

ROSANA GUIDA KRASTINS

**DIREITO AO TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS
COMO UM DIREITO DA PERSONALIDADE**

MESTRADO EM DIREITO

**PUC
São Paulo
2006**

ROSANA GUIDA KRASTINS

**DIREITO AO TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS
COMO UM DIREITO DA PERSONALIDADE**

*Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de **MESTRE EM DIREITO**, sob a orientação da Professora Doutora. **MARIA HELENA DINIZ***

São Paulo

2006

Banca Examinadora

Dedico este trabalho:

À Deus;

Ao meu esposo, Alexandre;

Aos meus pais, Renato e Emanuela;

E à pequena Anna;

Agradecimento:

À Professora Doutora Maria Helena Diniz ,
minha orientadora e mestre, por todo apoio
recebido ao longo deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo estudar o direito ao transplante de órgãos e tecidos como um dos direitos da personalidade, analisando, por um lado, o avanço da medicina através do procedimento terapêutico dos transplantes e considerando, de outro lado, a figura do indivíduo, e sua importância para o direito, tendo como enfoque o princípios da dignidade da pessoa humana.

Muitas questões jurídicas vêm à tona quando relacionamos a questão dos transplantes de órgãos e tecidos com a bioética, a medicina e o direito, sendo que as principais estão ligadas ao direito à vida e à integridade física.

Nesse sentido, constitui o direito ao transplante de órgãos e tecidos como um verdadeiro direito da personalidade? Poderiam os médicos banalizar a aplicabilidade desta medida terapêutica em nome de um suposto bem comum? Há possibilidade de se compatibilizar o sistema jurídico vigente à dinâmica da evolução científica?

ABSTRACT

The objective of the present essay is to study the right of the human organ transplants as a right of the personality, analysing, in a sense, the medicine improvement through the transplants procedure, and considering, as the other side, the human conformation, and his importance in our juridical system, focalising in the principle of dignity as a human being.

Many juridical questions are brought to light whenever it is related the question of the human organ transplants with bioethic, medicine and law, resaulting that the main point is related to the right of life and the human integrity.

In this sense, does the human organ transplant right take part in the personality rights? Could the phisicians vulgarize the aplication of this terapeutical measure to maintain a presumed common welfare? Is it possible to make the compability between the atual legal system and the cientific evolution?

SUMÁRIO

PREFÁCIO

CAPÍTULO I – ASPECTOS GERAIS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

1.1 Terminologia e conceito dos direitos da personalidade.....	01
1.2 Origem dos direitos da personalidade	08
1.3 Natureza jurídica dos direitos da personalidade.....	12
1.4 Características dos direitos da personalidade.....	18
1.5 Extensão e conteúdo dos direitos da personalidade.....	27
1.6 Tutela jurídica dos direitos da personalidade.....	31
1.7 Princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento dos direitos da personalidade.....	34

CAPÍTULO II - DIREITO À VIDA, À INTEGRIDADE FÍSICA, AO CORPO, VIVO OU MORTO, E ÀS PARTES SEPARADAS DO MESMO

2.1 Generalidades.....	40
2.2 Direito à vida.....	41
2.3 Direito à integridade física.....	48
2.4 Direito ao corpo vivo ou morto.....	53
2.5 Direito às partes separadas do corpo vivo ou morto.....	59

CAPÍTULO III - DIREITO AO TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS COMO UM DIREITO DA PERSONALIDADE

3.1 Direito ao transplante de órgãos e tecidos como um direito da personalidade	66
---	----

CAPÍTULO IV - DIREITO AO TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS

4.1 Conceito e espécies de transplantes de órgãos e tecidos.....	73
4.2 Transplantes de órgãos e tecidos “ <i>inter vivos</i> ”	77
4.3 Transplante de órgãos e tecidos “ <i>post mortem</i> ”	103
4.4 Aspectos éticos e morais acerca dos transplantes de órgãos e tecidos	122
4.5 Principais disposições legais acerca da matéria	125
4.6 Responsabilidade jurídica decorrente dos transplantes de órgãos e tecidos.....	134

CAPÍTULO V - CONSIDERAÇÕES FINAIS.....144

BIBLIOGRAFIA.....152

PREFÁCIO

A principal lição dos transplantes para os juristas é o estímulo à dinâmica do direito, através do qual não se abra uma imensa distância entre o progresso e a lei. Ora, o progresso da técnica nos obriga a espiar o futuro para poder ver o presente, porque o jurista não pode estar ausente de sua missão precípua que é a de encontrar na lei a fórmula mágica para assegurar o equilíbrio social, porque a ninguém, muito menos ao jurista, é lícito ignorar os caminhos que o mundo percorre¹.

Dessa forma, considerando por um lado, o interesse coletivo em relação ao irrenunciável progresso da ciência médica através do procedimento terapêutico dos transplantes e considerando, por outro lado, o interesse individual, que se liga principalmente ao respeito à vida humana, à saúde e à integridade física, nos propusemos a analisar a figura do direito ao transplante de órgãos e tecidos como um dos direitos da personalidade.

Nesse sentido, relacionamos bioética, medicina e direito, ressaltando os princípios fundamentais que norteiam todo o aparato jurídico, enfatizando o princípio da intangibilidade da vida e da saúde, a salvaguarda da dignidade humana, o consentimento do sujeito, os princípios da igualdade e da liberdade e acima de tudo, a dignidade da pessoa humana que constitui o fundamento do próprio direito.

Por essa razão, fez-se imprescindível o estudo da teoria geral dos direitos da personalidade, tendo sido abordada a sua origem, natureza,

¹NOBRE, Freitas. **O transplante de órgãos humanos à luz do direito**. Brasília: Coordenada Editora de Brasília, 1975, p.71-72.

características fundamentais, extensão e conteúdo, além de sua tutela jurídica.

Para enfrentar a matéria e sedimentar nosso entendimento a respeito do tema, analisamos o direito à vida, à integridade física, ao corpo vivo ou morto e às partes separadas do corpo vivo ou morto.

Em seguida, adentramos, especificamente, no direito ao transplante de órgãos e tecidos como um direito da personalidade, apontando as peculiaridades relativas ao transplante de órgãos e tecidos entre vivos e *post mortem*, bem como seus aspectos éticos, morais e sociais, além de termos refletido sobre a tutela jurídica decorrente dos transplantes, aí incluída a análise das principais disposições legais acerca da matéria.

Buscou-se, ainda, uma análise da legislação comparada sobre a matéria, a fim de melhor compreendermos e interpretarmos a legislação pátria, quiçá até aprimorá-la, porque como já disse Carlos Maximiliano², “em geral, as legislações dos povos cultos servem-se dos mesmos organismos para estabelecer a mesma função destinada ao mesmo fim; por isso, desde que se estudam sob aspecto verdadeiramente científico os fenômenos jurídicos, entra como fonte de esclarecimento o direito comparado”.

Nesse diapasão, também recorreremos à jurisprudência nacional, a fim de verificarmos o estado atual da matéria nos tribunais brasileiros e na realidade contemporânea.

Saliente-se, por fim, que o estudo seguiu pautado na Constituição Federal, no Código Civil em vigor, e nas leis específicas que regem a

²MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 15. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995. p. 131-132.

matéria: Lei n. 9.434/1997, regulamentada pelo Decreto n. 2.268/1997 e alterada pela Lei n. 10.211/2001, além das Resoluções n. 1.480/1997 e 1.752/1994, ambas expedidas pelo Conselho Federal de Medicina.

São Paulo, 30 de novembro de 2006.

Rosana Guida Krastins Marcelino

CAPÍTULO I – ASPECTOS GERAIS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

1.1 Terminologia e conceito dos direitos da personalidade

A discrepância doutrinal, que circunda toda a matéria dos direitos da personalidade, inicia-se com a variada e confusa terminologia adotada pelos juristas, afirma Tobeñas.³

Ainda em nossos dias permanece o dissenso terminológico acerca deste instituto, razão pela qual se faz necessária a menção das principais denominações utilizadas pelos doutrinadores acerca dos direitos da personalidade.

Nesse sentido, Ravà, Gangi e De Cupis referem-se aos direitos da personalidade como os “direitos essenciais” ou “fundamentais da pessoa”, Windscheid e Campogrande denominam-nos “direitos sobre a própria pessoa”, já Kohler e Gareis, “direitos individuais”, Watcher e Bruns, “direitos pessoais” ou “direitos de estado”, Pugliatti e

³ Apud José Castan Tobeñas. **Los derechos de la personalidad**. Madrid: Instituto Editorial Réus, 1952. p. 15.

Rotondi, “direitos personalíssimos” e finalmente, Gierke, Ferrara e Tobeñas, “direitos da personalidade”⁴.

Entre nós, Antônio Chaves⁵, Carlos Alberto Bittar⁶, Maria Helena Diniz⁷, Orlando Gomes⁸, seguidos pela maioria dos autores da atualidade, adotam a denominação “direitos da personalidade”.

Rubens Limongi França⁹, por sua vez, prefere a expressão “direitos privados da personalidade”, por considerar que esta terminologia frisa o aspecto privado dessa espécie de direitos, uma vez que até sua definição pelos juristas alemães só lhes era reconhecida a tutela pública através do direito constitucional e do direito penal.

Acatamos a denominação “direitos da personalidade”.

A exemplo do que ocorre com a terminologia, também o conceito de direitos da personalidade não é unânime entre os cientistas de direito.

⁴ TOBEÑAS, José Castan. **Los derechos de la personalidad**. cit. p. 15

⁵ CHAVES, Antônio. **Lições de Direito Civil**. São Paulo: J. Bushatsky, 1972. Parte Geral. v.3. p.15.

⁶ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. atual. por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p.3

⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 1, Teoria Geral do Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 1995. p.83.

⁸ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p.130. Para o autor “sob a denominação de direitos da personalidade, compreendem-se os direitos personalíssimos e os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana que a doutrina moderna preconiza e disciplina no corpo do Código Civil como direitos absolutos...”.

⁹ FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1988.p. 52.

Ao contrário, o conceito deste instituto sofre variações conforme os doutrinadores se filiem à corrente do direito natural¹⁰ ou à corrente do positivismo jurídico¹¹.

Para os jusnaturalistas, os direitos da personalidade são aqueles direitos que se relacionam aos atributos intrínsecos do homem, pelo simples fato de ter nascido com vida; afirmam categoricamente que estes direitos preexistem ao direito positivo e até mesmo ao Estado, pois decorrem da natureza humana e se impõem a todas as normas de direito criadas pelo soberano, sendo um limite à sua ação¹².

Nesse sentido, para os adeptos do jusnaturalismo, cabe ao ordenamento jurídico tão somente reconhecer os direitos da personalidade e não positivá-los, haja vista que tal categoria de direitos, como aludimos, preexiste a ele.

¹⁰ Para os fins do presente trabalho adotaremos o posicionamento do jusnaturalismo clássico, que “concebe o direito natural como um conjunto de normas ou de primeiros princípios morais, que são imutáveis, consagrados ou não na legislação da sociedade, visto que resultam da natureza das coisas e do homem, sendo por isso apreendidos imediatamente pela inteligência humana como verdadeiros”- conceito formulado por Maria Helena Diniz in **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 37.

¹¹ Usaremos o conceito do positivismo jurídico. Consoante aduz Maria Helena Diniz (**Compêndio de introdução à ciência do direito**. cit. p. 158) o “ positivismo procura reconhecer apenas o direito positivo, no sentido do direito vigente e eficaz em determinada sociedade, limitando a ciência jurídica ao estudo das legislações positivas, consideradas como fenômenos espaço-temporais”.

¹² NETO, Luísa. O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo (A relevância da vontade na afiguração de seu regime) in **Direitos da personalidade post mortem**. Alfredo Domingues Barbosa Migliore. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006.

Entre nós, Rubens Limongi França¹³, adepto da corrente do direito natural, traz o seguinte conceito: “por direitos da personalidade dizem-se as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as suas emanações e prolongamentos” – ou seja, o autor considera como objeto dos direitos da personalidade aqueles direitos que se relacionam aos atributos inerentes à condição humana.

No mesmo sentido, Carlos Alberto Bittar¹⁴, para quem os “direitos da personalidade constituem direitos inatos, cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um ou outro plano do direito positivo - em nível constitucional ou em nível de legislação ordinária, dotando-os de proteção própria, conforme o tipo de relacionamento a que se voltem, a saber: contra o arbítrio do poder público ou as incursões de particulares¹⁵”.

¹³ FRANÇA, Rubens Limongi. **Manual de direito civil**. cit. p.88.

¹⁴ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.7.

¹⁵ Nesse mesmo sentido, o conceito de Maria Helena Diniz (**Curso de direito civil brasileiro**. Teoria geral do direito civil. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1. p.85), para quem os direitos da personalidade “são direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária) e sua integridade moral (honra, recato, segredo pessoal, profissional e doméstico, imagem, identidade pessoal, familiar e social)”.

No direito comparado, Simón Carrejo¹⁶ asevera que *“los derechos de la personalidad son los derechos subjetivos de carácter privado y no patrimonial, primordiales y absolutos, através de los cuales el ordenamiento reconoce y tutela los intereses básicos e inherentes a la persona en si misma considerada”*.

Messineo¹⁷ concebe os direitos da personalidade como os directos sobre os atributos ou manifestações essenciais da personalidade.

Para o positivismo jurídico, que conta com seguidores como Adriano De Cupis¹⁸, Tobeñas¹⁹, Orlando Gomes²⁰ e Moacyr de Oliveira²¹, a maioria dos direitos da personalidade constitui-se em direitos inatos. Observam, no entanto, que não é possível reduzir a totalidade dos direitos da personalidade a essa noção.

Nesse sentido, Adriano De Cupis²², afirma que “os direitos da personalidade, pelo seu carácter de essencialidade, são na maioria das

¹⁶ CARREJO, Simón in Rita de Cássia Curvo Leite. **Transplantes de órgãos e tecidos e os direitos da personalidade**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 14.

¹⁷ MESSINEO, Manuale di Diritto civile e commerciale, 6. ed. Padova, 1943, v.1, p. 23, in **Los derechos de la personalidad**. José Castan Tobeñas. cit. p. 18.

¹⁸ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Morais Editora, 1961. p. 20.

¹⁹ TOBEÑAS, José Castan. **Los derechos de la personalidad**. Madrid: Editorial Tecnos, 1975. p.20.

²⁰ GOMES, Orlando. **Direitos da personalidade**. Revista Forense 216/5.

²¹ OLIVEIRA, Moacyr de. **Evolução dos direitos da personalidade**. Revista dos Tribunais. 420/29-32.

²² DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. cit. p.20. Adriano De Cupis entende que o direito moral de autor, não obstante caracterize direito essencial, não tem por base o simples pressuposto da personalidade.

vezes inatos, no sentido em que presentemente se pode empregar esta expressão, mas não se reduzem ao âmbito destes. Os direitos inatos são todos eles direitos da personalidade, mas pode-se verificar a hipótese de direitos que não têm por base o simples pressuposto da personalidade, e que todavia, uma vez revelados, adquirem caráter de essencialidade” - próprio dos direitos da personalidade.

De onde se depreende que, para os positivistas, os direitos da personalidade apenas podem ser reconhecidos como tais, a partir do momento em que o ordenamento jurídico revesti-los da roupagem legal, ocasião em que ocorre a transformação de uma “ simples exigência de ordem ética”²³ em norma jurídica.

