara Ferreira: “concebemos o Biodireito como conjunto de normas esparsas que têm por objeto regular as atividades e relações desenvolvidas pelas biociências e biotecnologias, com o fim de manter a integridade e a dignidade humana frente ao progresso, benefício, ou não, das conquistas científicas em favor da vida.”<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> FERREIRA, Jussara S. A. B. N. *Bioética e Biodireito*. Disponível em: <<http://www.unifenas.br/radiologia/biblioteca/bioetica/BIO%C9TICA%20E%20BIODIREITO.doc>>. Acesso em: 10 abr. 2009.

<sup>17</sup> DINIZ, Maria Helena apud SOARES, André Marcelo M.; PIÑEIRO, Walter Esteves. *Bioética e Biodireito: uma introdução*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 68.

<sup>18</sup> FERREIRA, Jussara S. A. B. N. *Bioética e Biodireito*. Disponível em: <<http://www.unifenas.br/radiologia/biblioteca/bioetica/BIO%C9TICA%20E%20BIODIREITO.doc>>. Acesso em: 10 abr. 2009.

Os autores André Soares e Walter Piñero definem Biodireito como:

Aquele ramo do saber jurídico, didaticamente autônomo, que tem por área de conhecimento o conjunto das proposições jurídicas atinentes, imediata ou mediata, à vida, desde o momento em que surge um novo ser até o derradeiro momento em que não há mais vida, envolvendo, também, aquelas que têm por escopo delimitar o uso das novas tecnologias biomédicas.<sup>19</sup>

Já Arnaud conceitua o Biodireito como “o ramo do direito que trata da teoria, da legislação e da jurisprudência relativas às normas reguladoras da conduta humana em face dos avanços da Biologia, da Biotecnologia e da Medicina”.<sup>20</sup>

Nesse mesmo sentido, André Soares e Walter Piñero ensinam que o Biodireito apreende o ordenamento jurídico de uma forma distinta dos outros ramos do saber jurídico. “Somente ingressarão em seu campo de atenção as normas jurídicas que tiverem a vida como centro de interesse, mas desde que relacionadas à nova medicina, com suas novas tecnologias e descobertas”. Salientam os autores que: “Afinal de contas, foram as novas indagações surgidas do avanço da medicina que impulsionaram o surgimento tanto da Bioética como, por consequência, o Biodireito”.<sup>21</sup>

Assim, o Biodireito é um ramo do direito que busca, por meio de normas jurídicas reguladoras, disciplinar os conflitos oriundos do progresso tecnológico empregado no desenvolvimento da ciência, na esfera da medicina e da saúde que envolvam situações de conflito vinculadas à manipulação genética, entre as quais, o direito à vida, à integridade física e à saúde.

## 2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO BIODIREITO

O Biodireito não está reunido em uma única lei, mas dividido em várias leis esparsas. Contudo, por ser um ramo do direito e integrante do nosso sistema jurídico, deve, necessariamente, submeter-se aos princípios que o regem. A Constituição Federal brasileira contempla os seguintes princípios que servem como diretrizes para o Biodireito:

### 2.2.1 ADIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Garantia e princípio constitucional fundamental, basilar para toda e qualquer norma jurídica, assegurado à pessoa humana, consoante previsão do artigo 1º, inciso III, da CF.

---

<sup>19</sup> SOARES, André Marcelo M.; PIÑERO, Walter Esteves. *Bioética e Biodireito: uma introdução*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 74.

<sup>20</sup> ARNAUD, André Jean. *Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999 apud, PARISE, Patrícia Spagnolo. *O que é Biodireito?* Disponível em: <<http://www.faculdadeobjetivo.com.br/arquivos/ART4.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2009.

<sup>21</sup> SOARES, André Marcelo M.; PIÑERO, Walter Esteves. *Bioética e Biodireito: uma introdução*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 74.

Destarte ditames desse princípio, citamos como exemplo, entre outros, a regulamentação sobre transplantes de órgãos que encontrou limitação no art. 199, § 4º, da Constituição, consubstanciado na vedação de todo tipo de comercialização. Nessa esteira, a Lei de Biossegurança (Lei n. 8.974/95) consolidou o disposto no art. 225, § 1º, II e IV, e estabeleceu normas que visam preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do país.

A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais estão intimamente ligados. A evolução dos direitos fundamentais ocorre em função das novas situações fáticas que surgem, sempre tendo como alvo a proteção da dignidade da pessoa humana. Assim entende Flávia Piovesan ao dizer que: “a dignidade humana e os direitos fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo sistema jurídico brasileiro”.<sup>22</sup>

### 2.2.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A concepção aristotélica acerca da igualdade é expressa em tratar desigualmente os desiguais e igualmente os iguais. Sergio Ferraz ressalta que “é fundamental, para saber qual o conteúdo jurídico do princípio da igualdade, conhecer quando é válida a desigualdade. É necessária uma investigação profunda para descortinar-se o traço de legitimidade que justifica determinado fator discriminatório”.<sup>23</sup>

A igualdade constitui tema de elevada importância no nosso ordenamento jurídico. Jamais será possível verificar se uma sociedade é livre e justa, se a prática dos atos necessários a se alcançar tal objetivo não estiver relacionada com os ditames da igualdade. Compete ao Biodireito fazer a ponderação de valores sob a ótica dos graus de emergência, necessidade ou utilidade, no caso concreto em análise.

### 2.2.3 PRINCÍPIO DA INVIOABILIDADE DA VIDA

O art. 5º, *caput*, da Constituição Federal consagra, entre outros, o princípio da inviolabilidade do direito à vida. É um dos direitos e garantias fundamentais assegurados constitucionalmente pelo Estado – Estado Democrático de Direito –, dado que a vida representa para o indivíduo bem vital, de valor inestimável, devendo ter a mais absoluta proteção e, portanto, é dever do Biodireito resguardá-la, ao máximo, de todos e quaisquer experimentos científicos que envolvam seres humanos.

### 2.2.4 PRINCÍPIO DA INFORMAÇÃO

“É assegurado a todos o acesso à informação (...)” (art. 5º, XIV, CF). Preceito constitucional que assegura ao indivíduo informações que sejam do interesse da pessoa.

<sup>22</sup> PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 35.

<sup>23</sup> FERRAZ, 1991, p. 23, apud SOARES, André Marcelo M.; PIÑEIRO, Walter Esteves. *Bioética e Biodireito: uma introdução*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 93.

Assim, tal princípio está presente no princípio bioético da autonomia, garantindo às pessoas receber todas as informações sobre o procedimento investigatório a que será submetido, para o livre e consciente consentimento.

### **2.2.5 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À SAÚDE**

A saúde é uma garantia assegurada no texto constitucional, conforme o art. 196 da CF, que a consagra como um direito de todos e um dever do Estado. Como direito fundamental, o direito à saúde está inserido no conceito de “dignidade humana”, previsto no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal, pois não há de se falar em dignidade se não houver condições mínimas de garantia da saúde do indivíduo. Da mesma forma, a proteção do direito à saúde é manifestada no *caput* do artigo 5º da Constituição, que preconiza a inviolabilidade do direito à vida, o mais fundamental dos direitos. Inconciliável, igualmente, proteger a vida, sem agir da mesma forma com a saúde. Portanto, é função do Biodireito impedir que as pesquisas técnico-científicas venham provocar comprometimento da saúde do ser humano.

## **3 OS PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO EM FACE DA LEI 9.434/97**

Os princípios têm como traço mais marcante uma dimensão própria: a dimensão do peso ou importância. Assim, quem houver de resolver o conflito quando se entrecruzam vários princípios deverá levar em conta o peso relativo de cada um deles, em cada caso concreto, ainda que todos sejam válidos. Já as regras, quando duas entram em conflito, uma delas não é válida, é “tudo ou nada”.

Em conformidade com tal assertiva, tanto para os princípios da Bioética quanto para os princípios do Biodireito, em situação conflitantes entre si, sem se excluírem mutuamente, buscar-se-á a ponderação de valores dos princípios contrapostos, de forma que se encontre a melhor e mais adequada solução para o caso concreto.

Como dito, o Biodireito se ocupa de normas, princípios e relações jurídicas vinculadas à (ao): procriação assistida e manipulação genética em sentido amplo; natureza jurídica do embrião; aborto; recombinação de genes; eugenia; transplante de órgãos entre seres vivos e *post mortem*; direito à saúde; genoma humano; criação e patenteamento de seres vivos; eutanásia; propriedade do corpo vivo ou morto.

Tratando do tema relativo à doação de órgãos para fins de transplantes, a Lei n. 9.434/97 foi aprovada em 16 de janeiro de 1997 pelo Congresso Nacional, sancionada pelo Presidente da República em 4 de fevereiro de 1997 e regulamentada pelo Decreto n. 2.268/97, de 30 de junho do mesmo ano. Sua redação original gerou polêmica, dilemas éticos e morais e suscitou manifestações da Bioética e do Biodireito, uma vez que havia uma presunção de que todos os indivíduos seriam doadores, salvo manifestação de vontade em contrário. Presunção essa que estaria ferindo direitos da personalidade e a dignidade



da pessoa humana. Foi uma imposição violenta do Estado, uma lei compulsória e absurda que passou por cima de tais direitos e por meio da qual o Estado se sentiu no direito de se apropriar dos corpos por uma decisão unilateral. Houve um verdadeiro descompasso entre a vontade legal e os anseios da sociedade no que diz respeito à legislação atinente à remoção de órgãos e tecidos para fins de transplantes, fazendo com que houvesse uma manifestação generalizada na opinião pública, a qual esboçou sua contrariedade ao novo dispositivo legal.

Pretendeu o legislador estimular as doações *post mortem* e facilitar os procedimentos legais para a retirada de órgãos de cadáver ao estabelecer a doação presumida com vistas a buscar uma saída legal para solucionar o drama daqueles que, para sobreviver, necessitam de transplantes de órgãos.

Assim, surge o conflito entre os princípios da dignidade da pessoa humana e os princípios do direito à vida e à saúde. Cria-se o seguinte dilema: preservar a vida contra a morte ou a doença, ou preservar o cadáver para satisfazer o desejo da família, consubstanciado na cultura e na tradição do povo brasileiro?

O legislador optou por alterar o art. 4º da Lei n. 9.434/97, acabando com a doação presumida e passando a exigir a autorização dos familiares elencados nesse artigo, os quais se tornaram responsáveis pela autorização da retirada de órgãos do ente falecido. Assim, embora o direito à vida seja um bem jurídico tutelado como direito fundamental básico, no caso da Lei dos Transplantes, na ponderação de valores dos princípios em confronto, preponderou o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, ao retirar da lei a obrigatoriedade, caso haja manifestação em contrário, da doação presumida ou compulsória.

Por outro lado, ao exigir a manifestação expressa dos familiares do falecido, mesmo que este, em vida, tenha declarado a sua vontade de ser doador, a redação atual do dispositivo modificado da Lei dos Transplantes permite que os familiares indicados desconsiderem tal vontade e, por consequência, neguem a autorização para a remoção dos órgãos para fins de transplante, desmerecendo aquele que é considerado por muitos como o princípio motor da Bioética: o princípio da autonomia individual ou do respeito à pessoa.

#### **4 ADIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Dos princípios da convivência humana, a dignidade tem sido o mote em torno do qual sempre gravitaram os ditames jurídicos de uma comunidade social. Tais regramentos legais possibilitam que os seres, quer física ou moralmente, passem a usufruir direitos e a arcar com obrigações.

Nas postulações legais do direito privado, está fincado o conceito da dignidade pessoal dos seres humanos, que devem ser respeitados em sua dignidade pessoal, sem

qualquer prejuízo à sua existência quanto à vida, ao seu corpo e à sua saúde, vivendo individualmente sua própria existência.

A dignidade da pessoa humana forçosamente implica a visão do homem, conforme a espécie, como o ponto fulcral de todos os procedimentos jurídicos, ainda que a abrangência desses procedimentos afete individualmente cada um, por isso que não se pode, juridicamente, tratar duas pessoas de forma diferente.

O respeito à dignidade da pessoa humana vincula-se ao tratamento de cada um como ser individual e não como coisa, como propriedade de estruturas privadas ou estatais, e os indivíduos, como tais, devem ser apoiados pelas regras de direito, pelos procedimentos penais, por suas vontades e pelas personalidades individuais.

Firma-se, então, o princípio da dignidade como o principal fundamento dos princípios constitucionais, que, segundo Rizatto Nunes, “é a dignidade que dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete”,<sup>24</sup> o qual deve ser considerado como o maior influenciador na interpretação dos direitos das pessoas. Para essa assertiva, a contribuição de Daury César Fabríz concretiza-se em sua manifestação: “o mencionado princípio torna-se a coluna vertebral do Biodireito, sendo princípio que se estabelece como direito humano e fundamental”.<sup>25</sup>

Em ilustrado texto, confirma essas interpretações:

acontece que nenhum indivíduo é isolado. Ele nasce, cresce e vive no meio social. E aí, nesse contexto, sua dignidade ganha – ou, tem o direito de ganhar – um acréscimo de dignidade. Ele nasce com integridade física e psíquica, mas chega um momento de seu desenvolvimento que seu pensamento tem de ser respeitado, suas ações e seu comportamento – isto é, sua liberdade –, sua imagem, sua intimidade, sua consciência – religiosa, científica, espiritual etc. –, tudo compõe sua dignidade.<sup>26</sup>

Dignidade da pessoa humana reflete, como já foi anteriormente afirmado, uma ideia elaborada no curso de toda a história da humanidade, chegando aos dias atuais completa como principal valor constituído no universo jurídico. Essa conclusão vincula-se ao princípio de que a aplicação de atos de dignidade é restrita aos seres humanos, certamente resultantes de fundamentações religiosas, por fazerem parte, principalmente, dos doutrinamentos pregados nos ideais cristãos.

---

<sup>24</sup> NUNES, Rizatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 45, apud SILVA, Andíara Roberta; SPENGLER NETO, Theobaldo. *Transplantes de órgãos e tecidos: uma abordagem constitucional*. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7541>>. Acesso em: 11 abr. 2007.

<sup>25</sup> FABRIZ, Daury César. *Bioética e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 355.

<sup>26</sup> NUNES, Rizatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 49, apud SILVA, Andíara Roberta; SPENGLER NETO, Theobaldo. *Transplantes de órgãos e tecidos: uma abordagem constitucional*. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7541>>. Acesso em: 11 abr. 2007.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, elaborada pela Organização das Nações Unidas, proclama que a dignidade da família humana é “fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”,<sup>27</sup> conforme afirma Maria Helena Diniz. Crescem no cenário mundial organizações não governamentais que, em seus estatutos, propõem a constante divulgação de princípios e da educação na área de Direitos Humanos.

O principal direito fundamental garantido pela Constituição Federal de 1988 está enunciado em seu artigo 1º, inciso III, que contém, além de mais de uma norma, fundamento de posições jurídico-subjetivas, ou seja, “norma(s) definidora(s) de direitos e garantias, mas também de deveres fundamentais”, segundo Sarlet, citado por Silva e Spengler Neto.<sup>28</sup>

Existindo, a pessoa humana, sem qualquer consideração quanto à sua situação social, traz a dignidade de todo o ser na sua superioridade racional. Não será, portanto, cabível qualquer discriminação por nascimento, raça, saúde mental, crença ou inteligência. A dignidade da pessoa humana não pode ser afastada nos casos de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas, garantindo-se que esse princípio ombreie com os outros direitos, igualmente fundamentais, existentes na Constituição.

A esse respeito, Maria Cláudia Brauner complementa:

toda a filosofia dos direitos humanos desenvolvida pela Modernidade estabelece sua base neste mesmo princípio. Portanto, a ideia principal é de sustentar-se que a dignidade do homem e todos os direitos destinados a preservá-la pertencem ao homem pelo único fato de seu nascimento. Mesmo que pareça difícil a compreensão da ideia de dignidade, podemos afirmar que esse fundamento está presente no pensamento jurídico moderno.<sup>29</sup>

A medicina atual reconhece e pratica o respeito ao ser humano em todo o curso da vida e da morte, compreendendo que a existência humana não é questão de existência pura e simples, mas, sobretudo, a vida com dignidade.

Problemas éticos associados ao exercício da medicina estão presentes em todas as culturas do mundo. As fronteiras éticas e jurídicas resultantes das intervenções no corpo humano avultam em maior significado sempre que se referem a transplantes de órgãos e tecidos de origem humana. O corpo humano passou a ter significado de vida para centenas de indivíduos que, cheios de esperança, buscam contar com a solidariedade do detentor daquele corpo, que possibilita um tratamento ou uma salvação.

---

<sup>27</sup> DINIZ, Maria Helena, 2000, p. 19, apud SILVA, Andriara Roberta; SPENGLER NETO, Theobaldo. *Transplantes de órgãos e tecidos: uma abordagem constitucional*. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7541>>. Acesso em: 11 abr. 2007.

<sup>28</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, 2002, apud por SILVA, Andriara Roberta; SPENGLER NETO, Theobaldo. *Transplantes de órgãos e tecidos: uma abordagem constitucional*. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7541>>. Acesso em: 11 abr. 2007.

<sup>29</sup> BRAUNER, 2000, p. 10, apud SILVA, Andriara Roberta; SPENGLER NETO, Theobaldo. *Transplantes de órgãos e tecidos: uma abordagem constitucional*. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7541>>. Acesso em: 11 abr. 2007.

Os transplantes representam questões extremas de ordem moral e ética, calcadas em torno das experiências com o corpo humano, com decisões de ordem legal e política em matéria de saúde e de sobrevivência. Entretanto, num amplo espectro de suas aplicações, os transplantes findam por tangenciar os princípios da dignidade humana.

As legislações sobre transplantes ajustam-se adequadamente a esses princípios, regulando as intervenções no corpo humano e refletindo, de certa forma, valores do princípio da autonomia da vontade, quanto ao consentimento informado, reafirmando denominados princípios tradicionais éticos e jurídicos, tais como a não comercialização do corpo humano – instruindo que as doações sejam obrigatoriamente gratuitas –; o controle da informação sobre si próprio pelo indivíduo – instruindo que as doações possam ser confidenciais –; a utilização de critérios estritamente médicos – eliminando qualquer discriminação –; a execução do estritamente indispensável – instruindo para que o ato seja estritamente proporcional às necessidades detectadas.

Esses princípios são simplesmente o patrimônio comum dos direitos dos seres humanos, representando a sua proteção quanto à dignidade, à integridade e à identidade, de forma a resguardar plenamente direitos e liberdades fundamentais.

Nesse mesmo sentido, é especificamente válido conhecer-se, na íntegra, a manifestação do Papa João Paulo II, feita em 29 de agosto de 2000, aos participantes do XVIII Congresso Internacional sobre Transplantes, a qual se revela de grande atualidade:

Os transplantes são uma grande conquista da ciência ao serviço do homem, e nos nossos dias não são poucos aqueles que devem a própria vida ao transplante de um órgão. Portanto, a técnica dos transplantes revela-se cada vez mais como um instrumento precioso na consecução da finalidade primária de toda a medicina: o serviço à vida humana. Por essa razão, na Carta Encíclica *Evangelium vitae*, recordei que, entre os gestos que concorrem para alimentar uma autêntica cultura da vida, “merece particular apreço a doação de órgãos feita, segundo formas eticamente aceitáveis, para oferecer uma possibilidade de saúde e até de vida a doentes, por vezes já sem esperança” (n. 86).

Como se verifica em qualquer conquista humana, também esse sector especial da ciência médica, apesar de oferecer toda a esperança de saúde e de vida a muitos, não deixa de apresentar alguns pontos críticos, que requerem ser examinados à luz de uma atenta reflexão antropológica e ética.

Também nesta área da ciência médica o critério fundamental de avaliação reside na defesa e promoção do bem integral da pessoa humana, segundo a peculiar dignidade que temos em virtude da nossa humanidade. Por conseguinte, é evidente que todas as intervenções médicas na pessoa humana estão sujeitas a limitações



que não se reduzem à eventual impossibilidade técnica de realização, mas que estão ligadas ao respeito da própria natureza humana entendida no seu significado integral: “Aquilo que é tecnicamente possível não é necessariamente, por esta mera razão, admissível do ponto de vista moral” (Congregação para a Doutrina da Fé, *Donum vitae*, 4).

A primeira ênfase deve-se dar ao facto de que qualquer intervenção de transplante de órgãos, como já noutra ocasião tive a oportunidade de ressaltar, tem geralmente origem numa decisão de grande valor ético: “A decisão de oferecer, sem recompensa, uma parte do próprio corpo, em benefício da saúde e do bem-estar de outra pessoa” (Discurso ao I Congresso Internacional sobre os Transplantes de Órgãos, cf. L’Osservatore Romano, ed. port. de 11/8/1991, pág. 5, n. 3). Precisamente nisto reside a nobreza do gesto, que se configura como um autêntico acto de amor. Não se oferece simplesmente uma parte do corpo, mas doa-se algo de si, a partir do momento que, “por força da sua união substancial com uma alma espiritual, o corpo humano não pode ser considerado apenas como um conjunto de tecidos, órgãos e funções... Ele é parte constitutiva da pessoa que através dele se manifesta e se exprime” (Congregação para a Doutrina da Fé, *Donum vitae*, 3).

Por conseguinte, toda a práxis tendente a negociar os órgãos humanos ou a considerá-los como unidade de intercâmbio ou de comércio resulta moralmente inaceitável, pois, através da utilização do corpo como “objecto”, viola-se a própria dignidade da pessoa.

Esse primeiro ponto tem uma imediata consequência de notável relevância ética: a necessidade de um consentimento informado. A “autenticidade” humana de um gesto tão decisivo requer, de facto, que a pessoa humana seja adequadamente informada sobre os processos nele implicados, a fim de exprimir de modo consciente e livre o seu consentimento ou a sua recusa. O consentimento dos parentes tem o seu próprio valor ético, quando falta a opção do doador. Naturalmente, um consentimento com características análogas deverá ser expresso por aquele que recebe os órgãos doados.

O reconhecimento da dignidade singular da pessoa humana tem uma ulterior consequência subjacente: os órgãos vitais individualmente só podem ser removidos após a morte, isto é, do corpo de um indivíduo decerto morto. Essa exigência é evidente, uma vez que comportar-se diversamente significaria causar a morte intencional do doador, mediante a remoção dos seus órgãos. Daqui surge uma das questões mais frequentemente presentes nos debates bioéticos

actuais e, não raro, também nas dúvidas das pessoas simples. Refiro-me ao problema da certificação da própria morte. Quando uma pessoa pode ser considerada completa e certamente morta?

A respeito disso, é oportuno recordar que a morte da pessoa é um evento único, que consiste na total desintegração do complexo unitário e integrado que a pessoa é em si mesma, como consequência da separação do princípio vital, ou da alma, da realidade corporal da pessoa. A morte da pessoa, entendida nesse sentido original, é um evento que não pode ser directamente identificado por qualquer técnica científica ou método empírico.

Mas a experiência humana ensina também que o evento da morte produz inevitavelmente sinais biológicos, que a medicina aprendeu a reconhecer de maneira sempre mais específica. Os chamados “critérios” de certificação da morte, usados pela medicina moderna, não devem, portanto, ser entendidos como a determinação técnico-científica do momento exacto da morte da pessoa, mas como uma modalidade cientificamente segura para identificar os sinais biológicos de que a pessoa, de facto, morreu.

Sabe-se muito bem que, desde há algum tempo, diversas abordagens científicas da certificação da morte transferiram a ênfase dos tradicionais sinais cardiorrespiratórios para o chamado critério “neurológico”, nomeadamente para a constatação segundo parâmetros bem determinados e em geral compartilhados pela comunidade científica internacional, da cessação total e irreversível de qualquer actividade encefálica (cérebro, cerebelo e tronco encefálico), como sinal da perda da capacidade de integração do organismo individual como tal.

Diante dos parâmetros hodiernos de certificação da morte, quer se refira aos sinais “encefálicos”, quer se faça recurso aos mais tradicionais sinais cardiorrespiratórios, a Igreja não toma decisões técnicas, mas limita-se a exercer a responsabilidade evangélica de confrontar os dados oferecidos pela ciência médica com uma concepção cristã da unidade da pessoa, evidenciando semelhanças e eventuais contradições, que poderiam pôr em perigo o respeito pela dignidade humana.

Nessa perspectiva, pode-se afirmar que o supramencionado critério de certificação da morte recentemente adoptado, isto é, a cessação total e irreversível de toda a actividade encefálica, se for aplicado de maneira escrupulosa, não parece contrastar os elementos essenciais duma sólida antropologia. Como consequência, o operador no campo

da saúde que tem a responsabilidade profissional da certificação da morte pode basear-se neles para alcançar, caso por caso, aquele grau de certeza no juízo ético que a doutrina moral qualifica com o termo de “certeza moral”, a qual é a base necessária e suficiente para se poder agir de maneira eticamente correcta. Portanto, só na presença dessa certeza será moralmente legítimo activar os necessários processos técnicos para a remoção dos órgãos a serem transplantados, tendo o médico sido informado do prévio consentimento do doador ou dos seus legítimos representantes.

Outro aspecto de grande relevo ético diz respeito ao problema da designação dos órgãos doados, mediante a compilação de listas de espera ou de “prioridades”. Apesar dos esforços por promover uma cultura da doação de órgãos, os recursos actualmente disponíveis em muitos países ainda resultam insuficientes às necessidades médicas. Daqui nasce a exigência de compilar listas de espera para os transplantes, segundo critérios clarividentes e oportunamente motivados.

Do ponto de vista moral, um ponderado princípio de justiça exige que esses critérios de designação dos órgãos doados não derivem de modo algum de lógicas de tipo “discriminatório” (por exemplo, baseadas na idade, sexo, raça, religião, condição social, etc.), ou de tipo “utilitário” (por exemplo, assentes na capacidade de trabalho, utilidade social, etc.). Pelo contrário, na determinação das prioridades de acesso aos transplantes, dever-se-á respeitar avaliações imunológicas e clínicas. Qualquer outro critério se revelaria arbitrário e subjectivo, pois não reconheceria o valor intrínseco que cada ser humano tem enquanto tal, independentemente das circunstâncias extrínsecas.

A última questão refere-se a uma possível solução alternativa, ainda em fase experimental, ao problema de encontrar órgãos a transplantar: trata-se dos chamados xenotransplantes, isto é, o transplante de órgãos de outras espécies animais.

Não é minha intenção enfrentar aqui de maneira pormenorizada os problemas suscitados por essa forma de intervenção. Limito-me a recordar que já em 1956 o Papa Pio XII levantou a questão sobre a sua liceidade. Fê-lo comentando a possibilidade científica, que então se pressagiava, do transplante da córnea animal no homem. A resposta que ele deu, ainda hoje, é iluminadora para nós: como princípio, dizia ele, a liceidade de um xenotransplante requer, por um lado, que o órgão transplantado não prejudique a integridade da identidade psicológica ou genética da pessoa que o recebe; por outro, que exista a comprovada possibilidade biológica de efectuar com êxito

esse transplante, sem expor a imoderados riscos quem o recebe (cf. Discurso à Associação Italiana de Doadores de Córnea e aos Clínicos Oculistas e Médicos Legais, 14 de Maio de 1956).