Em resumo, para os adeptos da corrente positivista, “todos os direitos subjetivos derivam do ordenamento positivo”²⁴.

Filiamo-nos à corrente do direito natural que concebe os direitos da personalidade como os inerentes ao indivíduo, que preexistem ao seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico, através dos quais são preservados seus bens jurídicos fundamentais.

No que se refere especificamente ao direito ao transplante de órgãos e tecidos humanos, tema central dessa pesquisa, entendemos que

²³DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. cit.p. 20

²⁴ Idem, ibidem.

configura verdadeiro direito da personalidade, por tratar-se de bem inato ao indivíduo, preexistente ao seu tardio reconhecimento pelo ordenamento jurídico, direito por meio do qual são preservados e tutelados alguns de seus bens jurídicos fundamentais, como o direito à vida, à integridade física, ao corpo vivo ou morto e suas partes separadas, bem como à respectiva liberdade de disposição, como consequência do princípio da autonomia da vontade privada e como decorrência extrema da faculdade de gozo que é inerente a todo direito subjetivo, como analisaremos mais detalhadamente ao longo do trabalho.

Assim, tendo sido analisada a terminologia e o conceito dos direitos da personalidade, passaremos ao estudo da origem dos direitos da personalidade.

1.2 Origem dos direitos da personalidade

Como é cediço, a concepção inicial de um ramo do direito destinado a resguardar os direitos da personalidade, surgiu como uma reação dos indivíduos face à excessiva ingerência do Estado na vida dos cidadãos.

Rita de Cássia Curvo Leite²⁵ aduz que já em épocas antigas era possível encontrar manifestações, ainda que isoladas, da proteção da personalidade individual, sem que houvesse, contudo, uma regulamentação legal acerca dos direitos da personalidade.

Na Roma antiga, cita a autora, muito embora ainda não se conhecesse os direitos da personalidade tais quais se apresentam nos dias atuais, já existia uma espécie de ação destinada à proteção da personalidade, que era a “*actio injuriarum*”.

Também o Cristianismo, que desde o princípio apregou a valorização do homem como a imagem e semelhança de Deus, é considerado como a “mais solene proclamação dos direitos da personalidade humana, mediante a idéia de uma verdadeira fraternidade universal

²⁵ LEITE, Rita de Cássia Curvo. **Transplantes de órgãos e tecidos e os direitos da personalidade**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 14.

que implica na igualdade de direitos e na inviolabilidade da pessoa com todas as suas prerrogativas individuais e sociais²⁶”.

O certo é que para os seguidores da escola jusnaturalista a origem dos direitos da personalidade é idêntica a do homem, visto que tais direitos exsurgem com o seu nascimento, “estão a ele indissolavelmente ligados e preexistem ao seu reconhecimento pelo Estado de Direito²⁷”.

Para essa escola, os direitos da personalidade existem antes e independentemente do direito positivo, como inerentes ao próprio homem, considerado em si e em suas manifestações, cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um ou outro plano – seja em nível constitucional ou em nível de legislação ordinária, dotando-os, de qualquer forma, de proteção própria²⁸.

Rubens Limongi França, nesse sentido, explica que, além dos direitos da personalidade previstos em lei, outros há, reconhecidos pelo costume, em que o fundamento próximo de sua sanção é realmente a extratificação no direito consuetudinário ou as conclusões da ciência

²⁶ PEÑA, Luño. Derecho natural. Barcelona, 1947, p.342, *apud* Rita de Cássia Curvo Leite, in **Transplantes de órgãos e tecidos e os direitos da personalidade**. cit. p. 8.

²⁷ LEITE, Rita de Cássia Curvo. **Transplantes**. cit. p. 9.

²⁸ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. cit. p. 7.

jurídica, mas que seu fundamento primeiro são as imposições da natureza das coisas, noutras palavras, o direito natural²⁹.

Fábio Maria de Mattia³⁰, dizendo a respeito da origem dos direitos da personalidade, afirma que a Revolução Francesa também foi decisiva na sua criação e implementação, porque contribuiu com a “Declaração dos direitos do indivíduo e do cidadão”, promulgada em 1789, fixando os seguintes direitos da personalidade: igualdade, liberdade, segurança e resistência à opressão – o que, segundo o autor – sedimentou uma nova idéia de liberdade e igualdade de todos os homens perante a lei.

Caio Mário da Silva Pereira³¹, a seu turno, afirma que, para os autores contrários ao fundamento do direito natural, a personalidade decorre não da realidade psicofísica do homem, mas de sua concepção jurídico-normativa, de onde se depreende que a origem dos direitos da personalidade para a corrente positivista se dá a partir de sua regulamentação legal.

Nesse diapasão, tem-se notícia que o primeiro diploma legal a tratar do assunto, ainda que genericamente, foi a Declaração norte-

²⁹ FRANÇA, Rubens Limongi. **Manual de direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. t.1, v.2. p.

³⁰ MATTIA, Fábio Maria de. Direitos da personalidade: aspectos gerais in **Estudos de direito civil**. Antônio Chaves (coordenador). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 99.

³¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1995. p.142.

americana, que através da Magna Carta de 1215, da *Bill of Rights* de 1689 e da Declaração do Bom Povo de Virgínia de 1776, evocou a liberdade de consciência frente ao Estado e ao acentuado liberalismo do povo inglês³².

Sílvio Rodrigues³³, por sua vez, cita o Código português de 1867, o Código alemão de 1896 (art. 12)³⁴ e o Código suíço de 1907 como as soluções legislativas mais antigas acerca dos direitos da personalidade.

Do exposto, nota-se que não obstante já houvessem legislações antigas dispendo sobre a proteção dos bens da personalidade, foi a partir do século XX que os juristas efetivamente introduziram os direitos da personalidade no direito civil.³⁵

Seguimos a opinião dos jusnaturalistas, por acreditarmos que a origem dos direitos da personalidade se confunde com a origem do homem, não obstante sua efetiva inserção nos códigos tenha se dado somente em meados do século XX. Porque o direito não se restringe às normas

³² LEITE, Rita de Cássia Curvo. **Transplantes**. cit. p. 9.

³³ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil – parte geral**. 16. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1996. v.1. p. 83

³⁴ “Art. 12. Aquele que por dolo ou culpa causar prejuízo ao corpo, à saúde, à liberdade, ou a qualquer outro direito de uma pessoa, será obrigado a indenizar todo o prejuízo causado”. Tradução de Sílvio Rodrigues, in **Direito civil – parte geral**. p. 83.

³⁵ DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Ano VI, n. 6 – junho de 2005. p. 76.

positivadas pelo Estado, mas ao contrário, é anterior a ele, eis que está indissociavelmente ligado à pessoa humana.

Observada a origem dos direitos da personalidade, mister se faz a análise de sua natureza jurídica.

1.3 Natureza jurídica dos direitos da personalidade

A questão controvertida acerca da natureza jurídica dos direitos da personalidade é saber se constituem ou não direito subjetivo.

Na doutrina, defendem a natureza de direito subjetivo dos direitos da personalidade, dentre outros, na Itália: Ferrara, Venzi, Ruggiero, Pacifici-Mazzoni, Coviello, Gangi, Messineo, Rotondi, Degni³⁶ e Adriano De Cupis³⁷; na França: Planiol, Ripert e Boulanger; em Portugal: Pires de Lima e Antunes Varela; na Espanha: Tobeñas³⁸, Cifuentes³⁹; no Brasil: Carlos Alberto Bittar⁴⁰, Limongi França⁴¹, Fábio Maria De Mattia⁴², Maria Helena Diniz⁴³ e Sílvio Rodrigues⁴⁴.

³⁶ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. cit. p.5.

³⁷ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Morais Editora, 1961. p.15.

³⁸ TOBEÑAS, José Castan. **Los derechos de la personalidad**. Madrid: Editorial Tecnos, 1975. p.20.

³⁹ CIFUENTES, Santos. **Derechos personalísimos**. 2. ed. act. e a ampl. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995. p.148.

⁴⁰ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. cit. p.5.

Tobeñas, afirmando a natureza de direito subjetivo dos direitos da personalidade, leciona: *“em los derechos esenciales de la personalidad, ciertamente, pueden concurrir las cualidades propias de los derechos subjetivos, em cuanto se dé en ellos la atribución, por el ordenamiento positivo, de un poder jurídico a um titular frente a outra u otras personas, puesto a su libre disposición y tutelado por una acción judicial”*.⁴⁵

Gustavo Tepedino⁴⁶, a seu turno, entende que a natureza jurídica dos direitos da personalidade é a de direito subjetivo privado, asseverando que os direitos da personalidade ligam-se aos direitos essenciais dos indivíduos em relação aos próprios indivíduos, sob o ângulo do direito privado e não quanto ao do direito público, em que se resguardaria

⁴¹ FRANÇA, Rubens Limongi. **Manual de direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. t.1, v.2.p.403

⁴² MATTIA, Fábio Maria de. Direitos da personalidade. in CHAVES, Antônio (coordenador). **Estudos de Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p 99.

⁴³ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 17. ed. à luz da Lei n. 10.406/2002. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 247. A autora afirma que “existem duas espécies de direito subjetivo: a) o comum da existência, que é a permissão de fazer ou não fazer, de ter ou não ter alguma coisa, sem violação de preceito normativo, ... e b) o de defender direitos ou de proteger o direito comum da existência, ou seja, a autorização de assegurar o uso do direito subjetivo, de modo que o lesado pela violação da norma está autorizado, por ela, a resistir contra a ilegalidade, a fazer cessar o ato ilícito, a reclamar pelo dano e a processar criminosos, impondo-lhes pena. Essas autorizações são permissões concedidas, por meio de normas de garantia, que são as normas jurídicas”.

⁴⁴ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. 26. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 1. p.81.

⁴⁵ TOBEÑAS, José Castan. **Los derechos de la personalidad**. Madrid: Instituto Editorial Réus, 1952. p.18.

também os direitos essenciais dos indivíduos, mas em relação à eventual arbitrariedade do Estado, o que já constitui matéria específica dos direitos humanos.

Adriano De Cupis⁴⁷, citando Pugliatti, bem definiu a natureza jurídica de direito subjetivo dos direitos da personalidade ao aduzir que o homem, pelo fato de viver em sociedade, não deixa de ser indivíduo e, conseqüentemente, pode e deve ser considerado como tal nas relações com os outros indivíduos; nesse sentido, o ordenamento jurídico lhe confere determinadas posições de proeminência relativamente aos outros indivíduos. “E enquanto a possibilidade de fazer valer essas posições de proeminência dependa de sua vontade, estaremos perante aquele poder de querer que parece soar tão desagradavelmente aos ouvidos dos que negam o direito subjetivo”.

Francesco Ferrara também observa que “*la simple concurrencia de la proteccion pública em determinados bienes personales no es índice de la existencia del derecho subjetivo; pero esta existencia es evidente*”.

⁴⁶ TEPEDINO, Gustavo. **Atualidades de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 112.

⁴⁷ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Morais Editora, 1961. p.16.

*cuando esa tutela pública se individualiza a favor del particular o se deja a su arbitrio”.*⁴⁸

Os opositores da tese apresentada negam que os direitos da personalidade constituam direitos subjetivos. Neste sentido: Savigny, Von Thur, Unger, Jellinek, Ennecerus, Crome, Oertman, Thon, Ravà, Simoncelli, Cabral de Moncada e Orgaz.⁴⁹

Ravà⁵⁰, por exemplo, argumenta que não se concebe a existência de um direito em que a pessoa seja, ao mesmo tempo, sujeito e objeto.

Orgaz, a seu turno, aduz que os direitos da personalidade configuram bens pessoais, de pressupostos jurídicos da pessoa individual, mas que não constituem direitos subjetivos, que não há nenhuma faculdade especificamente concedida pelo direito objetivo em favor das pessoas, nada que estas podem ou não fazer a seu arbitrio, nada que dependa em sua realização de sua vontade exclusiva⁵¹.

Outro argumento é o de que os bens da personalidade não são direitos subjetivos porque não podem separar-se do homem de quem derivam para serem representados como entidades independentes da pessoa, a

⁴⁸ FERRARA, Francesco *apud* José Castan Tobeñas. **Los derechos de la personalidad.** cit. p. 21.

⁴⁹ *Apud* José Castan Tobeñas. **Los derechos de la personalidad.** cit. p.19.

⁵⁰ *Apud* Rita de Cássia Curvo Leite. **Transplantes.** p. 18.

⁵¹ ORGAZ. Derecho civil argentino. *Personas Individuales* in **Los derechos de la personalidad.** José Castan Tobeñas. cit. p. 20.

qual constitui um todo orgânico, para tais autores, os direitos da personalidade são considerados bens jurídicos que recebem proteção do ordenamento jurídico contra atentados de terceiros⁵².

A tese prevalecente, no entanto, é a de que os direitos da personalidade constituem verdadeiros direitos subjetivos. E por diversas razões.

Os principais argumentos foram sintetizados por Fábio Maria de Mattia⁵³:

“1. O fato de os direitos humanos ou da personalidade não poderem separar-se do homem de quem são provenientes não indica que não possam ser qualificados como direitos, se quanto ao essencial, neles exsurtem as características encontráveis nos outros direitos. O direito subjetivo representa de um lado um poder de nossa vontade e por outro lado, implica no dever jurídico de respeitar aquele poder por parte dos outros.

2. A vontade humana, mola propulsora e pressuposto da personalidade jurídica, opera não apenas sobre o mundo exterior (direitos patrimoniais, direitos familiares) mas também sobre a própria

⁵² DE MATTIA, Fábio Maria. **Estudos de direito civil**. Antonio Chaves (coordenador). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 106.

⁵³ DE MATTIA, Fábio Maria. **Estudos de direito civil**. Antonio Chaves (coordenador). p.107

realidade antropológica do ser humano. Cada qual é o próprio guia de sua vida, corpo, honra, etc. e demais atributos e energias que emanam da personalidade.

3. Quanto à objeção de que no direito moderno a pessoa não pode ser objeto de direitos, devemos assinalar que não estamos reproduzindo a velha regra romana de que uma pessoa podia ser objeto de propriedade por parte de outra pessoa. Mas é a própria pessoa, que ao exercer a função de sujeito de direitos subjetivos, converte em objeto alguns atributos ou bens dela própria. Além disso, o objeto dos direitos da personalidade não é a pessoa considerada em sua totalidade, senão realidades antropológicas (o corpo, a vida, a saúde) ou de ordem moral (honra, liberdade e etc)”.
Acreditamos que os direitos da personalidade são verdadeiros direitos subjetivos, haja vista envolverem (I) uma permissão do ordenamento jurídico a cada pessoa individualmente considerada para que exerça seus direitos intrínsecos, aí incluindo-se a defesa desses mesmos direitos, bem como (II) uma imposição do dever de abstenção aos demais cidadãos frente aos direitos personalíssimos de cada indivíduo.

Considerando que o direito ao transplante de órgãos e tecidos tem a natureza de direito subjetivo, deve, pois, ser reputado válido o ato de disposição do próprio corpo. O que se dá como consequência do reconhecimento ao sujeito de um direito de dispor de seu corpo, ainda que dentro dos limites impostos pela lei, pelos costumes e pela moral. Porque se é garantido ao sujeito o gozo de seus bens patrimoniais, com muito maior razão e intensidade deve ser garantido o gozo de seu corpo, como veremos adiante⁵⁴.