Ao concluir, exprimo votos por que, graças à obra de muitas pessoas generosas e altamente qualificadas, a investigação científico-tecnológica no sector dos transplantes se desenvolva ainda mais, estendendo-se também à experimentação de novas terapias sucedâneas ao transplante de órgãos, como parecem prometer alguns dos recentes progressos protéticos. Em todo o caso, será preciso evitar sempre os métodos que não respeitam a dignidade e o valor da pessoa; penso de modo particular nas tentativas de clonagem humana, que visam à obtenção de órgãos de transplante: enquanto implicam a manipulação e a destruição de embriões humanos, tais técnicas não são moralmente aceitáveis, mesmo que tenham em vista um objectivo em si bom. A ciência deixa entrever outras vias de intervenção terapêutica, que não comportam a clonagem nem o uso de células embrionárias, bastando para essa finalidade a utilização de células estaminais extraídas de organismos adultos. É ao longo dessa via que deverá progredir a investigação, se quiser ser respeitosa da dignidade de cada ser humano, mesmo na fase embrionária.

No estudo de todas essas questões, é importante a contribuição dos filósofos e teólogos, cuja atenta e competente reflexão sobre os problemas éticos ligados à terapia dos transplantes poderá levar a especificar melhor os critérios de juízo, com base nos quais avaliar que tipos de transplante se podem considerar moralmente admissíveis e sob que condições, sobretudo no que concerne à salvaguarda da identidade pessoal de cada indivíduo.

Faço votos por que os líderes sociais, políticos e educativos renovem o seu compromisso em promover uma genuína cultura da generosidade e da solidariedade. É preciso suscitar no coração de todos, e em particular dos jovens, uma autêntica e profunda consideração da necessidade da caridade fraterna, de um amor que se possa exprimir na decisão de se tornar doador de órgãos. O Senhor ajude cada um de vós no próprio trabalho, orientando-vos para o serviço do autêntico progresso humano.<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> XVIII CONGRESSO INTERNACIONAL SOBRE OS TRANSPLANTES. *Discurso do Papa João Paulo II no XVIII Congresso Internacional sobre os Transplantes*. 2000. Disponível em: <<http://www.juntospelavida.org/transplantes.html>>. Acesso em: 23 mar. 2009.



## 5 DIREITOS DA PERSONALIDADE

Segundo Mônica Queiroz, os direitos da personalidade abrangem aspectos físicos, intelectuais e morais, e cita Donizetti, cujo ensinamento transcreve:

no seu aspecto físico, destacam-se o direito à vida e ao próprio corpo. No aspecto intelectual, o direito à liberdade de pensamento, o direito à autoria científica, artística ou literária e, ainda, no aspecto moral, o direito à liberdade, à honra, ao recato, ao segredo, à imagem, à identidade, além do direito de exigir de terceiros o respeito a esses direitos. Em razão de estarem inseridos no rol dos direitos subjetivos, esses direitos conferem ao seu titular o poder de implementar atitudes com o objetivo de preservá-los.<sup>31</sup>

Salienta, ainda, Mônica Queiroz que os direitos da personalidade têm características que os qualificam de modo totalmente preciso e se situam como:

- a) absolutos: por serem exigíveis e oponíveis a toda a sociedade, sendo, portanto, oponíveis *erga omnes*;
- b) vitalícios: por serem intransmissíveis por via sucessória, embora a proteção de alguns direitos da personalidade manter-se em uma projeção *post mortem*;
- c) indisponíveis: por não admitirem a alienação (art. 11, CC);
- d) extrapatrimoniais: por não se circunscreverem à esfera econômico-patrimonial, sendo possível, somente em caso de lesão ou ameaça, a estimação para uma eventual compensação;
- e) impenhorabilidade: trata-se de corolário lógico do caráter extrapatrimonial dos direitos da personalidade, de modo que é curial saber que os direitos da personalidade não podem sofrer constrição judicial para a satisfação de dívidas;
- f) ilimitados: uma vez que não podem ser reduzidos a um rol taxativo de direitos;
- g) imprescritíveis: o exercício de um direito da personalidade não está adstrito a prazos de qualquer espécie. (sublinhas nossas).<sup>32</sup>

Como se constata, das características apontadas por Mônica Queiroz, destacam-se aquelas intituladas como vitalícias, ilimitadas e imprescritíveis, as quais se inserem precisamente no escopo deste trabalho, por configurarem a imutabilidade de uma decisão tomada, a qualquer tempo, por possível doador de órgãos.

<sup>31</sup> DONIZETTI, 2007, apud QUEIROZ, Monica. *Direito Civil: Introdução e Parte Geral*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 44.

<sup>32</sup> QUEIROZ, Monica. *Direito Civil: Introdução e Parte Geral*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 44.

No contexto do artigo 12 do Código Civil, registra-se que “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”. Ante esse preceito, conclui-se que a tutela da personalidade humana pode ser tanto preventiva, quanto repressiva.<sup>33</sup>

A tutela preventiva será proposta sempre que houver ameaça aos direitos da personalidade, e a tutela repressiva será aplicável quando a ameaça já se houver concretizado.<sup>34</sup>

A crescente evolução das técnicas de cirurgias e o desenvolvimento de novas drogas imunossupressoras resultaram em proporcional incremento do sucesso dos transplantes e, também, da demanda por órgãos a serem doados. Esse progresso técnico-médico-científico trouxe como consequência a necessidade de reflexão sobre questões éticas pertinentes a transplantes, doações e doadores, as quais forçosamente se refletem nos princípios norteadores dos direitos da personalidade, exigindo profunda análise das questões que se inserem nesse tema, de forma que resultem em políticas orientadoras a todos os segmentos da sociedade que conjuntamente atuam nos procedimentos de transplantes.

Essas políticas deverão ser baseadas em éticas médicas, solução de conflitos de valores entre anseios de solução dos tratamentos médicos e a preservação da escolha e liberdade individual das pessoas, de forma a tornar clara e absolutamente explícita a decisão adotada em determinada circunstância, elidindo quaisquer ameaças aos direitos da personalidade e, conseqüentemente, tornando desnecessária a adoção de medidas de tutela preventiva.

O direito à vida, o direito à inviolabilidade e à integridade e ao respeito do seu nome, a sua reputação e a vida privada são inalienáveis a cada detentor dos direitos da personalidade, no qual se insere a proteção da vida e o direito das pessoas de serem protegidas contra lesões ao próprio corpo ou à saúde, direitos à honra e à autoestima. São, em suma, direitos que visam proteger os atributos da pessoa humana, concentrando-se sobre o ser em lugar do ter.

Assim, deve-se continuamente buscar a compreensão dos aspectos relativos às questões legais de transplantes em confronto com os direitos da personalidade, mediante análise das noções entre soberania e transplantes e do conceito legal de transplantes considerado no contexto dos direitos humanos.

Natanael Sarmiento menciona que:

de acordo com a redação original da Lei 9.434/97, antes das modificações introduzidas pela Lei 10.211/2001, doutrina e jurisprudência agitava-se em face do consentimento presumido à utilização de órgãos de “doador” morto. Pela dicção originária do texto legal, não havendo declaração expressa de não doador, (na

---

<sup>33</sup> QUEIROZ, Monica. *Direito Civil: Introdução e Parte Geral*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 45.

<sup>34</sup> QUEIROZ, Monica. *Direito Civil: Introdução e Parte Geral*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 45.

Carteira Nacional de Habilitação, art. 4º) presumia-se a autorização de doação de tecidos, órgãos, ou partes do corpo humano para finalidades de transplantes ou terapêuticas *post mortem*. O escopo da lei na doação presumida era aumentar o número de doadores fornecedores de órgãos e reduzir as filas de espera dos recebedores donatários. Nesse sentido, poder público a pretender defender o interesse social decidia-se pela universalidade da doação, assim, na sociedade brasileira todos seriam doadores salvo expressa manifestação de vontade em contrário.<sup>35</sup>

Prosseguindo, Natanael Sarmiento ainda relata:

em que pese o fim elevado do dispositivo legal, produziu-se um efeito contrário, e a regra de doação presumida tornada alvo de fortes críticas terminaria revogada em sede de Medida Provisória (MP), portanto, fundado nos pressupostos de “urgência” e “relevância” no ano seguinte, 1998. [...] Pela MP revogadora da doação presumida, a doação de órgãos do morto passava a depender de autorização de familiares. [...] A nova dicção apaziguaria os ânimos, inclusive de ilustres juristas que a viam na regência anterior como draconiana, inconstitucional, coisas que tais, porém, a nova e pacificadora redação, de fato, retirou da sociedade (ou do poder público, pelo menos) o processo decisório da questão.<sup>36</sup>

A Constituição Federal de 1988, no art. 5º, faz referência aos direitos da personalidade, determinando: “X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Nesse particular, Donizetti diz que “a interpretação dos direitos da personalidade conduz à compreensão de que eles nada mais são do que a garantia dada pelo Direito Privado para afirmar a dignidade da pessoa humana”.<sup>37</sup>

Os indivíduos são possuidores de todos os direitos vinculados à sua própria personalidade, direitos esses que dizem respeito às faculdades jurídicas, que definem aspectos da própria pessoa. Portanto, são os poderes que cada um deve exercer sobre si mesmos.

Esses direitos não são passíveis de avaliação pecuniária, uma vez que se agregam à pessoa de modo absoluto, por isso que devem ser rejeitadas quaisquer ações que possam causar danos ou ofensas aos direitos de personalidade, conforme tutela estabelecida no Código Civil de 2002, Livro I, Capítulo II, artigos 11 a 20.

---

<sup>35</sup> SARMENTO, Natanael. Disponível em: <<http://www.dodireitocivil.globspot.com/2008/09/normas-de-regencia-dos-direitos-dapersonalidade>>. Acesso em: 27 mar. 2009.

<sup>36</sup> SARMENTO, Natanael. Disponível em: <<http://www.dodireitocivil.globspot.com/2008/09/normas-de-regencia-dos-direitos-dapersonalidade>>. Acesso em: 27 mar. 2009.

<sup>37</sup> DONIZETTI, 2007, p. 64, apud QUEIROZ, Monica. *Direito Civil: Introdução e Parte Geral*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 43.

Todavia, as indicações do Código Civil não devem ser consideradas como exaustivas uma vez que, segundo afirma Venosa, “a ofensa a qualquer modalidade de direito da personalidade, dentro da variedade que a matéria propõe, pode ser coibida, segundo o caso concreto”<sup>38</sup> com base no que prescreve a Carta Magna Brasileira, que proclama a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental.

Gustavo Tepedino afirma que a interpretação do Código Civil, nesse particular, deve buscar a ampliação das garantias da pessoa humana, não apenas para as hipóteses de ressarcimento, mas para promover a tutela da personalidade, ainda que fora dos direitos previstos pelo legislador.<sup>39</sup>

Nesse sentido, Amaral observa que os direitos da personalidade são disciplinados e protegidos pela Constituição Federal, pelo Novo Código Civil, bem como pelo Código Penal e, ainda, em legislação especial, como a Lei de Imprensa, a Lei dos Transplantes, dos Direitos Autorais, etc., podendo se concluir que a tutela dessa matéria se estabelece em nível constitucional, civil e penal.<sup>40</sup>

Godoy afirma que a teoria dos direitos da personalidade, assim como suas formas de tutela, evoluiu na medida do desenvolvimento da valorização da pessoa humana e adquiriu mais relevo quanto mais nesta se distinguiram os direitos da dignidade<sup>41</sup>.

Pontes de Miranda afirma que “são efeitos de fatos jurídicos que se produziram, nos sistemas jurídicos, quando, a certo grau de evolução, a pressão política fez os sistemas jurídicos darem entrada a suportes fáticos que antes ficavam de fora, na dimensão moral ou na dimensão religiosa”.<sup>42</sup>

Norberto Bobbio ensina:

que o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los. Com efeito, o problema que temos não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.<sup>43</sup>

---

<sup>38</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo, 2002, p. 153, apud NICOLodi, Márcia. *Direitos da personalidade*. Disponível em: <<http://www.jusvi.com/artigos/570>>. Acesso em: 27 mar. 2009.

<sup>39</sup> TEPEDINO, Gustavo, 2003, apud NICOLodi, Márcia. *Direitos da personalidade*. Disponível em: <<http://www.jusvi.com/artigos/570>>. Acesso em: 27 mar. 2009.

<sup>40</sup> AMARAL, 2002, apud NICOLodi, Márcia. *Direitos da personalidade*. Disponível em: <<http://www.jusvi.com/artigos/570>>. Acesso em: 27 mar. 2009.

<sup>41</sup> GODOY, 2001, apud NICOLodi, Márcia. *Direitos da personalidade*. Disponível em: <<http://www.jusvi.com/artigos/570>>. Acesso em: 27 mar. 2009.

<sup>42</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo III, 1954, p. 7.

<sup>43</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 6. ed., Rio de Janeiro, Campus, 1992.



Colocando-se, então, a questão dos direitos da personalidade dentro de aspectos humanos e científicos, tem-se, a princípio, que o homem poderia dispor de seu próprio corpo para atingir objetivos altruísticos, atitudes que não poderiam ser consideradas ilícitas ou juridicamente inválidas. Todavia, ficam ressalvadas proibições ligadas a qualquer tipo de risco à vida ou à saúde daqueles que desejam dispor de seus órgãos e principalmente a existência de qualquer espécie de benefício a ser obtido com o ato praticado.<sup>44</sup>

Qualquer procedimento médico deve sempre proteger a identidade e a personalidade dos seres humanos e respeitar a integridade dos indivíduos e suas liberdades fundamentais.

A escassez de órgãos e tecidos é sempre objeto de providências e ações que objetivam aumentar a quantidade de doações, principalmente por meio de mídias que divulgam ao público dados sobre a importância e o significado do ato da doação. Porém, há que se resguardar, de forma legal e precisa, qualquer atitude que possa ser aplicada em detrimento dos direitos e das liberdades dos doadores ou potenciais doadores e receptores de órgãos e tecidos, de forma a impedir a comercialização, a influência pessoal ou institucional, o intercâmbio ou a seletividade.<sup>45</sup>

Para tanto os profissionais de saúde, o público em geral, os legisladores e os aplicadores das leis obrigam-se a praticar todos os atos que possibilitem o fornecimento, aos entes envolvidos, de todas as informações relativas à remoção de órgãos e à implantação de órgãos e tecidos, incluindo as questões relativas ao consentimento ou à autorização, particularmente no que diz respeito à retirada de órgãos de pessoas falecidas.<sup>46</sup>

Se de um lado a remoção de órgãos e tecidos de pessoas vivas é medida cercada de cuidados específicos que resguardam os direitos à integridade física do doador e objetivam o benefício do receptor, de outro lado, nos casos de pessoas falecidas, também há o que ser resguardado, pois o indivíduo, ainda que morto, deve ter os direitos de sua personalidade preservados.

Tais direitos não terminam com a morte e não se pode alegar que, não havendo pessoa, não haverá personalidade. Ao atribuir a herdeiros do morto a possibilidade de aplicação de atos legítimos para impetrar ações de danos morais, o Código Civil garante, dessa forma, os direitos da personalidade da pessoa morta.

---

<sup>44</sup> Protocolo Adicional à Convenção sobre Direitos do Homem e da Biomedicina, sobre Transplantes de órgãos e Tecidos de Origem Humana – Estrasburgo 24.01.2002 – Conselho Europa ETS nº 186. Disponível em: <<http://www.conventions.coe.int/treaty/EN/treaties/html/186.htm>>. Acesso em 27 mar. 2009.

<sup>45</sup> Protocolo Adicional à Convenção sobre Direitos do Homem e da Biomedicina, sobre Transplantes de órgãos e Tecidos de Origem Humana – Estrasburgo 24.01.2002 – Conselho Europa ETS nº 186. Disponível em: <<http://www.conventions.coe.int/treaty/EN/treaties/html/186.htm>>. Acesso em 27 mar. 2009.

<sup>46</sup> Protocolo Adicional à Convenção sobre Direitos do Homem e da Biomedicina, sobre Transplantes de órgãos e Tecidos de Origem Humana – Estrasburgo 24.01.2002 – Conselho Europa ETS nº 186. Disponível em: <<http://www.conventions.coe.int/treaty/EN/treaties/html/186.htm>>. Acesso em 27 mar. 2009.

Em Aspectos Jurídicos de Transplantes de Órgãos, Maria Cristina Mattioli afirma que:

O dogma da intangibilidade do corpo humano não constitui uma proteção jurídica apenas para as pessoas que vivem. Esse dogma persiste depois da morte, na medida em que o corpo humano tem um valor transcendente, que ultrapassa a vida e a morte. Portanto, a lei deve também proteger o corpo. Se uma pessoa viva não pode ser um objeto de mercadoria, um corpo morto não pode ser objeto de comércio.<sup>47</sup> (tradução nossa).

Os direitos da personalidade, cuja proteção remonta ao início do Império Romano e persiste nos dias atuais, fixando a ideia da pessoa humana e seus respectivos atributos, sempre continuarão a ser objeto de polêmicas entre aqueles que se posicionam do lado das evidências naturais, como seres humanos, vivos ou mortos, e aqueles que os veem com as lentes da obviedade dos fatos, com visões positivas e concretas, acerca do uso de técnicas de transplantes.<sup>48</sup>

Ainda que controversos, esses posicionamentos admitem a existência de direitos que proporcionam a proteção da personalidade, tanto em questões públicas quanto em questões privadas, sendo que as primeiras tiveram maior celeridade em suas constituições, uma vez que representam os direitos do indivíduo *versus* os direitos do Estado.<sup>49</sup>

As questões privadas, que somente passaram a ser consideradas recentemente, objetivaram a defesa dos indivíduos contra ações de entidades de capital privado, cujos produtos e serviços poderiam causar danos e ameaças à integridade da pessoa humana.<sup>50</sup>

Tanto em uma das questões quanto em outra, haverá sempre a necessidade de permanente tutela do ordenamento jurídico, máxime pela consideração de que a evolução das sociedades estará permanentemente exigindo novos conceitos e procedimentos que poderão tornar as leis e os regulamentos carentes de atualização e atualidade.<sup>51</sup>

## 6 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

Sobre as diversas leis acerca do tema no Brasil, verifica-se que a primeira legislação que regulamentou, entre nós, a questão dos transplantes foi a Lei n. 4.280, de 6 de

<sup>47</sup> MATTIOLI, Maria Cristina. *Legal aspects of transplantation of organs*. Disponível em: <<http://www.hottopos.com/harvard3/matti.htm>>. Acesso em: 27 mar. 2009.

<sup>48</sup> OLIVEIRA, Alfredo Emanuel Farias. Personalismo jurídico e os direitos da personalidade. *Jus Navigandi*. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2973>>. Acesso em: 12 mar. 2009.

<sup>49</sup> OLIVEIRA, Alfredo Emanuel Farias. Personalismo jurídico e os direitos da personalidade. *Jus Navigandi*. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2973>>. Acesso em: 12 mar. 2009.

<sup>50</sup> OLIVEIRA, Alfredo Emanuel Farias. Personalismo jurídico e os direitos da personalidade. *Jus Navigandi*. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2973>>. Acesso em: 12 mar. 2009.

<sup>51</sup> OLIVEIRA, Alfredo Emanuel Farias. Personalismo jurídico e os direitos da personalidade. *Jus Navigandi*. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2973>>. Acesso em: 12 mar. 2009.

novembro de 1963.<sup>52</sup> Essa lei possibilitava a extirpação de órgão ou tecido de pessoa falecida, não sendo permitido o transplante entre vivos. Para a retirada dos órgãos para fins de transplante, era necessário que o *de cujus* tivesse deixado autorização escrita, conforme disposto no seu art. 1º:

É permitida a extirpação de partes do cadáver, para fins de transplante, desde que o *de cujus* tenha deixado autorização escrita ou que não haja oposição por parte do cônjuge ou dos parentes até o segundo grau, ou de corporações religiosas ou civis responsáveis pelo destino dos despojos.

Parágrafo único. Feito o levantamento do órgão ou tecido destinado à transplantação, o cadáver será devida, cuidadosa e condignamente recomposto.<sup>53</sup>

Segundo Alécio Cardoso, tal texto legislativo foi, à época, bastante criticado pelas expressões extirpação e pessoa falecida, sendo a primeira pela ideia de violência que gerava e, a segunda, pelo fato de que, ao falecer, a pessoa deixaria de existir e, em seu lugar, surgiria simplesmente o cadáver.<sup>54</sup> Outra crítica levantada referia-se à inexistência de referência à gratuidade da doação, lacuna que poderia facilitar a comercialização de órgãos humanos para transplantes, sobretudo porque se permitia a doação para pessoas determinadas, sem a obrigatoriedade de existir relação de parentesco. Além dessas críticas, há de se ressaltar a omissão de critérios para a constatação da morte do doador, exigindo-se, apenas, para que se realizasse a extirpação de órgãos ou partes do cadáver, que fosse provada, de maneira cabal, a morte atestada pelo diretor do hospital onde se deu o óbito ou por seus substitutos legais, conforme o art. 3º:

Para que se realize qualquer extirpação de órgão ou parte do cadáver, é mister que esteja provada de maneira cabal a morte atestada pelo diretor do hospital onde se deu o óbito ou por seus substitutos legais.<sup>55</sup>

A Lei n. 5.479, de 10 de agosto de 1968, foi a segunda que entrou em vigor sobre o assunto no país e trazia a seguinte ementa: “Dispõe sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes de cadáver para finalidade terapêutica e científica, e dá outras

<sup>52</sup> O primeiro transplante de órgão humano foi registrado em 23 de dezembro de 1954, em Boston, nos Estados Unidos. O médico-cirurgião Joseph Murray fez o implante de rim entre gêmeos idênticos. O ano de 1962 também foi muito importante para a história da medicina, ano em que foram realizados o primeiro transplante de fígado e o primeiro transplante de pulmão, ambos nos Estados Unidos. Para a medicina brasileira, o pioneirismo tem suas marcas em 1964, no Rio de Janeiro, e no ano de 1965, em São Paulo, com a realização dos dois primeiros transplantes no país.

MARTINELLI, Paulo. *Há 50 anos, o primeiro transplante*. In: Diário do Povo, 2 de maio de 2004. Disponível em: <[http://www.cpopular.com.br/cenarioxxi/conteudo/mostra\\_noticia.asp?noticia=1390610&area=2259&auth=309237ED9CCDEB375930269B06ECFC](http://www.cpopular.com.br/cenarioxxi/conteudo/mostra_noticia.asp?noticia=1390610&area=2259&auth=309237ED9CCDEB375930269B06ECFC)>. Acesso em: 23 out. 2007.

Em dezembro de 1967, o cirurgião sul-africano Christian Barnard realizou o primeiro transplante de coração, sendo que o primeiro transplante do gênero no Brasil foi realizado no Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de São Paulo pelo Dr. Zerbini em 26 de maio de 1968. A cirurgia realizou-se com sucesso. Entretanto, o transplantado faleceu em 22 de junho de 1968.

<sup>53</sup> CARDOSO, Alécio. *Responsabilidade civil e penal dos médicos nos casos de transplantes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

<sup>54</sup> CARDOSO, Alécio. *Responsabilidade civil e penal dos médicos nos casos de transplantes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

<sup>55</sup> CARDOSO, Alécio. *Responsabilidade civil e penal dos médicos nos casos de transplantes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

providências.” Embora se referisse expressamente a doador cadáver, permitia “à pessoa maior e capaz dispor de órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins humanitários e terapêuticos”:

Art. 10. É permitido à pessoa maior e capaz dispor de órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins humanitários e terapêuticos.

§ 1º A autorização do disponente deverá especificar o tecido, órgão ou a parte objeto da retirada.

§ 2º Só é possível a retirada, a que se refere este artigo, quando se tratar de órgãos duplos ou tecidos, vísceras ou partes e desde que não impliquem em prejuízo ou mutilação grave para o disponente e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável, para o paciente receptor.<sup>56</sup>

Além disso, somente era permitida tal doação se preservasse a integridade física do doador e correspondesse à necessidade indispensável para o receptor. A gratuidade disposta no art. 1º, a obrigatoriedade da manifestação expressa do doador por uma das formas do art. 3º e a proibição de doador menor e incapaz eram condições exigidas pela aludida legislação:

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

Art. 3º A permissão para o aproveitamento, referida no artigo 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 ou 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;

VI – na falta de responsável 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.<sup>57</sup>

<sup>56</sup> CARDOSO, Alaércio. *Responsabilidade civil e penal dos médicos nos casos de transplantes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

<sup>57</sup> CARDOSO, Alaércio. *Responsabilidade civil e penal dos médicos nos casos de transplantes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.



Vinte anos mais tarde, a Constituição Federal de 1988 contemplou a questão dos transplantes em seu art. 199, § 4º, prevendo:

A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção dos órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplantes, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo o tipo de comercialização.<sup>58</sup>

Baseada no preceito constitucional, a terceira lei que regulou a matéria no Brasil foi a Lei n. 8.489, de 18 de novembro de 1992, que foi regulamentada pelo Decreto n. 879, de 22 de julho de 1993. Trouxe tal texto a seguinte ementa: “Dispõe sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, com fins terapêuticos e científicos e dá outras providências”. Ao substituir a expressão cadáver por corpo humano, o texto legal passou a expressar todo o seu conteúdo, abordando, também, do ponto de vista terminológico, a retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo humano vivo e não apenas do cadáver. Exigia, a exemplo dos dois diplomas legislativos anteriores, o consentimento expresso quando em vida do doador, por meio de documento pessoal ou oficial, mas mitigava esse preceito em função de facilitar a remoção, conforme recomendação constitucional, ao permitir o procedimento cirúrgico por ocasião da ausência de oposição do cônjuge, ascendente ou descendente. Como mérito, adotou o critério da morte encefálica e previu a responsabilidade penal dos seus infratores, sem prejuízo de outras sanções, como a responsabilidade civil e administrativa.

Apenas quatro anos depois, o país teve sua quarta lei sobre transplantes, qual seja, a Lei n. 9.434, de 4 fevereiro de 1997, regulamentada em junho do mesmo ano pelo Decreto n. 2.268. Entre outras medidas, essa lei, que entrou em vigor em janeiro de 1998, adotou o conceito da doação presumida. Esse foi o aspecto mais polêmico da nova lei, que considerava como “doador presumido” de tecido, órgãos e partes do corpo humano, todo indivíduo que não fizesse constar de forma indelével a condição de não doador na Carteira de Identidade Civil e na Carteira Nacional de Habilitação. Acerca de tal legislação e de suas subseqüentes alterações, retornaremos mais adiante.

## 7 DIREITO COMPARADO

Segundo expõe Alécio Cardoso, o direito conhece fronteiras, não se podendo, porém, atualmente, desprezar a importância da legislação vigente nos demais países, em um mundo cada vez mais globalizado, cujo cotejo permite uma melhor compreensão do modelo adotado no Brasil.<sup>59</sup>

<sup>58</sup> BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. 28 ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 208.