1.4 Características dos direitos da personalidade

De início, podemos caracterizar os direitos da personalidade como intransmissíveis e irrenunciáveis, como preceitua o artigo 11⁵⁵ do Código Civil. Contudo, existem outras características intrínsecas aos direitos da personalidade que não podem ser olvidadas, muito embora não tenham sido previstas pelo citado dispositivo legal.

Nesse sentido, faremos um breve apanhado acerca das principais características dos direitos da personalidade.

⁵⁴ Este tema será objeto de análise mais detalhada no Capítulo II, item 2.3.

⁵⁵ “Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação”.

Assim, de início é necessário mencionar que os direitos da personalidade são *direitos inatos* ou originários do homem⁵⁶.

Concebemos os direitos da personalidade como direitos ínsitos ao ser humano, que transcendem o ordenamento jurídico⁵⁷, haja vista preexistirem à regulamentação legal, ao próprio direito – ao qual incumbe apenas reconhecer e preservar os direitos da personalidade contra eventuais agressões por parte do poder público ou mesmo de particulares, aí incluída a própria pessoa titular do direito, como já dissemos alhures.

Importante notar que os direitos da personalidade são também *absolutos*, porque oponíveis *erga omnes*.

Walter Moraes observa a esse respeito⁵⁸: “Eis a estrutura da relação jurídica de direito de personalidade. Trata-se, pois, de um direito absoluto como a propriedade, mas logo se distingue da propriedade porque esta é eminentemente prescindível e aquele, sendo essencial, é coisa de que se não pode privar um sujeito”.

⁵⁶ Não obstante nossa posição estar baseada na doutrina dominante, não podemos deixar de citar a opinião da corrente contrária, liderada pelos positivistas, que negam aos direitos da personalidade a qualidade de direitos inatos ou originários das pessoas. Para essa corrente, os direitos da personalidade apenas existem na medida em que a lei os positivizar.

⁵⁷ Ressalte-se que apoiamos nosso entendimento na escola de direito natural clássica, que concebe os direitos da personalidade como direitos imanentes à natureza humana.

⁵⁸ MORAES, Walter. Direito da personalidade: estado da matéria no Brasil in **Estudos de Direito Civil**. cit. p. 90.

Tobeñas⁵⁹ partilha do mesmo entendimento, mas observa que os direitos da personalidade “*son absolutos o de exclusión, en el sentido de su oponibilidad “erga omnes”, non son, en cambio, absolutos en cuanto a su contenido, pues están condicionados por las exigencias del orden moral y las del orden jurídico que obligan a ponerlos en relación con los derechos de los demás hombres y los imperativos del bien común*”.

Os direitos da personalidade são também essenciais, posto referirem-se aos atributos intrínsecos do homem, sem os quais ele perderia a sua identidade.

Giuffré aduz a esse respeito: “*Vi sono certi diritti, vale a dire, senza dei quali la personalità rimanere un’attitudine completamente insoddisfatta, priva di ogni concreto valore; diritti, scompagnati dai quali tutti gli altri diritti soggettivi perderebbero ogni interesse rispetto all’individuo: tanto da arrivarsi a dire che, se essi no esistessero, la persona non sarebbe più tale. Sono essi i c.d. ‘diritti essenziali’, com cui si identificano precisamente i diritti della personalità*”.⁶⁰

⁵⁹ TOBEÑAS, José Castan. **Los derechos de la personalidad**. cit. p. 23.

⁶⁰ GIUFFRÉ apud Gustavo Tepedino in **Atualidades de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.p. 29. “Existem certos direitos, vale dizer, sem os quais a personalidade ficaria uma atitude completamente insatisfeita, privada de qualquer valor concreto,

Os direitos da personalidade são considerados, como aduz o já citado art. 11 do Código Civil, *intransmissíveis*; pois é da própria essência de tais direitos que sejam inseparáveis da pessoa de sua titularidade, caso contrário, perderiam sua razão de ser.

Como explica Fábio de Mattia⁶¹: “Quanto à intransmissibilidade, devemos ressaltar que a personalidade compreende os bens mais importantes do homem, e seus atributos pertencem, também, ao indivíduo, sem que possa transferi-los porque são inerentes à pessoa humana. Caso fosse admissível à sua transmissão, perderiam sua razão de ser⁶²”.

E perderiam sua razão de ser porque a finalidade precípua dos direitos da personalidade é resguardar os direitos mais importantes das pessoas, preservando sua dignidade; assim, permitir a transmissão *incontinenti* de tais direitos seria desnaturar a condição humana das pessoas, reduzindo-as a objetos patrimoniais, porque somente estes bens podem ser transmitidos livremente.

comparado aos quais todos os outros direitos subjetivos perderiam o interesse para os indivíduos, tanto que se possa dizer que, se esses direitos não existissem, as pessoas não seriam mais as mesmas. São os direitos ditos essenciais, com os quais se identificam precisamente os direitos da personalidade” (Tradução livre).

⁶¹ MATTIA, Fábio Maria de. Direitos da personalidade: aspectos gerais in **Estudos de Direito Civil**. cit. p. 101.

⁶² MATTIA, Fábio Maria de. Direitos da personalidade: aspectos gerais in **Estudos de Direito Civil**. cit. p. 112.

Existe, no entanto, exceção à regra da intransmissibilidade. É que esses direitos podem ser, sob certos aspectos, transmitidos por sucessão *causa mortis*, cabendo aos herdeiros, ou ao cônjuge sobrevivente, ou a ambos, conforme o caso, promover a sua defesa perante terceiros⁶³, em caso de morte de seu titular.

Associe-se às demais características citadas, a indisponibilidade, que consiste na impossibilidade do indivíduo dispor de seus direitos da personalidade.

É de ser notado, contudo, que o caráter da indisponibilidade é relativo, porque existe a possibilidade do titular de um direito da personalidade, mediante expresso ato de vontade, dispor de parte deste direito – ainda que de forma limitada - como sói acontecer no ato de disposição de órgãos e tecidos humanos para fins de transplante, objeto do presente estudo.

Pugliatti⁶⁴ aduz nesse sentido “que a faculdade de disposição, seria uma extensão da faculdade de gozo e, mais precisamente, a sua consequência extrema, pela qual o gozo pode estender-se até o ponto

⁶³ Orlando Gomes, (**Introdução ao direito civil.** cit. p. 41), discorda de tal assertiva. Afirma que os direitos da personalidade “não se transmitem sequer *causa mortis*, embora gozem de proteção depois da morte do titular, sendo legitimá-los a requerê-la o cônjuge sobrevivente ou qualquer parente próximo, e não os herdeiros chamados à sucessão”.

⁶⁴ PUGLIATTI. *Gli istituti del dir. civ.* Vol.I, 1943 apud Adriano De Cupis. **Os direitos da personalidade.** cit. p. 14.

de o sujeito despojar-se do direito, para fazer suceder nele outro sujeito”.

Os direitos da personalidade são também, em sua maioria, direitos vitalícios. Mas existem algumas espécies de direitos da personalidade que continuam vigendo mesmo após a morte de seu titular, como é o caso do direito do autor e do direito à honra.

Outra qualidade distintiva fundamental dos direitos da personalidade é a de que são direitos eminentemente intangíveis, quer pelo Estado, quer pelos particulares⁶⁵, aí incluída a própria pessoa titular do direito, visto que estes direitos “partem da pessoa configurados como um poder de *vontade* e regressam à mesma em sua condição de um dever essencial de *conservação*⁶⁶”.

São ainda dotados do traço da extrapatrimonialidade⁶⁷.

Ora, os bens jurídicos nos quais incidem os direitos da personalidade não são suscetíveis de avaliação pecuniária, embora possam alguns

⁶⁵ Utilizamos os caracteres apresentados por Carlos Alberto Bittar, em **Os direitos da personalidade**. cit. p. 11.

⁶⁶ MATTIA, Fábio Maria de. Direitos da personalidade: aspectos gerais. In **Estudos de direito civil**. cit. p. 111

⁶⁷ Adriano De Cupis assevera a esse respeito: “sendo o objecto dos direitos da personalidade um modo de ser físico ou moral da pessoa, bem se compreende que ele nunca contenha em si mesmo uma utilidade imediata de ordem econômica ...quando é lesado um direito da personalidade, nasce para o sujeito um direito a ser ressarcido do dano, direito destinado a garantir-lhe o *tantundem* daqueles bens que o objeto lesado estava em condições de conseguir-lhe. A equivalência entre o direito e a indenização pelo dano e o direito lesado da personalidade é uma equivalência de carácter indirecto”.

deles constituir objeto de negócio jurídico patrimonial⁶⁸, bem como a ofensa ilícita a qualquer destes direitos tenha como pressuposto de fato o nascimento da obrigação de indenizar, ainda quando se trate de puro dano moral⁶⁹.

Outro traço previsto pelo art. 11 do diploma civil, é a irrenunciabilidade⁷⁰-que decorre de seu caráter essencial, porquanto “a personalidade jurídica não pode ser esvaziada, por ato de renúncia, da parte mais importante do próprio conteúdo”⁷¹.

É de ser frisado, enfim, que tais direitos alcançam toda pessoa natural, manifestando-se a partir do seu nascimento com vida, muito embora envolva os direitos do nascituro desde o momento da sua concepção.

Também as pessoas jurídicas estão abarcadas pelos direitos da personalidade, o que se dá a partir de seu registro no órgão competente (artigo 45 do Código Civil)⁷².

⁶⁸ Como é cediço, alguns direitos da personalidade, como o direito à voz e à própria imagem podem ter caráter patrimonial, como é o caso do ator que cede sua imagem em campanha publicitária ou do cantor que grava um *compact disc* mediante o recebimento de contraprestação pecuniária.

⁶⁹ GOMES, Orlando. **Introdução**. cit. p. 132.

⁷⁰ DE MATTIA, Fábio Maria. Direitos da personalidade: aspectos gerais, *in Estudos de direito civil*. Antônio Chaves (coordenador). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 110.

⁷¹ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. cit. p. 53.

⁷² “Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo”.

Mencione-se também a característica da inexpropriabilidade, que diz respeito à garantia das pessoas de que não sofrerão desapropriação forçada de seus direitos, ainda que virtude de imposição estatal.

Diz-se, ainda, que os direitos da personalidade são ilimitados, porque somente terminam com a morte do indivíduo, ou seja, não são passíveis de limitação voluntária⁷³ por quem quer que seja, e alguns deles, conforme já apontado, subsistem mesmo após o falecimento de seu titular.

A imprescritibilidade diz respeito à faculdade de exercício de qualquer dos direitos da personalidade a qualquer tempo durante a vida de seu titular, em alguns casos, mesmo após dela, mediante representação processual.

Gustavo Tepedino,⁷⁴ discorrendo acerca das características dos direitos da personalidade, inclui o traço da generalidade de que se revestem tais direitos, sob o argumento de que os direitos da personalidade são indistintamente concedidos a todos, pelo simples

⁷³ Existe posicionamento em sentido contrário. A esse respeito consultar Alfredo Domingues Barbosa Migliore (**Direitos da personalidade *post mortem***. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2006. p. 120 . Afirma o autor “ que os direitos da personalidade, na medida em que são potestativos e inerentes à pessoa de seu titular e a mais ninguém, somente por ela podem ser limitados, desde que, é óbvio, essa limitação – e este é um aspecto importante na quebra do mito da “ impossibilidade de limitação voluntária” – não atente contra outros direitos da personalidade igualmente importantes, contra a ordem jurídica e a ordem pública”.

fato de estar-se vivo, ou seja, pelo mesmo motivo que alguns juristas os consideram como inatos.

Saliente-se, por fim, que os direitos da personalidade não estão limitados aos direitos estritamente definidos em lei⁷⁵, o que significaria confundir a existência do direito da personalidade com o seu reconhecimento.

Tratando do direito ao transplante de órgãos e tecidos, uma vez mais é possível afirmá-lo como um direito da personalidade, haja vista revestir-se das características próprias dessa espécie de direitos, a saber: constitui-se em direito inato, absoluto, essencial, indisponível, vitalício, intangível, extrapatrimonial, intransmissível e irrenunciável⁷⁶.

Continuando com o estudo da teoria geral dos direitos da personalidade, aludiremos aos bens jurídicos que se enquadram nessa categoria de direitos.

⁷⁴ TEPEDINO, Gustavo. **Atualidades de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 112.

⁷⁵ Relembre-se, por oportuno, que apoiamos nosso entendimento na escola do direito natural clássica, que concebe os direitos da personalidade como direitos inatos.

⁷⁶ Diremos mais especificamente das características do direito ao transplante de órgãos e tecidos como um direito da personalidade no Capítulo III desta dissertação.

1.5 Extensão e conteúdo dos direitos da personalidade

Existem diversas opiniões acerca dos bens jurídicos sobre os quais incidem os direitos da personalidade, com uma ou outra nuance diferente, sendo certo, entretanto, que a essência é sempre a mesma – a proteção ao ser humano em sua forma mais completa, em seus aspectos intrínsecos ou extrínsecos, que podem ser resumidos na proteção à vida, ao corpo, à psique, à liberdade, à honra, à intimidade, ao segredo, à figura pessoal, ao nome e à autoria.

Pois são estes os valores, que embora quase sempre abstratos, integram o ser do *homo júris*. Sem ditos bens, não se identifica uma pessoa⁷⁷.

Consoante explica Walter Moraes⁷⁸: “Para que uma pessoa possa subsistir como sujeito de direito e desenvolver regularmente a sua vida jurídica, torna-se necessário que esteja na posse de certos bens. De tais valores, os *bens de personalidade*, não se pode de fato prescindir porque, privada deles, ou a personalidade jurídica não existe, ou,

⁷⁷ MORAES, Walter. Direito da personalidade – estado da matéria no Brasil, in **Estudos de Direito Civil**. cit. p.125

⁷⁸ Idem, *ibidem*.

mesmo sobrevivendo, tolhe-se a ponto de perder as condições de desempenhar o seu potencial”.

Nesse sentido, seguimos o entendimento de Rubens Limongi França⁷⁹ acerca dos bens tutelados pelos direitos da personalidade.

Assim, para o autor, o conteúdo dos direitos da personalidade está relacionado à proteção da integridade física: o direito à vida – abrangendo a concepção, a descendência, o nascimento, o leite materno, o planejamento familiar, a proteção do menor, a alimentação, a habitação, a educação, o trabalho, o transporte adequado, a segurança física, o aspecto físico da estética humana, a proteção médica e hospitalar, o meio ambiente ecológico, o sossego, o lazer, o desenvolvimento vocacional artístico, a liberdade, o prolongamento artificial da vida, a reanimação, a velhice digna e os problemas relativos à eutanásia.

Ainda quanto à proteção da integridade física, o autor inclui o direito ao corpo vivo - compreendidos neste espectro o direito ao espermatozóide e ao óvulo, ao uso do útero para procriação alheia, ao exame médico, à transfusão de sangue, à alienação de sangue, **ao transplante de órgãos e tecidos**, à experiência científica, ao

transexualismo, à mudança artificial de sexo, ao débito conjugal, à liberdade física e ao “passe” esportivo.