<sup>59</sup> CARDOSO, Alécio. *Responsabilidade civil e penal dos médicos nos casos de transplantes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

Ademais, os textos legais estrangeiros, em especial os europeus, serviram de base para a legislação pátria, que, é claro, foi, em razão das diferenças culturais, modificado para a harmonização de suas normas aos anseios da sociedade brasileira.

A legislação francesa sobre transplantes estabelece o chamado “consentimento presumido”, instituindo como doador em potencial toda e qualquer pessoa que não tenha manifestado em vida a sua oposição à doação,<sup>60</sup> permitindo, ainda, a extração de órgãos para fins científicos.<sup>61</sup> Foi justamente nesse modelo que se inspirou a redação original do citado artigo 4º da Lei n. 9.434/97. Já o transplante de órgãos de menor ou incapaz, após a morte, somente é possível no caso de se tratar de irmão ou irmã do receptor, mediante autorização escrita de quem era, em vida, seu representante legal.<sup>62</sup>

O transplante no direito alemão é utilizado somente quando não existe outra forma de tratamento para a melhora da condição de saúde do paciente. Priorizou-se, expressamente, no âmbito legislativo, a utilização de doador cadáver (assim como na legislação francesa) e optou-se pelo consentimento presumido do falecido, sendo permitida a retirada dos órgãos, para fins de transplante, quando a pessoa, em vida, não adotou outras determinações.<sup>63</sup>

A lei de transplantes de Portugal também adota o princípio do doador potencial, considerando doadores todos aqueles cidadãos portugueses, bem como os apátridas e estrangeiros residentes em Portugal que não tenham manifestado, em vida, a condição de não doador perante o Ministério da Saúde.<sup>64</sup> Assim, diferentemente do que foi adotado no Brasil pela Lei n. 9.434/97, em sua redação original, a condição de não doador em Portugal não é consignada na Carteira de Identidade Civil ou na Carteira Nacional de Habilitação (art. 4º, § 3º), mas em órgão específico do Ministério da Saúde (Rennda), que expedirá em favor do não doador um cartão individual contendo a sua opção de indisponibilidade total ou parcial.

A lei italiana, por sua vez, aderiu ao sistema do doador potencial abrandado, ou seja, consentimento presumido sem rigor. Nela se proíbe a extração no caso de, mesmo não tendo o falecido em vida manifestado oposição, seu cônjuge não separado, filhos com idade superior a dezoito anos e pais, nessa ordem, manifestarem oposição por escrito a uma proposta formal para extração de órgãos de familiar. Logo, cabe aos parentes acima relacionados, que deverão ser formalmente consultados, decidirem sobre a retirada dos

---

<sup>60</sup> Segundo Tereza Rodrigues Vieira, adotam o modelo da doação presumida os seguintes países europeus: Áustria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Espanha, Finlândia, França, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Noruega, Portugal, Suécia, Suíça e Reino Unido. Tutela jurídica da integridade física, consentimento e os transplantes. *Repertório IOB de Jurisprudência*, 1ª quinzena de março de 1998.

<sup>61</sup> Art. 2º As extrações poderão ser efetuadas com fins terapêuticos ou científicos no cadáver de toda pessoa que não tenha manifestado em vida sua oposição a tal extração.

<sup>62</sup> Art. 1º [...] Se o doador potencial for menor, a extração só poderá ser efetuada se se tratar de irmão ou irmã do receptor. Neste caso, a extração não poderá ser praticada sem o consentimento do seu representante legal [...].

<sup>63</sup> Parágrafo 4.1: A extração de órgãos será permitida para fins de transplantes no caso em que o defunto não adotou outras determinações em vida.

<sup>64</sup> Art. 10. (Potenciais doadores). 1 – São considerados potenciais doadores *post mortem* todos os cidadãos nacionais e os apátridas e estrangeiros residentes em Portugal que não tenham manifestado junto ao Ministério da Saúde a sua qualidade de não doadores.

órgãos ou não. Entretanto, se o morto, que em vida não manifestou oposição explícita, deixar apenas filhos menores, não deixando cônjuge nem pais, a extração será possível.<sup>65</sup>

Já a Espanha, segundo Alércio Cardoso, é considerada o país que tem o melhor modelo e a melhor estrutura para transplantes de órgãos.<sup>66</sup> Conta com o maior número de doadores, 29 por milhão de habitantes. A extração, diz o autor, somente é possível se o falecido, quando em vida, não tiver deixado oposição expressa, a qual poderá realizar-se sem qualquer formalidade, sendo justamente esta a disposição do artigo oitavo da lei espanhola.<sup>67</sup>

Também nos Estados Unidos, por meio da Lei Uniforme de 1968,<sup>68</sup> estabeleceram-se requisitos para a remoção de tecidos e partes do corpo humano para fins de transplantes. Permitiu-se que qualquer indivíduo que esteja com a “mente sã” e que já tenha dezoito anos completos possa dispor de todo ou de parte de seu corpo para tais fins. Concedeu a lei à família do morto, no caso de sua omissão em vida, a prerrogativa de doar a integralidade do corpo do defunto, ou apenas parte dele, estabelecendo a seguinte ordem preferencial: cônjuge, filhos adultos, qualquer um dos pais, irmãos adultos, tutor, bem como qualquer pessoa autorizada ou obrigada a dispor do corpo alheio. Permitiu, ainda, a legislação americana que a doação possa ser feita por testamento ou qualquer outro documento firmado pelo doador e por duas testemunhas.

Já na América Latina,<sup>69</sup> a lei argentina disciplina, detalhadamente, os atos de disposição de órgãos e materiais anatômicos do cadáver, destacando-se, nesse particular, o aspecto do consentimento. Nesse sentido, exige-se que o doador expresse em vida, a partir de dezoito anos, autorização, para depois de sua morte, para a remoção de órgãos e materiais anatômicos de seu próprio corpo, para serem implantados em humanos vivos ou para estudo ou pesquisa. Assegura-se ao doador o direito de revogar a autorização a qualquer momento, mas esse direito lhe é personalíssimo, pois, com a sua morte, a sua autorização já não poderá ser revogada por qualquer outra pessoa.<sup>70</sup> Na hipótese de falecimento sem que a pessoa tenha deixado a autorização, esta poderá ser outorgada por seus familiares, obedecendo à ordem disposta em lei. Na ausência de qualquer dos parentes autorizados, não tendo a pessoa falecida deixado autorização, esta poderá ser solicitada

---

<sup>65</sup> Art. 6º, 2ª parte: A extração está proibida quando [...] intervenha por parte do cônjuge não separado, ou, em sua falta, de filhos de idade não inferior a dezoito anos, ou, na falta destes últimos, dos pais, depois de uma proposta formal do facultativo responsável pelas operações de extração, oposição escrita dentro dos limites previstos [...].

<sup>66</sup> Espanha é considerada modelo em doação de órgão. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 19 jan. 1999. Cotidiano, p. 3.

<sup>67</sup> Artículo octavo. La oposición expresa del interesado a que, después de la muerte, se realice la extracción de órganos u otras piezas anatómicas del propio cuerpo, podrá hacerse en la ficha de entrada en el servicio de admisión del Centro sanitario [...] o por cualquier otro medio sin sujeción a formalidad alguna. [...].

<sup>68</sup> SAMPAIO, apud CARDOSO, Alércio. *Responsabilidade civil e penal dos médicos nos casos de transplantes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 91.

<sup>69</sup> Na América Latina, adotam o modelo da doação consentida os seguintes países: Argentina, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Chile, Equador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, República Dominicana, conforme VIEIRA, Tereza Rodrigues. Tutela jurídica da integridade física, consentimento e os transplantes. *Repertório IOB de Jurisprudência*, p. 96, 1ª quinzena de março de 1998.

<sup>70</sup> Art. 19. Toda persona capaz y mayor de dieciocho años podrá autorizar para después de su muerte la ablación de órganos o materiales anatómicos de su propio cuerpo, para ser implantados en humanos vivos con fines de estudio o investigación. [...] Esta autorización es revocable en cualquier momento por el donador; no podrá ser revocada por persona alguna después de su muerte.

ao magistrado competente, o qual deverá decidir no prazo de seis horas.<sup>71</sup> Ressalvadas as situações previstas, quais sejam, outorga familiar ou judicial, a lei argentina proíbe toda e qualquer espécie de remoção no cadáver de pessoa que não havia outorgado a autorização quando em vida, reafirmando a aversão ao princípio do doador potencial.

Na mesma linha, a lei peruana estabelece que a doação de órgãos e tecidos para depois da morte dependerá de manifestação expressa do indivíduo, sendo que, na omissão, a autorização será outorgada pelos pais, pelos filhos ou pelo cônjuge.<sup>72</sup>

## 8 ASPECTOS JURÍDICOS DO ART. 4º DA LEI N. 9.434/97

No Brasil, a citada Lei n. 9.434/97, que hoje dispõe sobre a remoção de órgãos e tecidos para fins de transplantes, pretendeu, na sua redação original, como dito, estimular as doações *post mortem* e facilitar os procedimentos legais para a retirada de órgãos de cadáver, estabelecendo a chamada doação presumida ou compulsória:

Constava da redação original da aludida lei:

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*.

§ 1º A expressão “não doador de órgãos e tecidos” deverá ser gravada, de forma indelével e inviolável, na Carteira de Identidade Civil e na Carteira Nacional de Habilitação da pessoa que optar por essa condição.

§ 2º A gravação de que trata este artigo será obrigatória em todo o território nacional a todos os órgãos de identificação civil e departamentos de trânsito, decorridos trinta dias da publicação desta Lei.

§ 3º O portador de Carteira de Identidade Civil ou de Carteira Nacional de Habilitação emitidas até a data a que se refere o parágrafo anterior poderá manifestar sua vontade de não doar tecidos, órgãos ou partes do corpo após a morte, comparecendo ao órgão oficial de identificação civil ou departamento de trânsito e procedendo à gravação da expressão “não-doador de órgãos e tecidos”.

---

<sup>71</sup> Art. 21. [...] En ausencia de las personas mencionadas precedentemente, se solicitará autorización para practicar la ablación. Será competente el juez ordinario en lo civil con competencia territorial en el lugar de la ablación, quien deberá expedirse dentro de las seis horas de producido el deceso [...].

<sup>72</sup> Art. 4º Toda persona que reciba tratamiento em um establecimiento de salud, que desee que después de su fallecimiento sus órganos o tejidos sean usados para trasplantes, deberá manifestarlo expressamente. En su defecto y por razones de imposibilidad material, podrán otorgar dicha autorización, los padres, hijos o el cónyuge.



§ 4º A manifestação de vontade feita na Carteira de Identidade Civil ou na Carteira Nacional de Habilitação poderá ser reformulada a qualquer momento, registrando-se, no documento, a nova declaração de vontade.

§ 5º No caso de dois ou mais documentos legalmente válidos com opções diferentes, quanto à condição de doador ou não, do morto, prevalecerá aquele cuja emissão for mais recente (sublinhas nossas).

Tal previsão legal gerou grandes discussões a respeito de sua constitucionalidade, dado que, segundo parte dos operadores do direito, feria direitos da personalidade e a dignidade humana, tendo em vista que todos os seres humanos, desde que capazes, têm o direito de decidir sobre si mesmos, principalmente sobre questões vinculadas ao próprio corpo. Segundo tal corrente, no momento em que aprovada uma lei impositiva de doação presumida, fazendo com que, unilateralmente, fossem “apropriados” os órgãos e tecidos de pessoas falecidas, tais direitos teriam sido desrespeitados.

Volnei Garrafa, também membro da Sociedade Brasileira de Bioética, sobre a controvérsia assim se manifestou: “Uma irresponsabilidade do Congresso a aprovação da Lei 9.434/97. O Brasil tem milhões de pessoas analfabetas, com baixo acesso à informação e que, desinformadas sobre a doação presumida, tornam-se doadores compulsórios.”<sup>73</sup>

Acerca do aludido aspecto, por sinal, Rita de Cássia Leite foi taxativa: “Ao desrespeitar o direito da personalidade sobre o corpo vivo, que se estende ao corpo morto, o apontado art. 4º da lei sob comento é inconstitucional”.<sup>74</sup>

Em entendimento contrário, posicionou-se Edelberto Luiz da Silva, profissional da área da saúde, em matéria publicada no jornal *Correio Braziliense* de 11.01.98, intitulada *Caro Data Vermibus*, do qual merece transcrição o seguinte trecho:

Se a única alternativa para salvar uma vida é o transplante de órgão de cadáver, a sua retirada, para esse fim, é inteiramente abonada pelo estado de necessidade. Conduta em sentido inverso é relevante para a configuração de crime por omissão, se o médico podia e devia evitar a morte ou curar a doença. É inconcebível que todo o pensamento penal tenha sido formulado contra a Ética. Não há ética que se sustente contra a vida. Por sentimento da família, leve-se em maior conta o daquela ligada ao paciente que espera pelo órgão. Se é inevitável o sofrimento de uma, pela falta do órgão, ou da outra pela sua retirada, a solução, sempre conflituosa, deve ser buscada na escala de valores. O cadáver servirá aos vermes ou ao paciente vivo. Este morrerá ou viverá penosamente. Vida ou saúde ‘versus’ morte e doença. Para que lado deve pender a Ética?<sup>75</sup>

<sup>73</sup> GARRAFA, Volnei. *Saúde*, 1997.

<sup>74</sup> LEITE, Rita de Cássia Curvo. *Transplantes de órgãos e tecidos e os direitos da personalidade*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 89-90.