O autor também menciona os seguintes direitos relativos ao corpo morto: direito ao sepulcro, à cremação, à utilização científica, ao transplante de órgãos e tecidos e ao culto religioso.

No que diz respeito à proteção da integridade intelectual, arrola a liberdade de pensamento, o direito de autor, de inventor, de esportista, de esportista participante de espetáculo público.

Por fim, Limongi França refere-se aos bens jurídicos relativos à moral do indivíduo, quais sejam, a liberdade civil, política e religiosa, a segurança moral, a honra, a honorificência, o recato, a intimidade, a imagem, o aspecto moral da estética humana, o segredo pessoal, doméstico, profissional, político e religioso, a identidade pessoal, familiar e social, a identidade sexual, o nome, o título, o pseudônimo e a alcunha.

⁷⁹ Adotamos a classificação proposta por Rubens Limongi França (**Direitos privados da personalidade**. Revista dos Tribunais, 370/7), porque acreditamos constituir a mais completa acerca dos bens tutelados pelos direitos da personalidade.

Entendemos que a higidez mental, muito embora não tenha sido citada pelo autor, constitui, sem dúvida, um bem jurídico a ser protegido pelo direito da personalidade⁸⁰.

Ora, a higidez mental é aspecto indissociavelmente ligado ao indivíduo, assim como o corpo, a moral e o intelecto. E como tal deve ser indiscutivelmente protegida pelo ordenamento jurídico.

Pontes de Miranda⁸¹ acrescenta a verdade, a igualdade, o pseudônimo e a firma.

De Cupis⁸² menciona as **partes separadas do corpo e do cadáver**.

Em síntese, através deste ramo do direito, o Estado visa proteger e preservar a dignidade da pessoa humana em todas as suas manifestações, afastando do indivíduo toda e qualquer ação depreciativa da figura humana, razão primeira e última de todo o ordenamento jurídico.

E tamanha proteção se justifica, porque, como assevera Walter Moraes⁸³: “Estes valores, quase sempre abstratos, são os elementos que integram o ser do *homo júris*. De modo que podemos conceber a

⁸⁰ Apoiamos nosso entendimento, na lição de Maria Helena Diniz (Apontamento de aula, no curso de direito civil comparado – direitos da personalidade, no ano de 2005), que concebe a higidez mental como um efetivo direito da personalidade.

⁸¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado – direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Borsóí, 1955. t.VII. p.255.

⁸² DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. cit. p. 88.

personalidade como um composto de elementos que lhe dão estrutura. Vale dizer que sem ditos bens não se integra uma pessoa; e logo, privadas as pessoas deles, não há falar em comunidade de homens na ordem jurídica e, por conseguinte, não há falar em ordem jurídica nem em verdadeira sociedade”.

1.6 Tutela jurídica dos direitos da personalidade

Cumpre-nos notar que faremos apenas um breve apanhado acerca da tutela jurídica dos direitos da personalidade, relegando a análise da responsabilidade jurídica decorrente dos transplantes de órgãos e tecidos para item próprio⁸⁴.

Assim, em linhas gerais, podemos dizer que a tutela jurídica dos direitos da personalidade dá-se fundamentalmente de três formas: na esfera penal, através da cominação de sanções, na esfera constitucional, pelos remédios constitucionais, e no âmbito civil, pela interposição de medidas cautelares e ações principais.

⁸³ MORAES, Walter. Direito da personalidade – estado da matéria no Brasil, *in* **Estudos de Direito Civil**. cit. p. 126.

⁸⁴ Trataremos da questão da responsabilidade jurídica decorrente do transplante de órgãos e tecidos no item 4.6 deste trabalho.

Especificamente no que se refere à tutela civil da personalidade, cabe salientar que o legislador baseou a proteção dos direitos da personalidade no binômio dano-reparação, seja ela material ou moral.

Fábio Maria de Mattia,⁸⁵ referindo-se à tutela dos direitos da personalidade no âmbito civil, aduz que deve ser feita, por um lado, através de medidas cautelares que determinem a imediata suspensão dos atos que desrespeitem os direitos da personalidade, e por outro lado assevera que deve haver a propositura de ação principal⁸⁶, que irá declarar ou negar a existência do direito da personalidade.

É o que se depreende da exegese do artigo 12 do Código Civil:

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

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

⁸⁵ MATTIA, Fábio Maria de. Direitos da personalidade: aspectos gerais, *in Estudos de direito civil*. cit. p. 113.

⁸⁶ Carlos Alberto Bittar (**Os direitos da personalidade**. cit. p. 54) atendo-se às ações principais, cita as ações de declaração, para afirmação, ou a negação de relação jurídica e a ação de reparação de danos.

Importante salientar que todas as medidas citadas podem ser cumuladas, podendo inclusive vir a coexistir, sucessiva ou simultaneamente, em concreto, em razão da ação do lesado.

É o que preconiza a Súmula 37 do STJ: “*São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato*”.

Por fim, transcrevemos o posicionamento de Rubens Limongi França⁸⁷ a esse respeito:

“A sanção pode ser pública e privada, a natureza pública é a tradicional e apresenta duas feições: a constitucional e a penal.

A constitucional se verifica através de institutos como o *habeas corpus*, destinado à garantia da liberdade de ir e vir.

A penal se exterioriza na definição de certos crimes como a injúria, a calúnia, a difamação, o ultraje ao culto, etc.

A sanção privada até bem recentemente se restringia ao ressarcimento pela responsabilidade civil.

Essa, porém, não é uma tutela dos direitos da personalidade, sob o seu aspecto privado, nem se vinha revelando suficiente para propiciar-lhe a devida garantia.

⁸⁷ FRANÇA, Rubens Limongi. **Manual de direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. t.1, v.2.p. 112.

Assim, a doutrina, a jurisprudência, e, ultimamente, a própria legislação dos povos cultos, evoluiu no sentido de reconhecer ações específicas, de natureza negatória e declaratória, destinadas a negar e a afirmar a existência, *casu*, dos diversos direitos da personalidade.

Por outro lado, a consagração, que tende a universalizar-se, do ressarcimento por dano moral vem completar, em definitivo, a tutela privada de tais direitos.

1.7 Princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento dos direitos da personalidade

A importância de analisarmos o princípio da dignidade humana (Constituição Federal, art. 1º, III⁸⁸) a esse ponto do trabalho está ligada a uma “nova⁸⁹” perspectiva de proteção da personalidade, estabelecida no conceito de que o homem é o centro da organização

⁸⁸ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana”.

⁸⁹ Pietro Pelingieri (**La personalità umana nell’ordinamento giuridico**. cit. p. 48) afirma que é bastante novo o princípio segundo o qual uma pessoa deve ser tutelada como ser humano e não como cidadão. Sabemos que a inserção do princípio da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico é recente, historicamente identificado com o século XX, com a sua consagração no plano internacional através do art. 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que dispõe: “*Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade*”.

jurídica e social e de que a dignidade humana constitui-se em atributo intrínseco a todos os homens. Nesse sentido, podemos afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui o fundamento dos direitos da personalidade, mais do que isso, o fundamento do próprio direito⁹⁰.

Rosa Nery traduz bem essa premissa ao afirmar que “o homem é sujeito de direito e, nunca, objeto de direito”; é nesse sentido que o princípio da dignidade humana deve ser entendido – “o homem como princípio e razão de todo o direito⁹¹”.

Tamanha é a importância de referido princípio que a Constituição Federal o coloca em seu art. 1º, inciso III⁹², erigindo-o como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

No mesmo sentido estão o art. 3º da Constituição italiana⁹³, o art. 1º da Lei Fundamental de 1949⁹⁴ alemã, o art. 1º da Constituição portuguesa⁹⁵ e o art. 10.1 da Constituição espanhola⁹⁶.

⁹⁰ Bernard Edelman apud Enéas Costa Garcia. **O direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro**. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. São Paulo. 2005. p.118, reconhece que o recurso à dignidade humana ostenta uma preocupação de defesa contra as barbáries do nazi-fascismo e os perigos da biomedicina, atuando como verdadeiro instrumento de proteção do ser humano.

⁹¹ NERY, Rosa Maria de Andrade. **Noções preliminares de direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.113.

⁹² “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III- a dignidade da pessoa humana”.

De onde se depreende que o princípio da dignidade da pessoa humana é considerado valor-fonte do sistema jurídico, princípio-matriz, norma que orienta a interpretação e aplicação de todas as demais normas⁹⁷.

É a partir desse contexto que deve ser analisado também o direito ao transplante de órgãos e tecidos humanos.

É necessário precisar em que consiste verdadeiramente o respeito à dignidade humana, quando se pode dizer que um homem está sendo respeitado em sua dignidade e quando não⁹⁸.

Ou seja, a máxima de que “os fins justificam os meios” não pode ser aplicada à questão dos transplantes, pois abreviar a vida de um ser humano no intuito de melhorar a vida de outro, além de crime, configura uma das piores atrocidades morais.

Pois, se por um lado é de ser assegurado ao doente grave dispor de uma técnica terapêutica tão avançada como o é a dos transplantes para

⁹³ *“Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, língua, religião, opinião política, condições pessoais e sociais”.*

⁹⁴ *“A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o Poder Público”.*

⁹⁵ *“Constituição de 1976. “Art.1º. Portugal é uma República soberana, baseada, entre outros valores, na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.*

⁹⁶ *“10.1. A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos demais são fundamento da ordem política e da paz social”.*

⁹⁷ GARCIA, Enéas Costa. **O direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro.** cit. p.119.

salvaguardar sua vida, também é de ser protegido o direito daquele indivíduo que, potencialmente poderá vir a se tornar doador de órgãos e tecidos, para que viva a sua vida até o fim. Ora, nenhum direito se sobrepõe ao direito à vida.

Porque todo ser humano é dotado de idêntico valor, a intangibilidade da vida deve ser preservada em todas as fases da existência. O que implica na proibição do aborto, da eutanásia, pois a justificação destas condutas reside no reconhecimento de que determinadas vidas não mereceriam ser vividas, em flagrante desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana⁹⁹.

Maria Helena Diniz¹⁰⁰, reiterando a importância do tema, assevera que “a pessoa humana e sua dignidade constituem fundamento e fim da sociedade e do Estado, sendo o valor que prevalecerá sobre qualquer tipo de avanço científico e tecnológico. Conseqüentemente, não poderão bioética e biodireito admitir conduta que venha a reduzir a pessoa humana à condição de coisa, retirando dela sua dignidade e o direito a uma vida digna”.

⁹⁸ PERLINGIERI, Pietro. **La personalità umana nell'ordinamento giuridico**. Camerino: Jovene editore, 1972. p.47.

⁹⁹ GARCIA, Enéas Costa. **O direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro**. cit. p. 133.

¹⁰⁰ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2005. p.17.

Também a Convenção sobre Direitos Humanos e Biomedicina, em seu artigo 2º, preceitua que: “os interesses e o bem-estar do ser humano devem prevalecer sobre o interesse isolado da sociedade ou da ciência”.

Ainda, a Declaração sobre a Utilização do Progresso Científico e Tecnológico no interesse da Paz e em Benefício da Humanidade, feita pela ONU em 10 de Novembro de 1975, em seu artigo 6º enfatiza esse ideal: “todos os Estados adotarão medidas tendentes a estender a todos os estratos da população os benefícios da ciência e da tecnologia e a protegê-los, tanto nos aspectos sociais quanto materiais, das possíveis conseqüências negativas do uso indevido do progresso científico e tecnológico, inclusive sua utilização indevida para infringir os direitos do indivíduo ou do grupo, em particular, relativamente ao respeito à vida privada e à proteção da pessoa humana e de sua integridade física e intelectual”.

Ressalte-se que a dignidade da pessoa humana também envolve a tutela da integridade física e psíquica do homem, ou seja, pelo princípio da dignidade da pessoa humana reserva-se uma esfera de atuação livre para a pessoa¹⁰¹, daí a necessidade da manifestação

¹⁰¹ GARCIA, Enéas Costa. **O direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro.** cit. p. 134.

válida do consentimento daquele que irá doar seus órgãos e daquele que será submetido à cirurgia de implante de órgão ou tecido, pois a submissão da pessoa a intervenções médico-cirúrgicas não consentidas livremente, configura verdadeiro atentado à integridade físico-psíquica da pessoa, implicando, por conseguinte, em infração ao princípio da dignidade da pessoa humana¹⁰².

Considerando tudo isso, segundo Maria Helena Diniz: “diz-se, com muita propriedade, que a vida e a liberdade são as expressões mais extraordinárias dessa dignidade humana, porque é na essência do ser que se encontram os elementos identificadores dela. Logo, a vida humana é que tem dignidade; a liberdade do homem é que tem dignidade; e tudo isso deve necessariamente refletir no anseio científico que justifica a tomada de decisão anterior à elaboração da mesma norma. Quando o espírito do legislador, ou do intérprete, se olvida desse princípio, desaparecem todos os elementos que autorizam dizer tenha sido realizada verdadeira análise científica do direito¹⁰³”.

¹⁰² Aludiremos à questão do consentimento do doador e do receptor de órgãos no Capítulo IV deste estudo.

CAPÍTULO II - DIREITO À VIDA, À INTEGRIDADE FÍSICA, AO CORPO E ÀS PARTES SEPARADAS DO MESMO

2.1 Generalidades

Antes de iniciarmos propriamente o capítulo, cumpre-nos fazer uma pequena introdução acerca do assunto.

Com efeito. Neste capítulo pretendemos estudar os bens mais importantes da personalidade

¹⁰³ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. cit. p.114

Conforme é cediço, o direito ao transplante de órgãos e tecidos constitui-se em direito da personalidade pelo seu objeto – a vida, a integridade física e psíquica do indivíduo, que engloba o direito ao corpo e as partes separadas do mesmo – e a liberdade.

Dessa forma, cumpre-nos analisar cada um destes direitos, apontando suas principais características e importância, atentando fundamentalmente para os pontos de conexão com o direito ao transplante de órgãos e tecidos, objeto deste estudo.

2.2 Direito à vida

Iniciamos o estudo dos bens da personalidade com o direito à vida porque “é o mais fundamental de todos os direitos, já que constitui pré-requisito à existência e exercício de todos os demais”¹⁰⁴.

A vida é o bem supremo do ser humano. E como tal é protegida pelo ordenamento jurídico, tendo prevalência sobre qualquer outra espécie de direito.

Nesses termos, havendo conflito entre o direito à vida e qualquer outro direito, o primeiro sempre prevalecerá, pelo princípio do primado do mais relevante¹⁰⁵.

Pois é a partir deste direito que defluem todos os demais; assim, devemos compreender o direito à vida como a base e o fundamento de todo o aparato jurídico.

Sem a vida, não há que se falar em direito.

Nesse sentido são as palavras de Carlos Alberto Bittar¹⁰⁶: “Dentre os direitos de ordem física, ocupa posição de primazia o direito à vida, como bem maior na esfera natural e também na jurídica, exatamente porque, em seu torno e como consequência de sua existência, todos os demais gravitam”.

O direito à vida inicia-se antes mesmo do desprendimento do nascituro do ventre de sua mãe, quando por si só respira, no exato momento da fecundação.

¹⁰⁴MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2002. p.63.

¹⁰⁵DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.25.

¹⁰⁶BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. cit. p.70.

Maria Helena Diniz¹⁰⁷ aponta que o nascituro já é um ente dotado de personalidade própria, mas personalidade formal, e que a partir de seu nascimento com vida, adquire personalidade material.

Carlos Alberto Bittar,¹⁰⁸ esposando o mesmo entendimento, aduz que o direito à vida manifesta-se desde a concepção, sob condição do nascimento do ser com vida, e continua integrado à pessoa até a morte.

Ives Gandra e Capelo de Souza¹⁰⁹ trazem à baila o princípio da inviolabilidade da vida humana para sedimentar esse entendimento: “A garantia de inviolabilidade da vida humana impõe ao poder público o dever de preservar o direito à vida pré-natal e pós-natal de todos e até de modo reforçado quanto mais frágil for essa manifestação de vida humana ou mais insuficiente ou débil for o seu titular. É que a Constituição não se limita a reconhecer um direito de vida, enquanto expressão de conservação de uma vida já nascida,

¹⁰⁷ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** cit. p.113. A autora reafirma seu entendimento citando o art. 4º, do Pacto de São José da Costa Rica (1969), o preâmbulo da Convenção sobre Direitos da Criança (1989), as Recomendações n. 934/82, 1.046/86, n.5 e 1.100/89, n.7, do Conselho da Europa, que resguardam o direito à vida desde a concepção. Cita também, no mesmo sentido, o art. 4º da Constituição paraguaia, o art. 19 da Constituição chilena, o art 2º da Constituição peruana e o art. 5º da Constituição brasileira de 1988. Aponta também o art. 2º do Código Civil brasileiro, a lei de biossegurança (Lei n. 8.974/95), a Resolução n. 1.154/84 do Conselho Federal de Medicina, dentre outros.

¹⁰⁸ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade.** cit. p.70.

envolvendo também a garantia de um direito à vida, traduzido no desenvolvimento de todas as manifestações de vida humana, incluindo o direito ao nascimento¹¹⁰”.

Tratando agora das características do direito à vida, Antônio Chaves¹¹¹ assevera que: “é *inato*, porquanto cabe ao indivíduo pelo simples fato de ser munido da personalidade adquirida com o nascimento; é um *direito privado*: pertence a cada um como indivíduo, isto é, considerado no círculo das finalidades que tem como simples ser humano, não perdendo semelhante característica nem mesmo quando se dirija para o Estado”.

Adriano de Cupis¹¹², por sua vez, qualifica-o como “*direito essencialíssimo*” e pondera que, um dos elementos distintivos do direito à vida é o relativo ao consentimento de seu titular, que é

¹⁰⁹ Apud Paulo Otero. **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética**. Coimbra: G.C. – Gráfica de Coimbra, LDA, 1999. p.34.

¹¹⁰Rubens Limongi França tem idêntico posicionamento. Ressalte-se, por oportuno, que existe opinião contrária ao reconhecimento do nascituro como ser dotado de personalidade jurídica. Caio Mário da Silva Pereira, por exemplo, não admite o nascituro como um ser dotado de personalidade jurídica. Para o autor, os direitos a eles reconhecidos permanecem em estado potencial até o nascimento quando, então, passam a adquirir personalidade; por outro lado, se o nascituro não nascer com vida, o direito não chega sequer a constituir-se.

Nesse mesmo sentido, Pontes de Miranda: “No útero, a criança não é pessoa. Se não nasce viva, nunca adquiriu direitos, nunca foi sujeito de direito nem pode ter sido sujeito de direito (nunca foi pessoa)”.

¹¹¹CHAVES, Antônio (coordenador). **Estudos de direito civil**. cit. p. 145

¹¹²DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. cit. p. 64.

submetido à disciplina diversa dos outros direitos da personalidade¹¹³, por ser ineficaz, para excluir a antijuridicidade do fato lesivo ao bem “vida”. De onde se depreende que não existe direito do sujeito sobre a vida,¹¹⁴ mas sim direito à vida. E este direito é *intangível*.

É o que leciona Maria Helena Diniz¹¹⁵ : “O direito ao respeito da vida não é um direito à vida. Esta não é uma concessão jurídico-estatal, nem tampouco um direito de uma pessoa sobre si mesma. Logo, não há como admitir a licitude de um ato que ceife a vida humana, mesmo sob o consenso de seu titular, porque este não vive somente para si, uma vez que deve cumprir sua missão na sociedade e atingir seu aperfeiçoamento pessoal¹¹⁶”.

¹¹³ Analisaremos a possibilidade do consentimento na lesão de determinado bem da personalidade, pelo titular deste direito, como fator excludente da antijuridicidade do ato lesivo, como sói acontecer, por exemplo, com a anuência do indivíduo para ablação de determinado órgão ou tecido para fins de transplante.

¹¹⁴ Outro argumento contrário ao direito do homem sobre a própria vida, repousa justamente no entendimento contrário, manifestado pela construção da teoria do *jus in se ipsum* (direito sobre a própria pessoa). A esse respeito Adriano De Cupis (**Os direitos da personalidade**. cit. p. 64) aduz que, esta teoria leva logicamente a reconhecer o suicídio como faculdade do ser humano. Na realidade, afirma o autor, o problema do suicídio põe-se quer se eleve a pessoa a objeto de direito. Realmente, o direito à vida respeita à pessoa como tal, mas não compreende a faculdade de abuso que se encontra na expressão do suicídio, pois o ato com que o sujeito visa dispor juridicamente do seu direito ou não tem eficácia, ou tem eficácia reduzida; mas, além disso, é desprovido de proteção o ato com que ele pretende por fim ao seu direito destruindo pela própria atividade material o objeto deste direito.

¹¹⁵DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. cit. p.22

¹¹⁶ Carlos Alberto Bittar (**Os direitos da personalidade**. cit. p. 71) tem idêntico posicionamento. Para o autor, o direito à vida, se reveste em sua plenitude, de todas as características dos direitos da personalidade, devendo-se enfatizar, como já dissemos anteriormente o aspecto da indisponibilidade, visto que se caracteriza como um direito à vida e não como um direito sobre a vida.

O que o ordenamento jurídico efetivamente tutela é o direito de todo ser humano de nascer e de manter-se vivo, e não a faculdade que o indivíduo tem de escolher entre permanecer ou não vivo, de onde se depreende que o direito à vida não é um direito ilimitado¹¹⁷.

Assim, todos têm o dever de preservar sua própria vida e preservar a vida alheia.

A própria Constituição Federal vigente assegura a inviolabilidade do direito à vida, colocando-a, implicitamente, logo em seu artigo 1^o¹¹⁸, como um dos fundamentos da sociedade brasileira, em seu artigo 5^o, “*caput*”¹¹⁹.

Oportuno salientar que a vida humana é constitucionalmente amparada desde o momento da fecundação natural ou artificial do óvulo pelo espermatozóide até o óbito, abrangendo, por conseguinte, o direito de nascer, o de continuar vivo e o de subsistência, mediante

¹¹⁷ José Castan Tobeñas (**Los derechos de la personalidad**. cit. p.35) nesse sentido, afirma: “ *El derecho a la vida no es, por lo demás, ilimitado. La vida, según la filosofía católica, no es fin en sí, sino, medio y condición para que el hombre realice su destino, y, por conseguinte, el derecho a su conservación está condicionado a las leyes supremas de la Moralidad y la Justicia*”.

¹¹⁸“Art.1^o. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III – a dignidade da pessoa humana.”

¹¹⁹“Art. 5^o. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade ...”.

trabalho honesto ou prestação de alimentos¹²⁰, pouco importando se a pessoa seja idosa, nascituro, criança, adolescente, se é sadio ou portador de enfermidade, se está em coma ou se haja manutenção do estado vital por meio de processo mecânico¹²¹.

Também o Código Civil dispõe sobre esse direito, o que pode ser verificado da exegese dos artigos 2º¹²², 1694 a 1710¹²³, 948¹²⁴ e 950¹²⁵.

Nesse sentido, também as Leis n. 5478/68, 8971/94, art. 1º e parágrafo único, e Lei n. 9.278/96, artigo 7º e Lei n. 8974/95, artigo 13, II, parágrafo 1º, *b, d e f*, parágrafo 2º, *e e g*, parágrafo 3º¹²⁶.

Assim, seja no limiar de uma nova vida ou já no raiar de uma vida prestes a se findar, qualquer atentado à vida há de ser punido.

¹²⁰ Adriano De Cupis (**Os direitos da personalidade**. cit. p. 67) afirma a respeito desse direito: “ o direito alimentar é um direito relativo, que se exerce contra determinados sujeitos obrigados a uma prestação de caráter positivo. O seu objeto não é a vida, mas sim um bem diferente, conquanto destinado a servir para a conservação da vida”.

¹²¹ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. cit. p.22.

¹²² “Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa no nascimento com vida; mas a lei põe, a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

¹²³ Os referidos dispositivos tratam do direito à alimentos.

¹²⁴ O art. 948 trata da indenização devida pelo homicida à família da vítima: “No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I- no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II- na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima”.

¹²⁵ “Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez”.

¹²⁶ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. cit. p.67

E a sanção na esfera civil faz-se através do instituto da responsabilização civil, com o respectivo ressarcimento de danos patrimoniais e morais¹²⁷.

Na esfera penal, a Parte Especial do Código Penal inicia-se com os crimes contra a vida, (artigos 121¹²⁸, do Código Penal, que dispõe acerca do homicídio simples, do artigo 121, parágrafo 2^o¹²⁹, que trata do homicídio qualificado, do artigo 123¹³⁰ que traz o crime de infanticídio, dos artigos 124 a 128¹³¹, que institui o aborto e do artigo 122¹³², que versa sobre o induzimento, a instigação ou auxílio ao suicídio).

¹²⁷ De acordo com o artigo 948 do Código Civil em vigor.

¹²⁸ “Art. 121. Matar alguém.

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos”.

¹²⁹ “§ 2º. *Se o homicídio é cometido:*

I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;

II - por motivo fútil;

III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou

cruel, ou de que possa resultar perigo comum;

IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;

V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime:

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos”.

¹³⁰ “Art. 123. Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou

logo após:

Pena – detenção, de 2 (dois) a 6 (seis) anos”.

¹³¹ Os artigos 124 a 128 do Código Penal dispõe acerca do crime de aborto, seja ele provocado pela gestante ou tenha sido praticado por outrem com o seu consentimento, a pena varia de detenção de 1 (um) ano até 4 (quatro) anos mais um terço, no caso de aborto qualificado, que se dá quando os meios empregados para a manobra abortiva ocasionarem lesão corporal de natureza grave na gestante ou a morte.

¹³² Art. 122. *Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, se o suicídio se consuma; ou*

Maria Helena Diniz (**O estado atual do biodireito**. cit. p.25) lembra oportunamente, que, muito embora a vida seja resguardada pelo Código Penal, existem exceções, como nos casos de legítima defesa, estado de necessidade e exercício regular de um direito, em que há a previsão de excludente de ilicitude, e nos casos de aborto legal, em que há a excludente de punibilidade.

2.3 Direito à integridade física

É digno de tutela o interesse público relativo à *integridade física* dos indivíduos na medida em que esta constitui condição de convivência normal, de segurança, de eficaz desenvolvimento da atividade individual.¹³³

Através deste direito, pretende-se preservar a higidez física e psíquica do indivíduo contra qualquer espécie de atentado.

reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, se da tentativa de suicídio resultar lesão corporal de natureza grave.

¹³³ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. cit. p. 70. A esse respeito, vide também Carlos Rogel Vide (**Derecho de la persona**. Barcelona: J. M. Bosch Editor. p.133) para que o bem da integridade física é um modo de ser da pessoa consistente na presença de todos os seus atributos corporais .

Da mesma forma que o direito à vida, o direito à integridade física liga-se ao indivíduo desde o momento de sua concepção e perdura até o momento de sua morte, vindo a alcançar inclusive o cadáver.

O direito à integridade física reveste-se, via de regra, das mesmas características dos demais direitos da personalidade.

O bem jurídico visado é a incolumidade física e intelectual. Segundo Carlos Alberto Bittar¹³⁴, preservam-se, com o direito reconhecido, os dotes naturais e os adquiridos pela pessoa, em nível físico e em nível mental, profligando-se qualquer dano ao seu corpo ou à sua mente. Condenam-se atentados ao físico, à saúde e à mente, rejeitando-se, social e individualmente, lesões causadas à normalidade funcional do corpo humano, sob os prismas anatômico, fisiológico e mental.

Daí a necessidade de ser juridicamente tutelado. Vejamos. O direito à integridade física está protegido constitucional e infraconstitucionalmente, no âmbito civil e penal e visa, em última instância, evitar à pessoa o sofrimento físico e mental.

Na seara constitucional, encontramos o artigo 5º, inciso III¹³⁵, que dispõe acerca das formas tendentes a abolir os excessos no sistema

¹³⁴ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. cit. p. 77.

¹³⁵ Dispõe o art. 5º, inciso III: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

repressivo, como o repúdio à tortura, às penas cruéis e ao tratamento desumano e degradante.

A responsabilização civil é extracontratual (ou aquiliana) e se dá mediante indenização material e moral, nos moldes do artigo 949 e seguintes do Código Civil¹³⁶ e da Súmula 37 do STJ¹³⁷, que prevê a possibilidade da cumulação de pedidos.

A violação do direito à integridade física está sancionada também pelo direito penal, através da descrição de algumas figuras delitivas como, por exemplo, o delito de lesões corporais (artigo 129¹³⁸), exposição a contágio de moléstia venérea (artigo 130¹³⁹), perigo de contágio de

¹³⁶ “Art. 949 No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o final da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”; ainda o “ Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas e do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu. Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.” e “ Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho”.

¹³⁷ “37. São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

¹³⁸ O art. 129 do CP dispõe acerca do delito de lesões corporais, que tem como objetos jurídicos, a incolumidade física e a saúde física e mental do homem. Segundo a exegese deste artigo, a autolesão não é punível em si mesma. A conduta típica consiste em atingir a integridade corporal ou a saúde física ou mental de outrem.

¹³⁹ O art. 130 do CP aduz sobre do perigo de contágio venéreo. Seu objeto jurídico está ligado à saúde física do indivíduo.

moléstia grave (artigo 131¹⁴⁰), perigo para a vida ou a saúde de outrem (artigo 132¹⁴¹), abandono de incapaz (artigo 133¹⁴²), exposição ou abandono de recém-nascido (artigo 134¹⁴³), omissão de socorro (artigo 135¹⁴⁴), maus-tratos (artigo 136¹⁴⁵), e ainda, a participação em rixa (artigo 137¹⁴⁶).

Não obstante a lesão à integridade física seja criminalmente sancionada, em alguns casos especiais, como nas lesões causadas por tratamento médico-cirúrgico, falta o elemento básico da antijuridicidade, de modo que tais condutas, evidentemente, não são punidas.

E isso acontece porque o direito à integridade física, diferencia-se, quanto às suas principais características, do direito à vida por ser,

¹⁴⁰ O art. 131 do CP trata do perigo de contágio de moléstia grave, e tem como objeto jurídico a saúde do ser humano.