<sup>75</sup> SILVA, Edelberto Luiz da. *Caro data vermibus*. *Correio Braziliense*, Brasília, 11 jan. 1998, p. 22.

Diante da grande repercussão negativa, manifestada por diversas áreas da sociedade brasileira, incluindo boa parte da classe médica e dos operadores do direito,<sup>76</sup> necessário tornou-se a alteração de tal preceito, passando a vigorar uma nova redação, o que ocorreu a partir da Medida Provisória n. 1718/98, segundo a qual, na falta de manifestação do potencial doador, a família seria responsável pela autorização de retirada de órgãos de cadáver, visto que ao art. 4º da Lei n. 9.434/97 foi acrescido do seguinte parágrafo:

§ 6º Na ausência de manifestação de vontade de potencial doador, o pai, a mãe, o filho ou o cônjuge poderá manifestar-se contrariamente à doação, o que será obrigatoriamente acatado pelas equipes de transplantes e remoção. (sublinhas nossas).

Tal parágrafo não foi acolhido nas reedições subsequentes da MP em comento, sendo expurgado pela MP n. 1.959-27, de 24 de fevereiro de 2000. Após a sua última reedição – MP 2.083-32, de 22.02.2001 –, foi convertida na Lei n. 10.211, de 23.03.2001, ficando a redação do art. 4º da Lei de Transplantes nos termos seguintes:

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.

Verifica-se que, em consonância com a disposição de outorgar à família o poder decisório de dispor dos órgãos e das partes do corpo de ente falecido, essa lei vetou o parágrafo único do artigo 4º da Lei n. 9.434/97, que tinha o seguinte teor:

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.

Nas razões do citado veto, constam as seguintes justificativas:

A inserção deste parágrafo induz ao entendimento de que, uma vez o potencial doador tenha registrado em vida a vontade de doação de órgãos, essa manifestação em si só seria suficiente como autorização para a retirada dos órgãos. Isso além de contrariar o disposto no *caput* do art. 4º - 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.

---

<sup>76</sup> Contrária à nova legislação, e apesar da alteração promovida pelo decreto presidencial, a coordenadora, à época, da Comissão de Direitos Humanos da Ordem e integrante da Sociedade Brasileira de Bioética, Simone Nogueira, afirmou que a doação deve ser uma manifestação da vontade e que a lei fere a Constituição, pois contraria o princípio da liberdade que cada pessoa tem de dispor de si mesma. Disponível em: <[http://www.crpssp.org.br/a\\_acerv/jornal\\_crp/104/frames/fr\\_saude.htm](http://www.crpssp.org.br/a_acerv/jornal_crp/104/frames/fr_saude.htm)>.

Constata-se que a família passou a assumir a responsabilidade pelo destino dos órgãos do familiar falecido, detendo, só ela, o poder de decidir, existindo ou não manifestação expressa do *de cuius*, em vida autorizando a retirada de seus órgãos e tecidos para fins de transplantes.

## 9 OS ASPECTOS JURÍDICOS DO ART. 14 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

O artigo 14 do Código Civil de 2002 está inserido no Capítulo II, Título I, Livro I da Parte Geral, que trata dos direitos da personalidade. Sendo tais direitos absolutos, podem seus titulares, segundo Capelo de Sousa, “exigir indistintamente de todos os outros sujeitos jurídicos (*erga omnes*) o respeito de seu direito, na medida do respectivo conteúdo”.<sup>77</sup>

Os direitos da personalidade são, ademais, intransmissíveis, o que significa que nenhuma pessoa pode ocupar o lugar reservado a outro.

Conforme explica Pontes de Miranda, toda transmissão supõe que uma pessoa se ponha no lugar da outra, assim, caso a transmissão pudesse ocorrer, ou seja, sendo possível que uma pessoa se pusesse no lugar de outra, o direito não seria de personalidade, logo, como o direito da pessoa lhe é personalíssimo, nem poderes contidos em cada direito de personalidade, ou seu exercício, são suscetíveis de serem transmitidos ou por outra maneira outorgados.<sup>78</sup>

Nesse sentido, a disposição do próprio corpo para depois da morte é ato personalíssimo, dado que somente pode ser exercido pelo próprio titular. Assim, não se conceberia que alguém pudesse dispor sobre a destinação do corpo de outra pessoa depois da sua morte.

Entretanto, no nosso sistema jurídico, essa discricionariedade é limitada, porque a faculdade de dispor do próprio corpo está condicionada ao propósito científico ou altruístico, à disposição gratuita, para depois da morte, conforme preceitua o referido artigo:

Art. 14. É válida, com objetivo 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.

Pela inteligência do artigo em epígrafe, é possível afirmar que claramente se propicia ao sujeito do direito a decisão de dispor do corpo para fins de transplantes *post mortem*, desde que obedecidas as restrições impostas pelo legislador.

<sup>77</sup> SOUSA, apud SOARES, André Marcelo M.; PIÑEIRO, Walter Esteves. *Bioética e Biodireito: uma introdução*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 114.

<sup>78</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Vol. 7. Rio de Janeiro: Borsoi, 1990, p. 7-8.

Na mesma linha de interpretação, salienta Alaércio Cardoso:

o sujeito tem o direito subjetivo personalíssimo de dispor de seu próprio corpo ou apenas parte dele, com efeitos *post mortem*, caracterizando esse ato de disposição negócio jurídico extrapatrimonial, decorrente do exercício da autonomia privada, sujeito às limitações e às condições impostas pelo ordenamento jurídico.<sup>79</sup>

Observa-se, assim, que se enquadra como um dos direitos da personalidade a liberdade de dispor do próprio corpo, sendo que, ao expressar em vida o desejo de ser doador, este deveria ser totalmente respeitado.

## **10 O APARENTE CONFLITO ENTRE O ART. 14 DO CÓDIGO CIVIL E O ART. 4º DA LEI N. 9.434/97**

Diante da situação jurídica que se delineia, evidente a tensão entre os princípios fundamentais do direito da personalidade, manifestados pela legitimidade do ato de disposição gratuita do próprio corpo por motivo altruístico e pela prerrogativa legal somente concedida à família para consentir ou não a retirada dos órgãos do familiar para fins de transplantes, descumprindo, se o desejar, a vontade expressa do falecido.

Para melhor compreensão do aparente confronto entre o artigo 14 do Código Civil e o artigo 4º da Lei nº 9.434/97, passamos a aprofundar a análise dos diferentes pontos de vista que deram substrato a tais comandos legais.

### **10.1 OS DIREITOS DO CADÁVER**

O nascimento e a morte, acontecimentos naturais, são enquadrados como fatos jurídicos, dado que geram consequências jurídicas a partir do seu evento, quais sejam, o surgimento, a modificação e a extinção de direitos. O Código Civil de 2002 consigna em seu artigo 6º que a morte extingue a existência da pessoa natural. Além de vários outros efeitos, o evento morte possibilita a disposição dos órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplantes mediante a obediência a determinadas limitações legais.

Nesse contexto, é imprescindível estabelecer o conceito jurídico de morte, além dos critérios adotados para a sua determinação.

A morte não é apenas a supressão da vida, configurando-se um processo complexo, gradual e evolutivo, conforme ensina Moraes:

---

<sup>79</sup> CARDOSO, Alaércio. *Responsabilidade civil e penal dos médicos nos casos de transplantes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 229.



Tratando-se de processo evolutivo, pode-se distinguir a morte de morrer. Enquanto ela é o final da vida, este é a sua progressão no organismo. (...) Inicialmente, morre a célula, depois o tecido e, a seguir, o órgão; trata-se de um fenômeno em cascata. Estabelecido o processo, ele pode atingir os órgãos, dos quais depende a vida do indivíduo, os chamados órgãos vitais. Dessa forma, desencadeia-se a parada da respiração, do coração, da circulação e do cérebro.<sup>80</sup>

Para a determinação do momento do fim da personalidade, o artigo 3º da Lei n. 9.434/97 adotou o critério da morte encefálica. A partir da sua constatação, temos a primeira condição para a retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento. Atribuiu tal comando, ademais, ao Conselho Federal de Medicina a definição, por meio de resolução (CFM nº 1.480/97), dos critérios clínicos e tecnológicos para a constatação da morte.

Com o evento morte, a pessoa deixa de ser sujeito de direito, mas continua a provocar repercussões em nosso sistema jurídico. São justamente estes os apontamentos de De Cupis:

Se a personalidade não existe depois da morte, nem por isso o cadáver deixa de ser considerado parte do ordenamento jurídico. Pelo contrário, o corpo humano, depois da morte, torna-se uma coisa submetida à disciplina jurídica, coisa, no entanto, que, não podendo ser objeto de direitos privados patrimoniais, deve classificar-se entre as coisas *extra commercium*. Não sendo a pessoa enquanto viva objeto de direitos patrimoniais, não pode sê-lo também o cadáver, o qual, apesar da mudança de substância e de função, conserva o cunho e o resíduo da pessoa viva. A comercialidade estaria, pois, em nítido contraste com tal essência do cadáver, e ofenderia a dignidade humana.<sup>81</sup>

Nesse sentido, goza o cadáver de algumas das prerrogativas comuns aos direitos da personalidade, dos quais se ressalta a extracomercialidade, de sorte que a validade da disposição depende de sua vinculação a fins altruísticos ou científicos.<sup>82</sup>

Os direitos do cadáver se manifestam por meio do respeito à sua integridade física, considerando-se que o desligamento da força anímica do corpo não o transforma em uma “coisa”, mesmo levando em conta o fato de que, a partir desse momento, deixou de existir a personalidade jurídica, ou seja, a pessoa reconhecida como sujeito de direitos. Com certeza, o cadáver constitui o prolongamento da personalidade humana daquela pessoa que o animou, sendo inadmissível ficar à mercê do arbítrio de outras pessoas, mesmo sendo estas provenientes da própria família do falecido.

<sup>80</sup> MORAES, apud CARDOSO, Alaércio. *Responsabilidade civil e penal dos médicos nos casos de transplantes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002 p. 209.

<sup>81</sup> DE CUPIS, p. 93, apud CARDOSO, Alaércio. *Responsabilidade civil e penal dos médicos nos casos de transplantes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 224.

<sup>82</sup> LEITE, Rita de Cássia Curvo. *Transplantes de órgãos e tecidos e os direitos da personalidade*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 89-90.

Assim, deve ser oponível e sobrepujar a qualquer outra a vontade do *de cuius*, antes doador, que, agindo em conformidade com o seu pensamento e personalidade, decidiu pela doação dos seus órgãos, utilizando-se para esse fim o direito de dispor do seu corpo, que lhe é assegurado constitucionalmente pelo princípio da liberdade que cada pessoa tem sobre si mesma.

## 10.2 O DIREITO DA FAMÍLIA

Como já visto, o art. 4º da Lei n. 9.434/97 deu à família a legitimidade para decidir sobre a retirada de órgãos e tecidos para fins de transplantes de pessoas falecidas, ou seja, por essa regra legislativa somente a família seria legalmente admitida a dar o seu consentimento para a doação de órgãos de familiar morto. Assim, retirou-se do Estado o “consentimento presumido” imposto a todos na redação anterior da referida lei.

Essa prerrogativa se harmoniza com o entendimento de que pertence à família o cadáver de seus mortos, desde os mais remotos tempos, quando estes eram considerados criaturas sagradas, segundo se lê em Fustel de Coulanges,<sup>83</sup> e cabia à família cultuá-los, fazendo disso uma verdadeira religião. Era uma obrigação imposta à família, exclusivamente.

Como dito, ao tentar afastar a família do direito de dispor do corpo de familiar falecido, ao estabelecer a chamada “doação de órgãos obrigatória” na lei brasileira, houve uma repercussão negativa em vários setores da sociedade.

Tal regulamentação não se tornou efetiva na classe médica, pois prevaleceu o entendimento entre os profissionais de não acatar a regra do “consentimento presumido”, tendo neste sentido se manifestado o então presidente do Conselho Federal de Medicina, Waldir Mesquita, ao declarar que “a lei é um atentado contra a ética médica e não vai obrigar o médico a retirar órgãos sem a autorização da família”.<sup>84</sup>

Ainda sobre o assunto, a opinião do nefrologista Horácio Ramalho, professor da Faculdade de Medicina de Rio Preto, ao declarar ao Jornal da Associação Paulista de Medicina que “é uma ilusão do governo pensar que uma lei vai modificar o respeito que nós, profissionais, temos quanto à opinião dos familiares de pacientes”.<sup>85</sup>

Assim, preponderou a regra ética em conformidade com o art. 28 do Código de Ética Médica referente aos direitos do médico, ao dispor que é direito do médico “recusar a realização de atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência”. Seguindo esse preceito, os médicos não retiravam órgãos para transplantes sem o consentimento dos familiares do morto.

---

<sup>83</sup> COULANGES, Fustel de apud CARDOSO, Alaércio. *Responsabilidade civil e penal dos médicos nos casos de transplantes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 226.

<sup>84</sup> CARDOSO, Alaércio. *Responsabilidade civil e penal dos médicos nos casos de transplantes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 248.

<sup>85</sup> CARDOSO, Alaércio. *Responsabilidade civil e penal dos médicos nos casos de transplantes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 248.

Consoante a tradição e o fato social que inspira a lei e lhe confere efetividade, o legislador brasileiro estabeleceu a obrigatoriedade de se consultarem os familiares capazes e mais próximos do falecido sobre a doação de órgãos e tecidos, nos moldes da atual redação do art. 4º da Lei n. 9.434/97.