¹⁴¹ O CP estabelece em seu art. 132 o crime de perigo para a vida ou a saúde de outrem. Seu objeto jurídico está ligado ao direito à vida e à saúde da pessoa humana.

¹⁴² O art. 133 prevê a tipificação do crime de abandono de incapaz. Seu objeto jurídico é a proteção do incapaz, que não possui condições de defender-se dos riscos resultantes do abandono.

¹⁴³ A conduta prevista no art. 134 relaciona-se à exposição ou abandono de recém-nascido, resguardando a vida e a saúde da pessoa humana.

¹⁴⁴ Dispõe o art. 135 sobre a omissão de socorro. Seu objeto jurídico é a solidariedade social que deve existir entre as pessoas.

¹⁴⁵ Através do art. 136, o CP incrimina a conduta de maus-tratos. O objeto jurídico é a vida e a saúde humana. A conduta delitiva consiste em expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, trabalho ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina.

disponível pelo seu titular, ainda que de maneira limitada. A esse respeito pondera De Cupis, que embora antigamente se agitassem graves disputas sobre o valor do consentimento do titular do direito relativamente aos crimes ofensivos da integridade física, o legislador admite agora, dentro de certo limite, a disposição do direito à integridade física mediante “consentimento”. Assim, se pode consentir na ofensa de qualquer dos aspectos da integridade física, desde que o consentimento não vise produzir uma diminuição permanente da própria integridade física e não seja, por outro modo, contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes¹⁴⁷.

É o que acontece especificamente com o direito ao transplante de órgãos e tecidos em que o sujeito dispõe de parte de sua integridade física, por vontade própria, respeitando sempre às restrições juridicamente impostas.

¹⁴⁶ O art. 137 trata do crime de rixa, que constitui a briga entre duas ou mais pessoas, acompanhadas de vias de fato ou violência física recíproca. Também neste caso, o objeto jurídico está relacionado à vida e à incolumidade física e mental da pessoa.

¹⁴⁷ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. cit. p. 71. No mesmo sentido, Paola D’addino Serravalle (**Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana**. Camerino: Scuola di perfezionamento di diritto civile dell’Università di Camerino. Ano. p. 24-25). Aduz a autora que: “*Il consenso è vietato quando cagioni una diminuzione permanente dell’integrità fisica e quando sia altrimenti contrario all’ legge, ordine pubblico e al buon costume. In questi casi il consenso è improdutivo di effetti*”. (Trad. livre: o consentimento é vedado quando ocasionar uma diminuição permanente da integridade física e quando seja contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes. Em tais casos, o consentimento é improdutivo).

Assim, os limites objetivos, de licitude ou ilicitude da disposição de parte da integridade física pelo indivíduo são (i) a proteção, não somente da vida, mas também da saúde da pessoa que dispõe de parte de sua integridade física, e (ii) o respeito à dignidade humana. Já o limite subjetivo é o consentimento do titular deste direito¹⁴⁸.

Em vista disso, o consentimento do disponente é indispensável e deve ser expresso de maneira inequívoca¹⁴⁹, porque através do direito ao transplante de órgãos e tecidos devem ser conciliados os interesses do indivíduo e da sociedade, eis que, como pondera Carlos Alberto Bittar, a pessoa cumpre, a par das finalidades próprias, objetivos superiores, que se refletem na coletividade¹⁵⁰.

Na continuação deste trabalho, estudaremos o direito ao corpo.

2.4 Direito ao corpo vivo ou morto

O direito ao corpo compreende tanto o corpo animado (vivo) quanto o inanimado (cadáver).

¹⁴⁸ SERRAVALLE, Paola D' Addino. **Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana**. cit. p. 38.

¹⁴⁹ Diremos mais detalhadamente a respeito do consentimento do doador e do receptor de órgãos e tecidos no item 4.1 desta dissertação.

¹⁵⁰ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. cit. p. 76.

Antonio Chaves assevera que o corpo não é algo que a pessoa tem, mas algo que a pessoa é, e que não é patrimonial o direito sobre o próprio corpo, mas pessoal, de caráter especial, tendo por conteúdo a sua livre disposição, dentro dos limites assinalados pelo direito positivo¹⁵¹.

Assim como acontece com o corpo vivo, o direito ao cadáver também está inserto no rol dos direitos da personalidade¹⁵².

E o objetivo dessa inserção é a proteção da dignidade da pessoa humana, a incolumidade do corpo e a saúde, e quanto à proteção do corpo morto, impõe-se a defesa do sentimento religioso, do respeito aos mortos, além da proteção da vontade do indivíduo manifestada em vida sobre o destino de seu cadáver¹⁵³.

Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos¹⁵⁴ explica que: “O direito do homem sobre seu cadáver é da mesma natureza que tem sobre seu próprio corpo. Se o homem tem o direito de viver conforme suas

¹⁵¹ Antônio Chaves, **Direito à vida e ao próprio corpo (Intersexualidade, transexualidade e transplantes)**. São Paulo: RT, 1986. p. 24. Sobre esse assunto vide também Paola D’Addino Serravalle. **Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana**. cit. p. 19.

¹⁵² Nesse sentido, Carlos Alberto Bittar (**Os direitos da personalidade**. cit. p. 87) aduziu que o denominado “direito ao cadáver” é um direito correlato ao direito ao corpo, que integra o rol dos direitos da personalidade.

¹⁵³ TOBEÑAS, José Castan. **Los derechos de la personalidad**. cit. p. 41.

¹⁵⁴ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. **Biodireito. Ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.306.

concepções filosóficas e religiosas, ele também tem direito de exigir que suas vontades sejam respeitadas e executadas após sua morte”.

Antigamente, o direito ao corpo era considerado como um direito de propriedade de seu titular; hodiernamente, no entanto, esse entendimento encontra-se superado e a maioria dos juristas concebe-o como um direito subjetivo absoluto, ao qual corresponde um direito pessoal de disposição, dentro dos limites impostos pela lei¹⁵⁵.

De fato, não há dúvidas que o direito ao corpo constitui-se em direito disponível, como decorrência direta da faculdade de uso e gozo do corpo, atribuída a todo homem¹⁵⁶; mas é fundamental notar que existem certas restrições impostas por normas de ordem pública a

¹⁵⁵ TOBEÑAS, José Castan. **Los derechos de la personalidad**. cit. p. 37.

¹⁵⁶ Andiará Roberta Silva e Theobaldo Spengler Neto (Transplantes de órgãos e tecidos: uma abordagem constitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n.855, 5 nov. 2005. Disponível em < [http:// jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7541](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7541)>. Acesso em: 24 de agosto de 2006. p.5) afirmam que somente a vontade individual não é suficiente para o exercício do direito ao próprio corpo. Isso porque a faculdade dispositiva de partes do corpo humano está regulada pela ordem pública, tendo em vista os valores da dignidade humana e do direito à vida. Assim, a pessoa individualmente não teria direito real sobre partes de seu corpo, havendo, portanto, a necessidade de uma ordem pública que expressamente permita a disposição de partes do corpo humano. José Castan Tobeñas (**Los derechos de la personalidad**. cit. p. 38) aduz sobre o tema: “ *Em Derecho español no creemos que haya base para el reconocimiento de un derecho de disposición sobre el mismo cuerpo. El derecho a la vida y a la integridad corporal son irrenunciables y no susceptibles de disposición. No puede decirse que exista un derecho al suicidio, ni un derecho a la autolesión consentida... claro que el consentimiento no deja de tener alguna repercusión y alguna eficacia em el âmbito del derecho a la conservación de la vida y de la integridad física, pues tiene el hombre derecho a elegir médico y tratamiento médico y tratamiento médico o quirúrgico, rehusar los que no le plazcan, someter su cuerpo a las operaciones de la llamada cirugía estética o a las intervenciones que tengan – como en el caso de las transfusiones de sangre – una finalidad humanitaria*”.

serem seguidas, sendo as principais o direito à vida e o direito à integridade física.

Outros limites são a capacidade e a maioridade daqueles que pretendem dispor de seus corpos, porque, via de regra, apenas os maiores de 18 anos e os emancipados (de acordo com o disposto nos artigos 3º, 4º e 5º do Código Civil¹⁵⁷) estão aptos a dispor de seus corpos.

Maria Teresa Bergoglio de Brouwer de Koning e Maria Virgínia Bertoldi de Fourcade oportunamente salientam que a disponibilidade corporal merece atenção do direito, especialmente em três eventualidades: em benefício da própria pessoa, com vista à recuperação ou melhoria de sua saúde e equilíbrio psicofísico; em benefício de terceiras pessoas determinadas, por meio das denominadas técnicas de transplante; e em benefício próprio ou de

¹⁵⁷ Os artigos citados dispõem acerca da capacidade do indivíduo praticar isoladamente os atos da vida civil, incluindo-se, portanto, a questão da disposição de órgãos e tecidos. Nesse sentido, o art. 3º do CC dispõe que são absolutamente incapazes para exercer pessoalmente os atos da vida civil, os menores de dezesseis anos; os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade. Já o art. 4º preconiza que são incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: os maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos, os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido e os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo. Por fim, o art. 5º estabelece que a menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

terceiras pessoas indeterminadas, nas hipóteses de experimentação científica¹⁵⁸.”.

Para fins do presente trabalho, restringiremos o nosso estudo à hipótese de disposição do corpo vivo ou morto para fins de transplante.

Nesse diapasão, é preciso verificar a proporção entre a lesão à integridade física daquele que irá dispor de parte de seu corpo e a vantagem a ser auferida por aquele que irá utilizar-se do órgão ou tecido para implante, porque não obstante o princípio da intangibilidade corporal possa ser relativizado em prol da solidariedade humana; também não de ser resguardados certos princípios - como a intangibilidade da vida e da saúde, a dignidade da pessoa humana - bem como devem ser observados os preceitos de ordem pública, além da moral e dos bons costumes, para que o transplante se dê nos termos legais¹⁵⁹.

Considerando o exposto, é facultado a todo ser humano maior e capaz dispor de seu corpo para fins de transplante entre vivos e também *post mortem* - como ato de disposição de última vontade, sobre o destino

¹⁵⁸ Apud Antônio Chaves. **Direito à vida e ao próprio corpo**. cit. p. 25.

¹⁵⁹ A questão da disposição do corpo para fins de transplante será tratada em capítulo próprio (IV).

de seu cadáver (sepultamento, cremação, ciência, transplante) -, no exercício de um direito da personalidade que lhe é próprio¹⁶⁰.

Ainda, é de ser lembrado o direito-dever dos parentes de proceder ao funeral do *de cuius*, bem como a possibilidade dos parentes do falecido disporem do cadáver de seu familiar para fins científicos ou altruístas (como é o caso dos transplantes), desde que inexistir prévia manifestação do falecido em contrário, como, aliás, já dispõe a legislação pátria sobre os transplantes¹⁶¹.

Saliente-se, outrossim, anteriormente ao uso do cadáver devem ser tomadas certas medidas de ordem prática, como a apresentação de prova incontestada da morte do indivíduo, a autorização expressa do disponente ou dos parentes indicados na lei, a gratuidade da licença, devendo a operação efetivar-se por médico habilitado e identificado.

Cumpra ainda, evitar-se mutilações desnecessárias no cadáver, bem como recompor a sua integridade, na medida do possível¹⁶².

¹⁶⁰ A esse respeito, salienta Adriano De Cupis (**Os direitos da personalidade**, cit. p. 55): “Na verdade, aquele que manifesta a sua vontade a respeito do destino de seu corpo para depois da morte cria um negócio jurídico que tem por objeto coisa futura”.

¹⁶¹ Os exatos termos da legislação apontada serão referidos no capítulo próprio destinado aos transplantes de órgãos e tecidos.

¹⁶² No âmbito penal, a tutela aos mortos recebe proteção mediante as figuras do impedimento ou perturbação de cerimônia funerária (artigo 209); da violação de sepultura (artigo 210); da destruição, subtração ou ocultação de cadáver (artigo 211) e vilipêndio ao cadáver (artigo 212).

Por fim, cumpre ressaltar a extracomerciabilidade do corpo vivo ou morto. A esse respeito, argumenta Adriano De Cupis¹⁶³: “Se a personalidade não existe depois da morte, nem por isso o cadáver deixa de ser considerado por 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 comerciabilidade estaria, pois, em nítido contraste com tal essência do cadáver, e ofenderia a dignidade humana”.

2.5 Direito às partes separadas do corpo vivo ou morto

O corpo vivo ou morto e suas partes separadas são pacificamente consideradas pelos doutrinadores de direito como coisas (*res*),

¹⁶³ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. cit. p. 51 .Nesse mesmo sentido Orlando Gomes (**Introdução ao direito civil**. cit. p.131), Carlos Alberto Bittar (**Os direitos da personalidade**. cit. p. 87), Maria Helena Diniz (**O estado atual do biodireito**. cit. p.249), dentre outros.

pertencentes à propriedade de seu titular, que por sua vez, poderá anuir na ablação de partes de seu corpo por motivo de enfermidade - mesmo que se trate de parte não reconstituível -, para restaurar a saúde ou preservar sua vida e dispor de partes regeneráveis, desde que não atinja sua vida ou saúde, para salvar outra pessoa, e doar *post mortem* seus órgãos e tecidos para fins altruísticos¹⁶⁴.

A questão remanescente, entretanto, é a de saber se tais partes, depois de desprendidas do corpo humano, continuam a pertencer à álea dos direitos da personalidade ou, se ao revés, integram o campo dos direitos patrimoniais. E mais, se podem ou não ser objeto de disposição ou até mesmo de comercialização pelo seu titular.

Existem defensores para todas as correntes.

Assim, parte da doutrina entende que as partes separadas do corpo, ainda que disponíveis, não perdem a natureza de direito pessoal, remanescendo como bens da personalidade do indivíduo¹⁶⁵.

Para os adeptos dessa corrente, as partes destacadas do corpo, apesar de constituírem coisa (*res*), indubitavelmente continuam integrando a

¹⁶⁴PARILLI, Ricardo Antequera. El derecho, los transplantes y las transfusiones apud Maria Helena Diniz. **O estado atual do biodireito**. cit.p. 250.

¹⁶⁵ São partidários dessa corrente, dentre outros, Santos Cifuentes (**Derechos personalísimos**. cit. p. 407), Adriano De Cupis (**Os direitos da personalidade**. cit. p. 83), José Castan Tobeñas (**Los derechos de la personalidad**. cit. p. 39), Maria Helena

personalidade do indivíduo, e apenas podem ser disponibilizadas a título gratuito, sempre de acordo com as limitações impostas por normas de ordem pública, pela moral e bons costumes.

Sustentando esta posição, Maria Helena Diniz¹⁶⁶ afirma que: “é passível juridicamente a disposição gratuita de partes destacáveis do corpo humano, renováveis (leite, sangue, medula óssea, pele, óvulo, espermatozoides, fígado) ou não, para salvar a vida ou preservar a saúde do interessado ou de terceiro ou para fins científicos ou terapêuticos” e continua a autora: “como as partes separadas acidental ou voluntariamente do corpo são consideradas coisas (*res*), passam para a propriedade de seu titular, ou seja, da pessoa da qual se destacaram, que delas poderá dispor, gratuitamente, desde que não afete sua vida, não cause dano irreparável ou permanente à sua integridade física, não acarrete perda de um sentido ou órgão, tornando-o inútil para sua função natural, e tenha em vista um fim terapêutico ou humanitário”.