Entretanto, é fundamental para a doação o conhecimento pela família da vontade do falecido, seja esta por meio do consentimento informado ou do consentimento conhecido. No consentimento informado, de conhecimento de pessoas próximas ao morto, este se revela como a própria manifestação da vontade, exposta ainda em vida, a qual deve ser atendida, mesmo que essa decisão consista em maior angústia para quem está verbalizando a decisão anterior do falecido.

Já na vertente do consentimento formal e conhecido, a vontade do morto foi manifesta e precisa, não havendo por que contrariá-la. Cabe aos familiares próximos respeitá-la, ainda que essa decisão seja contrária à sua consciência, pois está acima de qualquer outra, restando-lhes admitir que a vontade do falecido ainda é soberana, uma vez que expressamente registrada em vida.

Por outro lado, quando inexistente manifestação de vontade do doador, agora cadáver, e a família desconhece o pensamento do ente familiar sobre a doação de seus órgãos – nesse contexto incluem-se os incapazes –, o seu consentimento para o transplante deverá estar de acordo com a liberdade de pensamento e, ainda, com o princípio humanitário de proporcionar, a várias pessoas que aguardam penosamente por um órgão, dia após dia a esperança de sair dos umbrais da morte para a dádiva de continuar vivendo. Essa prerrogativa configura a única hipótese na qual se permite a terceiros dispor sobre a destinação de órgãos de cadáver alheio.

Outro aspecto que diz respeito à família, segundo pesquisa de Maria Lúcia Araújo Sadala, emerge como elemento central no processo de doação de órgãos de parentes falecidos: “de um lado, ela é vista como o principal entrave à efetivação de transplantes; do outro, ela é percebida como a vítima em todo o processo, crescendo-se à dor da perda brusca e traumática o grande estresse que representa a decisão de doar”.<sup>86</sup>

Entretanto, não é uma tarefa fácil para a família tomar uma decisão de consentir a extração de órgãos daquela pessoa amada que acabou de falecer. Inimaginável o sofrimento de tal experiência para quem a desconhece. É sempre uma situação traumática, difícil de lidar, principalmente “pela própria condição do corpo, mantido funcionando artificialmente na UTI, quente, com o coração batendo, contrasta muito com a ideia que se tem de um cadáver”, conforme descreve em seu trabalho Pearson e outros citados por Maria Lúcia Araújo Sadala.<sup>87</sup>

---

<sup>86</sup> SADALA, Maria Lúcia Araújo. *Doação de órgãos: a experiência de enfermeiras, médicos e familiares de doadores*. São Paulo: Unesp, 2004, p. 80.

<sup>87</sup> SADALA, Maria Lúcia Araújo. *Doação de órgãos: a experiência de enfermeiras, médicos e familiares de doadores*. São Paulo: Unesp, 2004, p. 92.

O impacto da comunicação da morte do ente familiar vem, em muitos casos, quando tal possibilidade se mostra viável, acompanhado do pedido de doação pela já preparada equipe de transplantes. A família, ainda traumatizada com a notícia da morte encefálica, se vê na situação de ter de decidir quase que instantaneamente pelo consentimento ou não da retirada dos órgãos para fins de transplantes.

Sentimentos antagônicos eclodem simultaneamente, negar e aceitar a morte, preservar a integridade física do morto e oferecer seus órgãos para salvar vidas de terceiros, pessoas desconhecidas que estão à espera de um gesto humanitário da parte de alguém que acaba de sofrer uma lesão emocional intensa.

Aliado a isso, Maria Lúcia Araújo Sadala afirma que, “ao serem abordados com o pedido de doação, os familiares tomam contato com o diagnóstico da morte encefálica, de que muitas vezes nunca tiveram notícia”.<sup>88</sup> O desconhecimento sobre o assunto traz muita incerteza e insegurança quanto ao diagnóstico. Há sempre a dúvida sobre se o familiar estará realmente morto na ocasião da retirada dos órgãos.

Na realidade, conforme explica Johnson, para uma família que recebe a notícia da morte de um ente querido que estava saudável, é difícil aceitar o fato em si e ter que lidar ao mesmo tempo com a perda súbita do familiar e com todo o processo emocional quando lhe é solicitada a doação dos órgãos para transplante. É uma experiência de choque, desalento, descrença, impotência e confusão mental e fica impossível, de imediato, compreender e aceitar a realidade. Nesse momento, além de surgir uma série de medos e receios quanto ao procedimento em si, inevitáveis as indagações referentes à vontade daquela pessoa que se foi.<sup>89</sup>

Diante dessa situação complexa, buscaremos, com o presente trabalho, analisar as previsões legais relativas ao tema e ponderar a propósito de sua conveniência, necessidade de reforma, bem como sobre sua melhor exegese.

### 10.3 HÁ O CONFLITO?

Diante de todo o contexto normativo até aqui apresentado, pertinente questionar se os textos do Código Civil de 2002 e da Lei dos Transplantes de 1997 são compatíveis entre si ou se um revogaria o outro, dado que o parágrafo 1º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro – LICC estabelece que “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”.

Para solucionar tal questão, sustentamos que o Código Civil regula os atos declaratórios de vontade, registrados em vida, que devem ser respeitados prioritariamente,

---

<sup>88</sup> SADALA, Maria Lúcia Araújo. *Doação de órgãos: a experiência de enfermeiras, médicos e familiares de doadores*. São Paulo: Unesp, 2004, p. 85.

<sup>89</sup> Johnson, 1992, apud SADALA, Maria Lúcia Araújo. *Doação de órgãos: a experiência de enfermeiras, médicos e familiares de doadores*. São Paulo: Unesp, 2004.



aplicando-se a Lei de Transplantes apenas em casos da inexistência dos referidos atos, decidindo, nesse caso, a família do falecido. Os dispositivos seriam, assim, compatíveis, podendo conviver no sistema jurídico vigente sem necessidade revogatória.

Na mesma direção, por sinal, foi aprovado na IV Jornada de Direito Civil o Enunciado n. 277 nos seguintes termos:

O art. 14 do Código Civil, ao afirmar a validade da disposição gratuita do próprio corpo, com objetivo científico ou altruístico, para depois da morte, determinou que a manifestação expressa do doador de órgãos em vida prevalece sobre a vontade dos familiares, portanto, a aplicação do art. 4º da Lei n. 9.434/97 ficou restrita à hipótese de silêncio do potencial doador.<sup>90</sup>

Entretanto, segundo constata Parizi e Silva, “sem anuência da família do morto, dificilmente a equipe médica retiraria os órgãos e tecidos e partes do corpo, em virtude da preponderância cristã que impera na sociedade brasileira, bem como em razão dos fortes laços de família imperantes”.<sup>91</sup>

Ademais, para a confirmação dessa assertiva, pertinente buscar na sucessão testamentária paralelo com a manifestação voluntária expressa em ser doador.

A sucessão testamentária decorre de expressa manifestação de última vontade, em testamento, pelo qual o autor da herança dispõe de seus bens para depois da morte.

Verifica-se, com efeito, que as principais características do testamento são semelhantes às da doação voluntária, quais sejam:

- a) ser um ato personalíssimo;
- b) ser unilateral, aperfeiçoando com uma única manifestação de vontade;
- c) ser um ato gratuito;
- d) ser essencialmente revogável;

e) ser, também, ato *causa mortis*, ou seja, produz efeitos somente após a morte do declarante.

Havendo capacidade testamentária, o ato de dispor dos bens é válido, e, via de regra, não há óbice em sua efetivação após a morte do testador. Entretanto, na doação voluntária de órgãos, nas mesmas circunstâncias, discute-se a necessidade de autorização da família, que até mesmo poderia não respeitar a vontade expressa do doador, não havendo dispositivo legal algum que expressamente imponha essa obrigatoriedade.

<sup>90</sup> QUEIROZ, Monica. *Direito Civil: Introdução e Parte Geral*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Biodireito e o direito ao próprio corpo: doação de órgãos, incluindo o estudo da Lei n. 9.434/97*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 48.

<sup>91</sup> PARIZI, R. R.; SILVA, N. M. da apud PIÑEIRO, Walter Esteves. *Bioética e Biodireito e seus princípios norteadores*. Disponível em: <<http://www.cnl.org.br/pub/publicacoes/Bioetica%20e%20biodireito.doc>>. Acesso em: 15 abr. 2009.

Assim, fica patente o que tem ocorrido no caso concreto – ainda que o indivíduo tenha se declarado doador, de forma verbal, em vida à sua família ou ainda registre uma declaração no Cartório de Registro de Notas, constando o desejo de doar seus órgãos após sua morte –, a decisão final da doação competirá aos seus familiares, os quais poderão optar ou não por respeitar a autonomia do doador. É o que se infere da redação da Lei n. 10.211/2001 ao alterar a Lei n. 9.434/97.

Identificada tal situação, a senadora Lúcia Vânia (PSDB-GO) apresentou o Projeto de Lei 408/05, que hoje tramita, em fase final, na Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal, com parecer favorável à aprovação pela relatora senadora Rosalba Ciarlini. Tal projeto estabelece como condição suficiente para a retirada de órgãos e tecidos de pessoas falecidas para transplantes a simples existência de registro idôneo feito em vida pelo “*de cujus*”.<sup>92</sup>

O projeto da senadora visa modificar a Lei n. 9.434/97 para assegurar o atendimento da vontade das pessoas que tenham manifestado em vida o desejo de doar tecidos, órgãos ou partes de seu corpo, alterando a redação do art. 4º da Lei de Transplantes, que passaria a vigorar com a seguinte redação:

Art. 4º A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica dependerá de uma das seguintes condições:

I – 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;

II – da existência de registro, feito em vida pela pessoa falecida, com a declaração da vontade de doar tecidos, órgãos ou partes de seu corpo, resguardado o sigilo acerca da existência desse registro até o seu falecimento, em conformidade com as normas reguladoras pertinentes.<sup>93</sup>

As justificativas que motivaram esse projeto, segundo a senadora, foram entre outras:

a) a existência, no Brasil de “mais de sessenta mil pessoas na lista de espera para os mais diferentes tipos de transplantes (números oficiais do Ministério da Saúde referentes ao mês de 08/2005)”;

b) o fato de que “a doação só é válida se autorizada por familiares, conforme a Lei 9.434/97. Não tem validade legal a manifestação do potencial doador, seja da forma verbal ou escrita, de doar órgãos ou tecidos após a sua morte;

<sup>92</sup> Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado n. 408/2005*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/getHTML.asp?t=7363>>. Acesso em: 8 nov. 2007.

<sup>93</sup> Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado n. 408/2005*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/getHTML.asp?t=7363>>. Acesso em: 8 nov. 2007.

c) o resultado de duas pesquisas recentes sobre o assunto, sendo que uma delas dedicou-se a examinar as razões pelas quais as famílias recusam a doação e apontam como principais obstáculos à doação a negativa expressa em vida (26 %) e a dificuldade em aceitar ou compreender o diagnóstico de morte encefálica (22%);

d) adotando o caminho inverso, a outra pesquisa buscou avaliar, entre as famílias doadoras, as razões que as levaram a doar e o propósito de doarem uma segunda vez, caso tenham oportunidade. Essa pesquisa descobriu que cerca de 80% das famílias doaram como uma “forma de dar continuidade” à vida do parente falecido. O estudo também confirmou que, para quase todas as famílias, “a decisão de doar fica mais fácil quando se sabe a vontade do falecido”;

e) evidencia-se, em ambas as pesquisas, a importância de ser respeitada a vontade do doador”.<sup>94</sup>

Como visto, o aludido PLS busca tornar inequívoca a interpretação adequada aos dispositivos que regulamentam a matéria relativa à doação, soterrando, dessa maneira, qualquer dúvida existente entre a vontade manifestada do potencial doador, contraposto ao poder da família quanto ao consentimento da retirada de órgãos para fins de transplantes.

Conforme Gustavo Ponciano, dados da Seção de Arquivo Médico e Estatística – Same, do Hospital de Urgências de Goiânia – Hugo, são um retrato do que ocorre, mesmo passados 10 anos da sanção da Lei de Remoção de Órgãos e Transplantes: a negativa da família ainda é tão relevante na obstrução para a doação em Goiás como a contraindicação clínica (30,3%) ou a parada cardiorrespiratória (28,8%).

Ainda segundo tal reportagem, no ano de 2006, de acordo com os números apresentados pelo Same, a recusa de cônjuges e parentes de até segundo grau impediu que 26,6% dos potenciais doadores que morreram no Hugo pudessem ajudar alguns dos 60 mil pacientes que aguardam na fila do transplante no Brasil.<sup>95</sup>

Diante da situação fática, é de se asseverar que o conhecimento da vontade do doador quanto ao destino de seus órgãos ou a existência de registro formalizando, em vida, o desejo de doar tecidos, órgãos ou partes de seu corpo, tem o condão de tornar compulsória a doação para a família, independentemente da vontade desta, que é sobrepujada pela vontade daquele que, por gesto humanitário, busca minorar o sofrimento de pacientes que aguardam a chance de recuperar a saúde nas filas de espera por um transplante.

Nesse sentido, fundamental a inferência analógica de que são assegurados ao falecido os mesmos direitos que são atribuídos ao nascituro.<sup>96</sup> Desde a concepção, o nascituro é legitimado à sucessão, embora a personalidade civil, segundo disposto no artigo 2º do

<sup>94</sup> Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado n. 408/2005*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/getHTML.asp?t=7363>>. Acesso em: 8 nov. 2007.

<sup>95</sup> PONCIANO, Gustavo. *Doação emperra na família*. In: Diário da manhã, ed. 7032, 6 fev. 2007. Disponível em: <<http://www.dm.com.br/old/impresso.php?id=172655&edicao=7032&cck=4>>. Acesso em: 2 out. 2007.