De onde se depreende que para os adeptos desta corrente, o direito às partes separadas do corpo é direito pessoal e disponível, mas com restrições, como por exemplo, a vedação do comércio das partes destacadas do corpo, seja por constituírem coisas absolutamente fora

Diniz (**O estado atual do biodireito**. cit. p. 249) e Carlos Alberto Bittar (**Os direitos da personalidade**. cit. p.88).

do comércio, seja por atentarem contra os preceitos de ordem moral e contra os bons costumes.

Importante mencionar que existem doutrinadores sustentando o entendimento de que, muito embora as partes separadas do corpo humano vivo ou morto constituam bens da personalidade, é permitida a comercialização de algumas poucas partes do corpo humano, sob o argumento de que constituem partes regeneráveis e de que sua disponibilização comercial não atenta contra o equilíbrio físico e psíquico do indivíduo, nem tampouco contra os preceitos de ordem pública ou os bons costumes e que, portanto, não há qualquer espécie de impedimento legal que torne imperativa sua vedação.

Elucidando este posicionamento, encontramos as lições de Ricardo Antequera Parilli¹⁶⁷: *“Em nuestra opinión, los órganos o partes separadas del cuerpo humano se convierten, em virtud de la separación, em cosas. Sin embargo, la determinación de su naturaleza, en cuanto a su carácter comercial o fuera del comercio, debe tomar en cuenta tanto las características del material anatómico separado – regenerable o no – como el destino que se le dé a esas fracciones del cuerpo. En ese orden de ideas, creemos*

¹⁶⁶ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. cit. p.250.

inobjetable el carácter comercial de las uñas o de los cabellos, estos últimos susceptibles de contrato de disposición, a título oneroso, para su utilización industrial en la elaboración de pelucas, por ejemplo”.

E continua o autor acerca daqueles bens que considera *extra commercium*. “Al contrario, la naturaleza *extra commercium* de otros materiales anatómicos está determinado por el orden público, el interés social y las buenas costumbres, tal los casos de la piel o de la sangre, cuya cesión sólo debe permitirse a título gratuito, habida consideración de que la donación está destinada a la curación de seres humanos. En consecuencia, estimamos válidos aquellos contratos onerosos para la cesión de porciones anatómicas regenerables cuando la separación de las mismas no represente una lesión al cedente, y su destino para la utilización en la industria o el comercio no atente contra el interés general, el orden público e las buenas costumbres...”.

Em resumo, para tais doutrinadores é possível que determinadas partes separadas do corpo possam ser comercializadas consoante à vontade de seu titular, desde que isso não afete - direta ou indiretamente - a

¹⁶⁷PARILLI, Ricardo Antequera. El derecho, Los Transplantes y Las Transfusiones *apud* Rita de Cássia Curvo Leite. **Transplantes**. cit. p. 84.

higidez física e psíquica do indivíduo, a legislação vigente e os bons costumes.

Outra corrente¹⁶⁸ firmou entendimento de que as partes separadas do corpo não constituem bens da personalidade, mas objetos patrimoniais de seu titular, sob o argumento de que, através da separação, as partes destacadas do corpo, desde que sem prejuízo para a integridade física e psíquica do indivíduo - no caso de parte de corpo vivo, e sem desrespeito ao cadáver, no caso de parte separada de corpo morto - deixariam de ser bens da personalidade, transformando-se em direito de propriedade de seu titular, passando, destarte, à categoria de coisas no comércio, passíveis, portanto, de relações jurídicas patrimoniais.

Com a devida vênia, discordamos de tal posicionamento.

Entendemos que as partes separadas do corpo humano vivo ou morto constituem direito da personalidade e estão definitivamente fora do comércio, sendo vedada, portanto, qualquer espécie de relação negocial envolvendo tais bens.

Posição que, aliás, encontra respaldo na legislação pátria vigente, consoante a exegese do descrito na Constituição Federal, art. 199,

¹⁶⁸ Que conta com adeptos como Gangi, Degni, Santoro Passarelli, Horácio Cáceres, Oertmann, Edson Ferreira da Silva, todos citados por Rita de Cássia Curvo Leite in **Transplantes de órgãos e tecidos**. cit. p.18.

parágrafo 4º, art 14 do Código Civil e Lei n.9434/97, art. 1º da Lei n. 9434/1997: “A disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou *post mortem*, para fins de transplante e tratamento, é permitida na forma desta Lei”.(grifos nossos).

Cumpre ainda ressaltar, especificamente quanto à disponibilidade das partes separadas do corpo vivo, que sua proteção deve desdobrar-se em dois sentidos: contra os atentados procedentes de terceiros e contra o poder de disposição do indivíduo, haja vista que o ordenamento jurídico não reconhece validade aos contratos atentatórios à dignidade humana, bem como considera ilícito o ato de disposição do próprio corpo que importe em diminuição permanente da integridade física do indivíduo.

Outra questão relacionada às partes separadas do corpo vivo ou morto e que diz respeito especialmente à temática deste trabalho é a possibilidade de sua disposição para fins de transplante.

Vejamos. O uso das partes do corpo para transplantes – como trataremos em capítulo específico¹⁶⁹ – é possível em benefício próprio (nos casos de autotransplante) ou alheio, mediante o consentimento

¹⁶⁹ Elucidaremos melhor este assunto no Capítulo IV do presente estudo.

expresso e inequívoco do titular deste direito ou de quem esteja legalmente legitimado a fazê-lo.

A matéria encontra-se regulada na Constituição Federal, no Código Civil e em leis especiais¹⁷⁰, que permitem a disposição de parte do corpo para fins altruísticos, sendo vedado, contudo, quando tiver finalidade comercial, quando atentar contra os bons costumes, a moral, os preceitos de ordem pública, à vida ou comprometer órgãos vitais ou mesmo a estética (deformação) da pessoa.

CAPÍTULO III - DIREITO AO TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS COMO UM DIREITO DA PERSONALIDADE

3.1 Direito ao transplante de órgãos e tecidos como um direito da personalidade

Procuramos demonstrar ao longo do presente estudo alguns dos aspectos mais importantes da teoria geral dos direitos da personalidade.

¹⁷⁰ Trataremos do tema com maior profundidade no item 4.4 deste trabalho.

A partir deste capítulo, pretendemos aprofundar nosso estudo acerca do direito ao transplante de órgãos e tecidos.

Ora, como preconiza o título deste trabalho, concebemos o direito ao transplante de órgãos e tecidos como um dos direitos da personalidade.

Com efeito. A doutrina tradicional dos direitos da personalidade tem como objeto a pessoa em todos os aspectos de sua existência e desdobra-se na identificação de variados direitos, correspondentes a cada aspecto importante da personalidade humana¹⁷¹.

Assim, apregoa De Cupis¹⁷², “existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal. São esses os chamados “direitos essenciais”, com os quais se identificam precisamente os direitos da personalidade”.

¹⁷¹ GARCIA, Enéas Costa. **O direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro**. cit. p. 7. Importante mencionar que alguns doutrinadores (como por exemplo, Regelsberger (**Pandekten**, Leipzig, 1893, p. 197) admitem a existência de apenas um direito da personalidade que garanta toda a esfera individual, em seus múltiplos aspectos e manifestações. Négam, pois, a existência de variados direitos da personalidade, como propõe a doutrina tradicional.

¹⁷²DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. cit. p. 17.

Desta premissa se infere que o direito ao transplante de órgãos e tecidos configura um dos inúmeros direitos da personalidade, porque possui todos os caracteres essenciais à configuração deste instituto.

Vejamos. Trata-se de direito inerente à pessoa humana.

Pode ainda ser definido como um direito subjetivo de caráter privado e extrapatrimonial – o que não obsta que a infringência a este direito dê lugar a conseqüências patrimoniais, pela via do ressarcimento do dano¹⁷³.

É também direito absoluto, pois pertence à disposição exclusiva de seu titular e seu respeito impõe-se a todos, isto é, constitui direito oponível *erga omnes*.

No entanto, não pode ser considerado como um direito absoluto em seu conteúdo, pois está condicionado, assim como os demais direitos da personalidade, às exigências de ordem moral e de ordem pública, que obrigam seu confronto com o direito dos demais indivíduos e com os imperativos do bem comum¹⁷⁴.

¹⁷³ TOBEÑAS, José Castan. **Los derechos de la personalidad**. cit. p. 23.

¹⁷⁴ Idem, *ibidem*.

Outra característica é que o direito ao transplante é intangível pelo Estado e pela coletividade, porque como disse Ferrara¹⁷⁵, se propõe a assegurar ao indivíduo o gozo do próprio ser, físico e espiritual.

Nesse sentido, é de ser reconhecida e protegida a liberdade individual de cada ser humano, que se aflora como um direito exclusivo sobre o seu corpo, à sua saúde e principalmente sobre sua autonomia privada, consistente na possibilidade de dispor, isoladamente, da própria integridade física, nos limites fixados em preceitos de ordem pública¹⁷⁶, em prol da saúde de outrem. Nesse caso, para salvaguardar a vida, a lei estabeleceu que o ato de disposição do próprio corpo deixa de ser proibido, para ser permitido¹⁷⁷.

Também há de ser reconhecido o direito daquele que, não dispondo de outra medida terapêutica para restabelecer sua saúde, se submeta ao procedimento do transplante. Nessa direção é indispensável que a efetivação do transplante seja essencial para restaurar a saúde do

¹⁷⁵FERRARA apud José Castan Tobeñas. **Los derechos de la personalidad**. cit. p. 23.

¹⁷⁶ SERRAVALLE, Paola D'Addino. **Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana**. cit. p. 29. Para a autora, o Estado está impedido de limitar a disponibilidade do corpo humano em nome de princípios como o da intangibilidade corporal, baseada em valores como a saúde e a liberdade individual.

¹⁷⁷MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. **Direitos da personalidade post mortem**. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. São Paulo, 2006. p.119.

enfermo, pois do contrário, o transplante será considerado lesivo à dignidade humana¹⁷⁸.

O essencial é que doador e receptor não se sintam coagidos, porque o direito ao transplante é uma questão de valoração pessoal, de liberdade do ato, por tratar-se de um direito do indivíduo, e não de um dever.

Mas é importante frisar que até mesmo essa liberdade individual tem limites. E o limite objetivo, que determinará a licitude ou a ilicitude do ato, é o princípio da intangibilidade da vida e o da saúde, aliado ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, o limite subjetivo é o consentimento do sujeito. Diz-se, com propriedade, que a vontade do titular do direito reveste de relevância jurídica o ato do transplante, em virtude da existência da referida faculdade de disposição¹⁷⁹.

¹⁷⁸SERRAVALLE, Paola D'Addino. **Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana**. cit. p.246. São as palavras da autora: “*Il trapianto non essenziale, che per definizione non ha fondamento nella necessità del ricorso alla solidarietà per la tutela della salute altrui, si presenta lesivo della dignità umana ed esprime una logica utilitaristica, estranea al nostro ordinamento, che evoca lo spettro dello sfruttamento dell'uomo sull'uomo*”. Tradução livre: O transplante não essencial, que por definição não encontra fundamento na necessidade de recorrer-se à solidariedade para a tutela da saúde de outrem, se apresenta lesivo à dignidade humana e exprime uma lógica utilitarista, estranha ao nosso ordenamento, que evoca o espectro da exploração do homem pelo homem.

¹⁷⁹DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. cit. p. 50.

Nesse sentido, Carnelutti observou que o direito subjetivo não é inerte como a pedra, mas sim um *quid* vivo, que tem em si, a razão do seu impulso¹⁸⁰.

De qualquer forma, o bem jurídico tutelado pelo direito ao transplante de órgãos e tecidos é a vida, a saúde, a integridade física, psíquica, estética e a liberdade; enfim, a integridade e a dignidade da pessoa humana.

Maria Celeste C. L. dos Santos reafirma este entendimento ao ponderar que os valores da pessoa humana considerados no direito ao transplante de órgãos e tecidos são o respeito à vida, o princípio da indisponibilidade da vida e da saúde, o princípio da salvaguarda da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade e da liberdade e o princípio do consenso do sujeito¹⁸¹.

Pode-se dizer ainda, que o direito ao transplante é extensivo a qualquer pessoa, desde que preenchidos os requisitos impostos pelo direito positivo.

¹⁸⁰ *Apud DE CUPIS, Adriano. Os direitos da personalidade.* cit. p. 50. Capelo de Souza (O direito geral da personalidade *apud Direitos da personalidade post mortem.* cit. p. 121) aduz que a tônica que deve prevalecer em relação aos direitos da personalidade é a liberdade individual de cada um, desde que isso lhe beneficie, ou cujo risco seja, pelas circunstâncias do caso, “socialmente aceitável”.

¹⁸¹ SANTOS, Maria Celeste C. L. dos. Mercantilização do corpo humano. Mercado de órgãos, sangue, fetos, barriga de aluguel. Aspectos ético-jurídicos. **Cadernos do IFAN (Instituto Franciscano de Antropologia da Universidade São Francisco)**. Temas de bioética / Antonio Moser et. al. Bragança Paulista: IFAN, 1995. p.35.

Tendo em vista seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico, o direito ao transplante é dotado de proteção civil, penal e administrativa¹⁸², como sói acontecer com os demais direitos da personalidade.

Nesse diapasão, assevera Madalena Lima: “Daí se infira o reconhecimento da faculdade de cedência de partes do corpo, como alta expressão de solidariedade, se for emanção volitiva do próprio doador. Por isso é que o direito confere capital importância a esse pressuposto. Quanto mais significado tiver o órgão a doar para a vida ou a saúde do dador, mais cauteloso se tem apresentado o jurista e o legislador. Aquele que se propõe a doar parte do seu corpo para salvar a vida de outrem, deve ser protegido pela lei¹⁸³”.

Finalmente, o direito ao transplante de órgãos e tecidos foi inserido no Código Civil brasileiro de 2002, na Parte Geral, Livro I, Capítulo I, que trata da personalidade e da capacidade, como um dos direitos da personalidade (artigos 13, “*caput*”, parágrafo único, e 14¹⁸⁴).

¹⁸² A matéria relativa à responsabilidade jurídica decorrente do transplante de órgãos e tecidos será tratada no item 4.7 deste trabalho.

¹⁸³ LIMA, Madalena. **Transplantes**. cit. p. 105.

¹⁸⁴ “Art. 13. *Salvo por médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes*”.

“Art. 14. *É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.*

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo”.

CAPÍTULO IV - DIREITO AO TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS

4.1 Conceito e espécies de transplantes de órgãos e tecidos

A importância de definirmos um conceito de transplante e qualificarmos suas espécies é a de delimitar a abrangência do objeto desta dissertação.

Nesse sentido, iremos abordar alguns dos principais conceitos formulados pelos juristas e então, mencionaremos nossa opção para os fins do presente estudo.