<sup>96</sup> ALVES, José Carlos Moreira. Os efeitos jurídicos da morte. In: *IV Jornada do Direito Civil*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2006.

Código Civil, comece apenas com o nascimento com vida. Já ao falecido é garantido o direito de dispor do seu próprio corpo para fins de transplantes, pois o “direito da personalidade sobre o corpo vivo se estende ao corpo morto”, conforme Rita de Cássia Leite.<sup>97</sup>

Em conformidade com tal assertiva, podemos afirmar que, embora o nascituro e o falecido não tenham personalidade jurídica, são assegurados a ambos direitos próprios, inerentes à condição específica de cada um, em consonância com um dos princípios fundamentais, qual seja, o da dignidade humana, no qual o direito da personalidade está inserido.

Assim, deliberando a pessoa expressamente em vida sobre a vontade de ser doadora, a família, em que pese a todos os direitos a ela assegurados, tem obrigatoriamente que respeitar tal vontade, nos moldes do art. 14 do Código Civil. Caso contrário, estará infringindo os direitos fundamentais do poder de disposição do próprio corpo, a liberdade de consciência, manifestadamente assegurados pela Carta Constitucional.

Não havendo tal disposição expressa nem a família conhecendo qual seria a vontade do ente familiar falecido, a retirada dos órgãos para fins de transplantes ficaria sob o total arbítrio da família, caso em que, como dito alhures, seria aplicado o art. 4º da Lei n. 9.434/97.

Quanto a esse tema, esclarece Maria Lúcia Araújo Sadala:

A tomada de decisão da família, ao autorizar a doação dos órgãos, é descrita pelos sujeitos da pesquisa como parte da dinâmica familiar, que parece refletir o padrão de relacionamento particular da cada família. Mediante as falas dos familiares a respeito da decisão de doar, vão se desenhando os papéis dos protagonistas naquele núcleo familiar. Ali emerge a figura do doador, nesse momento a figura central desse núcleo. De sorte que o processo de decidir se dá segundo perspectivas peculiares a cada família, dentro de um contexto particular. Para os familiares, é referência, nessa decisão, a vontade do familiar de doar os próprios órgãos. Como que, ao doar, apenas se confirmasse uma decisão já tomada e o respeito à vontade da pessoa que não pode assumir por si a doação. Essa vontade expressa, formalmente ou apenas na lembrança da família, coloca essa decisão como definitiva.<sup>98</sup> (sublinhas nossas)

Na tentativa de se buscar conciliar a interpretação que o legislador pretendeu dar ao art. 4º da citada lei, compatibilizando-a com o texto do art. 14 do Código Civil, a nova redação dada pela Lei n. 10.211/2001 à Lei de Transplantes merece uma interpretação em conformidade com o referido artigo do Código Civil, no sentido de implicitamente se acrescentar ao texto original o trecho a seguir sublinhado:

---

<sup>97</sup> LEITE, Rita de Cássia Curvo. Transplantes de órgãos e tecidos e os direitos da personalidade. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

<sup>98</sup> SADALA, Maria Lúcia Araújo. *Doação de órgãos: a experiência de enfermeiras, médicos e familiares de doadores*. São Paulo: Unesp, 2004, p. 106.



Salvo manifestação expressa do doador ainda em vida, 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.

## CONCLUSÃO

O destino do cadáver deixou de ser inexoravelmente o sepultamento ou a cremação. Seus órgãos, tecidos e demais partes têm o condão de proporcionar às pessoas necessitadas condições de uma sobrevida com melhor qualidade, ao suprir a falência daqueles órgãos comprometidos pelos órgãos sadios do doador.<sup>99</sup>

Com certeza, “a doação é uma dádiva”, segundo conceito de Gibson,<sup>100</sup> próprio das pessoas desprendidas, que, simplesmente, por generosidade, doam um bem valioso para alguém que, por meio dele, continuará vivendo.

A Lei n. 9.434/97, intitulada como “a Lei dos Transplantes”, gerou, na sua redação original, muita polêmica. Dilemas éticos e morais eclodiram de várias vertentes da sociedade, suscitando manifestações da Bioética e do Biodireito, uma vez que, no dispositivo do seu art. 4º, havia uma presunção de que todos os indivíduos seriam doadores, salvo manifestação de vontade em contrário. Segundo entendemos, foi uma imposição violenta do Estado, que sobrepujou os direitos da personalidade. Para solucionar esse embate, foi dada uma nova redação a esse artigo, eliminando o consentimento presumido, passando a vigorar a disposição de que dependerá da autorização da família a retirada de órgãos e tecidos para fins de transplantes de ente falecido.

Contudo, ao editar o novo Código Civil em 2002, o legislador deu maior ênfase aos direitos da personalidade, consignando, para tais direitos, um capítulo, que vai do art. 11 ao art. 21, estabelecendo normas inovadoras sobre um dos princípios fundamentais, qual seja, o da dignidade humana, assegurado na Constituição Federal.

O corpo é considerado um bem da personalidade humana e, assim sendo, deve ser tutelado pelo direito. No art. 14 do Código Civil, é bem clara a previsão da validade da disposição do próprio corpo para depois da morte, obedecendo, é claro, às limitações legais.

<sup>99</sup> De um corpo podem ser retirados, no mínimo, sete órgãos ou tecidos: dois rins, duas córneas, o coração, o fígado e o pâncreas. Assim, os 36 pacientes falecidos em 2006 que compõem a estatística de recusa familiar no Hugo poderiam ter ajudado pelo menos 252 pessoas. PONCIANO, Gustavo. *Doação emperra na família*. In: Diário da manhã, ed. 7032, 6 fev. 2007. Disponível em: <<http://www.dm.com.br/old/impresso.php?id=172655&edicao=7032&cck=4>>. Acesso em: 2 out. 2007.

<sup>100</sup> GIBSON, 1966, apud SADALA, Maria Lúcia Araújo. *Doação de órgãos: a experiência de enfermeiras, médicos e familiares de doadores*. São Paulo: Unesp, 2004, p. 99.

Daí haver uma contrariedade legal em se manter o art. 4º da Lei dos Transplantes na atual redação, violando o direito da personalidade daquele que em vida deixou expressamente consignada a vontade em ser doador, estabelecendo que a família tenha direito de desrespeitar essa decisão.

Entendemos ser necessária uma adequação entre os dois dispositivos legais, partindo-se do texto já existente do art. 4º da Lei n. 9.434/97, introduzindo, apenas, em respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, a manifestação da vontade do doador, ainda em vida, devidamente documentada.

A doação deve ocorrer por vontade do próprio doador, e o seu desrespeito pela família, em conformidade com tal dispositivo legal, configura, a toda evidência, lesão aos direitos individuais.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Aline Mignon de. *Bioética e Biodireito*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.
- ALVES, José Carlos Moreira. Os efeitos jurídicos da morte. In: *IV Jornada do Direito Civil*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 6. ed., Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. 28 ed., São Paulo: Atlas, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997*. Capítulo II Da disposição *post mortem* de tecidos, órgãos e partes do corpo humano para fins de transplante. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9434.htm)>. Acesso em: 20 set. 2007.
- \_\_\_\_\_. *Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997*. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, e dá outras providências. In: *Vade mecum profissional & acadêmico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Lei n. 10.211, de 23 de março de 2001*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LEIS\\_2001/L10211.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10211.htm)>. Acesso em: 5 out. 2007.
- \_\_\_\_\_. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. In: *Vade mecum profissional & acadêmico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Mensagem n. 252, de 23 de março de 2001*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/civil\\_03/Leis/Mensagem\\_Veto/2001/Mv252-01.htm](http://www.planalto.gov.br/civil_03/Leis/Mensagem_Veto/2001/Mv252-01.htm)>. Acesso em: 5 out. 2007.
- \_\_\_\_\_. *Medida Provisória n. 1.718-1, de 5 de novembro de 1998*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/MPV/Antigas/1718-1.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas/1718-1.htm)>. Acesso em: 10 out. 2007.
- \_\_\_\_\_. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado n. 408/2005*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/getHTML.asp?t=7363>>. Acesso em: 8 nov. 2007.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Nascer com dignidade frente à crescente instrumentalização da reprodução humana. *Revista de Direito*, n. 14, jul./dez. 2000, p. 10.

CARDOSO, Alaércio. *Responsabilidade civil e penal dos médicos nos casos de transplantes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução de 6 de agosto de 1997*. Determina que a morte encefálica será caracterizada através da realização de exames clínicos e complementares durante intervalos e tempos variáveis, próprios para determinadas faixas etárias. Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480\\_1997.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480_1997.htm)>. Acesso em: 18 set. 2007.

DINIZ, Maria Helena. *O Estado atual do Biodireito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DRUMOND, José Geraldo de Freitas. *Bioética e Biodireito*. Disponível em: <<http://www.ufpl.tche.br/medicina/bioetica/transplantesbio.pdf>> Acesso em: 6 abr. 2009.

FABRIZ, Daury César. *Bioética e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FERREIRA, Jussara S. A. B. N. *Bioética e Biodireito*. Disponível em: <<http://www.unifenas.br/radiologia/biblioteca/bioetica/BIO%C9TICA%20E%20BIODIREITO.doc>>. Acesso em: 10 abr. 2009.

GOLDIM, José Roberto; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Bioética, Biodireito e o Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

\_\_\_\_\_. *Princípio da autonomia ou do respeito à pessoa*. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/hcpa/gppg/biorepr>>. Acesso em: 15 abr. 2002.

JORNAL DE PSICOLOGIA. *Doação presumida causa polêmica*. São Paulo, ano 17, n. 104, mar./abr. 1994. Disponível em: <[http://www.crsp.org.br/a\\_acerv/jornal\\_crp/104/frames/fr\\_saude.htm](http://www.crsp.org.br/a_acerv/jornal_crp/104/frames/fr_saude.htm)>. Acesso em: 5 nov. 2007.

LEITE, Rita de Cássia Curvo. *Transplantes de órgãos e tecidos e os direitos da personalidade*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MARTINELLI, Paulo. *Há 50 anos, o primeiro transplante*. In: *Diário do Povo*, 2 de maio de 2004. Disponível em: <[http://www.cpopular.com.br/cenarioxxi/conteudo/mostra\\_noticia.asp?noticia=1390610&area=2259&authent=309237ED9CCDEB375930269B06ECFC](http://www.cpopular.com.br/cenarioxxi/conteudo/mostra_noticia.asp?noticia=1390610&area=2259&authent=309237ED9CCDEB375930269B06ECFC)>. Acesso em: 23 out. 2007.

MATTIOLI, Maria Cristina. *Legal aspects of transplantation of organs*. Disponível em: <<http://www.hottopos.com/harvard3/matti.htm>>. Acesso em: 27 mar. 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo III, 1954.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Privado*. Vol. 7. Rio de Janeiro: Borsoi, 1990.

NICOLODI, Márcia. *Direitos da personalidade*. Disponível em: <<http://www.jusvi.com/artigos/570>>. Acesso em: 27 mar. 2009.

NUNES, Rizzato. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Alfredo Emanuel Farias. Personalismo jurídico e os direitos da personalidade. *Jus Navigandi*. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2973>>. Acesso em: 12 mar. 2009.

PARISE, Patrícia Spagnolo. *O que é Biodireito?* Disponível em: <<http://www.faculdadeobjetivo.com.br/arquivos/ART4.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2009.

PIÑEIRO, Walter Esteves. *Bioética e Biodireito e seus princípios norteadores*. Disponível em: <<http://www.cnl.org.br/pub/publicacoes/Bioetica%20e%20biodireito.doc>>. Acesso em: 15 abr. 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

PONCIANO, Gustavo. *Doação em perra na família*. In: Diário da manhã, ed. 7032, 6 fev. 2007. Disponível em: <<http://www.dm.com.br/old/impresso.php?id=172655&edicao=7032&cck=4>>. Acesso em: 2 out. 2007.

QUEIROZ, Monica. *Direito Civil: Introdução e Parte Geral*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Biodireito e o direito ao próprio corpo: doação de órgãos, incluindo o estudo da Lei n. 9.434/97*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SADALA, Maria Lúcia Araújo. *Doação de órgãos: a experiência de enfermeiras, médicos e familiares de doadores*. São Paulo: Unesp, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARMENTO, Natanael. Disponível em: <<http://www.dodireitocivil.globspot.com/2008/09/normas-de-regencia-dos-direitos-dapersonalidade>>. Acesso em: 27 mar. 2009.

SILVA, Andriara Roberta; SPENGLER NETO, Theobaldo. *Transplantes de órgãos e tecidos: uma abordagem constitucional*. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7541>>. Acesso em: 11 abr. 2007.

SILVA, Edelberto Luiz da. *Caro data vermibus*. *Correio Braziliense*, Brasília, 11 jan. 1998, p. 22.

SOARES, André Marcelo M.; PIÑEIRO, Walter Esteves. *Bioética e Biodireito: uma introdução*. São Paulo: Loyola, 2002.



VIEIRA, Tereza Rodrigues. *O que é Bioética?* Disponível em: <[http://www.uniandrade.br/cep/download/pdf/O\\_que\\_e\\_bioetica.pdf](http://www.uniandrade.br/cep/download/pdf/O_que_e_bioetica.pdf)>. Acesso em: 3 abr. 2009.

XVIII CONGRESSO INTERNACIONAL SOBRE OS TRANSPLANTES. *Discurso do Papa João Paulo II no XVIII Congresso Internacional sobre os Transplantes*. 2000. Disponível em: <<http://www.juntospelavida.org/transplantes.html>>. Acesso em: 23 mar. 2009.