Assim, Casabona¹⁸⁵ assevera que transplante é uma “técnica cirúrgica, denominada cirurgia substitutiva, que se caracteriza em essência porque introduz no corpo do paciente um órgão ou tecido pertencente a outro ser humano, vivo ou falecido, com o fim de substituir a outros da mesma entidade pertencente ao receptor, porém, que tenham perdido total ou sensivelmente sua função. A natureza deste tipo de intervenção, do ponto de vista do receptor, posto que em relação ao doador a situação é diversa, é de estimá-la, em consequência, como uma intervenção curativa, sempre que exista a indicação terapêutica e se aplique a técnica adequada ao caso”.¹⁸⁶

¹⁸⁵ CASABONA, Carlos Maria Romeo. El Medico y El Derecho Penal: I – La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal) *apud* Rita de Cássia Curvo Leite. **Transplantes**. cit. p. 110.

¹⁸⁶ PARILLI, Ricardo Antequera. El Derecho, Los Transplantes y Las Transfusiones, *apud* DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. cit. p. 110. O autor conceitua transplante como “a retirada de um órgão ou material anatômico proveniente de um corpo, vivo, ou morto, e sua utilização com fins terapêuticos em um ser humano”.

Todoli¹⁸⁷, por sua vez, equipara ao conceito de transplante o conceito de enxerto vital, entendendo-o como a amputação ou ablação de órgão, com função própria, de um organismo para ser instalado em outro, exercendo as mesmas funções.

Assevera o autor que, enxerto propriamente dito, é a secção de uma porção do organismo próprio ou alheio, para instalação no mesmo organismo ou no de outrem, com fins estéticos e terapêuticos, sem exercício de função autônoma.

Entre os autores nacionais, entendemos que o conceito mais completo é o proposto por Maria Helena Diniz¹⁸⁸, para quem, transplante é a técnica cirúrgica substitutiva que consiste na retirada de órgão ou tecido humano pertencente a corpo vivo ou morto, para utilização na própria pessoa ou em receptor, com fins terapêuticos, visando substituir, no todo ou em parte, a função de outro da mesma natureza que o perdido. Enxerto de tecidos e órgãos. Ato de transplantar ou enxertar tecidos, órgãos ou partes do corpo humano em paciente com doença progressiva ou incapacitante, irreversível por outras técnicas

¹⁸⁷ TODOLI, Ética dos transplantes, *apud* Antônio Chaves. **Direito à vida e ao próprio corpo.** cit. p.22.

¹⁸⁸ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** cit. p. 270. Adotamos o conceito de transplante proposto pela autora.

terapêuticas, cuja classificação, com esse prognóstico, será lançado em documento apropriado.

A seguir, iremos verificar as modalidades de transplantes existentes segundo os parâmetros fixados pela medicina legal¹⁸⁹:

a) **Autotransplante:** transferência de tecido ou órgão de um lugar a outro na mesma pessoa. É também denominado transplante autoplástico (ou autologi). O objeto transplantado constitui parte anatômica do próprio organismo. O autotransplante pode dar-se com a anuência da própria pessoa, registrada em seu prontuário médico, ou se ela for incapaz, com a de um de seus pais ou responsável legal (Lei n. 9434/97, artigo 9º, parágrafo 8º);

b) **Isotransplante ou transplante isogênico:** transplante de tecido ou órgão entre indivíduos do mesmo gênero e com caracteres hereditários idênticos (ex. gêmeos univitelinos).

c) **Alotransplante ou homotransplante:** transplante de tecido ou órgão entre indivíduos do mesmo gênero, porém com diferentes caracteres hereditários (ex. de um homem a outro).

d) **Xenotransplante ou heterotransplante:** transferência de órgãos ou tecidos de um indivíduo de um gênero a um ser vivo de outro gênero

(heteroplástico), ou seja, ocorre com a transferência de órgão ou tecido de animal para um ser humano¹⁹⁰.

A despeito da importância do tema, não iremos nos aprofundar neste assunto, todavia, cumpre notar, que para os fins da presente dissertação, teremos em vista principalmente, as hipóteses de **homotransplantes**, porque se referem à faculdade de disposição do corpo humano vivo ou morto, ou de suas partes separadas, para fins de transplante entre seres humanos, que como é notório, constitui o objeto de nosso estudo.

¹⁸⁹ Adotamos a classificação das espécies de transplante proposta por Rita de Cássia Curvo Leite in **Transplantes de órgãos e tecidos e os direitos da personalidade**. cit. p. 119.

¹⁹⁰ Santos Cifuentes (**Derechos personalísimos**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995. p.339 também explica as variadas hipóteses de transplante: “ *el autotransplante o transferencia de um tejido u órgano de um lugar a otro de la misma persona; el isotransplante, traslado de tejidos u órganos entre individuos de igual género e idénticos caracteres hereditarios; el homotransplante, por desplazamiento entre tales individuos pero con diferentes caracteres hereditarios, y el heterotransplante, transferencia entre individuos de difente género. La aplicación científica que se refiere a la cura por el injerto, de um ser humano a outro de idénticos o diferentes caracteres hereditarios, constituye la segunda y la tercera posibilidad – isso y homotransplante*”. Anote-se também a classificação proposta por Antônio Chaves (**Direito à vida, ao próprio corpo**. cit. p. 215) Antônio Chaves também diferencia as modalidades de transplantes, seguindo a classificação proposta por Euclides Marques: “*transplante – é o termo mais geral. Trata-se da retirada de um tecido e inserção do mesmo em outro organismo ou em outro local do mesmo ser onde foi colhido; transplante livre – é o transplante sem conexão com a região ou o organismo de onde foi retirado; transplante pediculado – é aquele que conserva um pedículo que o liga ao local de origem, proporcionando-lhe nutrição provisória enquanto se efetua a sua revascularização à custa da nova região ou organismo; transplante ortotópico – é quando o tecido ou órgão transplantado ocupa sua situação anatômica normal; transplante heterotópico – neste caso, o órgão ou tecido transplantado é levado para uma região anatômica que não lhe é natural; transplante autógeno – é aquele que é realizado à custa de órgão ou tecido do mesmo organismo; transplante isógeno - é o que se efetua entre indivíduos transisógenos (gêmeos univitelinos, por*

Posto isso, iniciaremos o estudo do direito ao transplante de órgãos e tecidos.

4.2 Transplante de órgãos e tecidos “inter vivos”

Neste item iremos analisar a atual situação jurídica dos transplantes no Brasil e no direito comparado, partindo do pressuposto de que o direito ao transplante de órgãos e tecidos, como afirmamos no capítulo anterior, configura um dos direitos da personalidade do indivíduo, e tendo como enfoque, os princípios da dignidade da pessoa humana, da intangibilidade da vida e da integridade física, além da solidariedade social e da liberdade do indivíduo, que se expressa pela autonomia da vontade individual.¹⁹¹

exemplo); *transplante homogêneo* – é o transplante entre seres da mesma espécie e *transplante heterogêneo* – é o que se faz entre seres de espécies diferentes”.

¹⁹¹ Transcrevemos as palavras de Pietro Perlingieri (**La personalità umana nell’ordinamento giuridico**. Camerino: Jovene editore, 1972. p.317) a esse respeito: “*Ciò va posto in evidenza se si tiene presente che la legislazione ordinaria vietava gli atti di disposizione quando cagionassero una diminuzione permanente dell’integrità fisica della persona, dando rilievo agl’interesse individualistici del soggetto e non anche a quelli dei terzi. Questa legge opera un allargamento, anche se tutto ciò é condizionato al fatto che il donatore si renda pienamente conto di compiere un atto che si inserisce nell’ambito dei doveri di solidarietà sociale*”. (Tradução livre: Se colocou em evidência que a legislação ordinária vetava os atos de disposição quando ocasionassem uma diminuição permanente da integridade física da pessoa, dando relevo aos interesses individualistas do sujeito e não aos de terceiras pessoas. Esta lei (referindo-se à lei italiana de transplante de órgãos) opera um alargamento, condicionado ao fato de que o doador se renda plenamente a cumprir um ato que se insira no âmbito do dever de solidariedade social).

O Brasil já avançou muito em matéria de transplantes de órgãos e tecidos humanos e, felizmente, encontra-se entre os países em que é lícita a disposição de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, entre vivos e *post mortem*¹⁹², para fins de transplante e tratamento, desde que atendidas às determinações impostas pela lei¹⁹³, sempre com vistas ao respeito do “dever” de solidariedade social.

A exemplo do Brasil, Portugal também admite o transplante de órgãos e tecidos entre vivos. Consoante o art.6º, da Lei n. 12, de 22 de abril de 1993, em Portugal admite-se a “colheita” dos órgãos e tecidos regeneráveis, restringindo a doação de órgãos e tecidos não regeneráveis aos parentes do doador, até o terceiro grau.

A contrário senso do que ocorre no Brasil, o direito alemão prefere a utilização de órgãos e tecidos de pessoas mortas, relegando a doação “*inter vivos*” para um segundo plano¹⁹⁴.

A Inglaterra, via de regra, não admite a doação de órgãos e tecidos de pessoas vivas, ao contrário, a lei inglesa prevê punição para aquele que transplantar órgão, tecido ou parte do corpo de pessoa viva, ressalvado o caso em que o objeto do transplante seja destinado aos

¹⁹² Trataremos da questão do transplante de órgãos e tecidos “post mortem” no próximo item.

¹⁹³ Aludiremos à respectiva legislação no item 4.5 do presente estudo.

parentes genéticos¹⁹⁵ do disponente (*Human Organ Transplants Act 1989 – chapter 31, 2.2*).

No Brasil, o órgão responsável pelo desenvolvimento do processo de captação e distribuição de tecidos, órgãos e partes retiradas do corpo humano para finalidades terapêuticas é o SNT - Sistema Nacional de Transplantes (art. 2º, do Decreto n. 2.268/1997).

Integram o Sistema Nacional de Transplantes, o Ministério da Saúde, as Secretarias de Saúde dos Estados e do Distrito Federal ou órgãos equivalentes, as Secretarias de Saúde dos Municípios ou órgãos equivalentes, os estabelecimentos hospitalares autorizados e a rede de serviços auxiliares necessários à realização dos transplantes (art. 3º, do referido Decreto).

Em nível estadual, a competência para coordenar as atividades de transplante está ligada às Centrais de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos – CNCDOs (art. 7º, Decreto n. 2.268/1997).

Ressalte-se, que a retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo vivo, deverá ser precedida da comprovação de comunicação ao Ministério Público e da verificação das condições de saúde do doador para

¹⁹⁴ CARDOSO, Alaércio. **Responsabilidade civil e penal dos médicos nos casos de transplantes**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.67.

melhor avaliação de suas conseqüências e comparação após o ato cirúrgico.

Aduz a legislação pátria, que os transplantes entre vivos somente poderão ser efetuados em pacientes com doença progressiva ou incapacitante e irreversível por outras técnicas terapêuticas (art.9º, parágrafo 3, da Lei n. 9434/97), ou seja, o transplante deverá constituir a última medida terapêutica a ser adotada para melhorar ou mesmo salvar a vida do indivíduo, donde se depreende que a utilização desta técnica, apesar de permitida, não deve ser banalizada, especialmente pela alta complexidade e os riscos que envolvem o procedimento.

Além disso, José Adriano Marrey Neto adverte que, “a submissão do paciente a transplante de órgãos não imprescindível, além de constituir inqualificável falha ética, apresentará diretas conseqüências na órbita do direito penal, podendo tipificar a presença de lesão corporal culposa de maior ou menor gravidade, por negligência ou imperícia, assim como, em certas hipóteses, também poderá caracterizar crime

¹⁹⁵ Segundo o *Human Organ Transplants Act 1989*, na Inglaterra consideram-se parentes para os propósitos de admissibilidade de transplante entre vivos: os pais naturais e seus filhos, os irmãos e meio-irmãos, os sobrinhos e os tios.

doloso, suficiente para tanto, naturalmente, também o dolo eventual¹⁹⁶”.

Regra semelhante é utilizada na Alemanha. Dispõe o art. 1º, do Decreto de quatro de julho de 1973, que somente será admitida a efetivação do transplante se não for possível a utilização de “outros meios e métodos para a conservação ou melhora da saúde do enfermo”.

Na mesma direção, aponta o art. 2º, da lei argentina (Lei n. 24.193, de 1993): *“La ablación e implantación de órganos y materiales anatómicos podrán ser realizadas cuando los otros medios y recursos disponibles se hayan agotado, o sean insuficientes o inconvenientes como alternativa terapéutica de la salud del paciente. Estas prácticas se considerarán de técnica corriente y no experimental”*.

Em qualquer caso, a realização do transplante entre vivos no Brasil será precedida da prévia realização, no doador - devidamente inscrito em lista única de espera¹⁹⁷ - de todos os testes para diagnóstico de

¹⁹⁶ MARREY NETO, José Adriano. Transplantes de órgãos – nova disciplina. Lei federal 8.489, de 18.11.1992 in **Revista dos Tribunais**. Ano 82. v. 691. p.74.

¹⁹⁷ Exceção seja feita aos casos em que o doador for cônjuge (ou companheiro) ou parente do receptor até o quarto grau inclusive, ocasião em que este último estará dispensado de ingressar na lista de espera.

A esse respeito: ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – A Lei Federal n. 9.434/97, regulamentada pelo Decreto federal n. 2.268/97, prevê a elaboração de cadastro único de receptores e a destinação dos órgãos a quem, atendidos os requisitos técnicos, esteja em primeiro lugar (em antigüidade) na lista – Tal sistema evita o favorecimento de

infecções e afecções, principalmente em relação ao sangue, e está condicionada à obtenção de resultados que afastem qualquer possibilidade de doença incurável ou letal para o receptor (art. 2º, parágrafo único, Lei n. 9434/97).

Saliente-se que deve existir uma razoável probabilidade de êxito no transplante, pois não se admitem experiências nos seres vivos *in anima nobili*¹⁹⁸.

Outro requisito imposto pela lei brasileira é a prévia autorização judicial para a doação de órgão ou tecido de pessoa viva, exceto quando se tratar de doação de tecido para transplante de medula óssea, ou ainda, quando o órgão ou tecido objeto da doação destinar-se ao

pacientes e permite o atendimento de todos segundo critérios objetivos – Agravo provido em parte para, assegurado à autora o direito ao transplante no momento oportuno (respeitada a posição dos receptores mais antigos na lista e a compatibilidade clínica), dispensar a ré de mantê-la internada até tal momento. (Agravo de Instrumento n. 153.529-5 – São Paulo – 8ª Câmara “Janeiro/2000” de Direito Público – Relator: Torres de Carvalho – 05.04.00- V.U.).

Em sentido oposto: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. Transplante de fígado. Ordem cronológica. Estado de saúde. Tutela antecipada. Natureza. Requisitos. Concessão. Deve ser reformulada a decisão que indefere pedido de antecipação de tutela contra o Estado em caso de exceção à regra da Lei n. 8.437/92 e da Lei n. 9.434/97 e presentes os pressupostos para sua concessão face ao estado de saúde da agravante e a necessidade de realização de transplante de fígado. Recurso provido parcialmente para determinar a realização do transplante de fígado na agravante, com prioridade sobre a ordem cronológica da lista de transplante de fígado, desde que não exista outra pessoa em melhor colocação na referida lista, com quadro de saúde igual ou pior do que o da agravante (Agravo de Instrumento n. 1.0024.06.930802-1/001 – Comarca de Belo Horizonte, Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Relator: Des. Cláudio Costa).

¹⁹⁸ LEITE, Rita de Cássia. **Transplantes**. cit. p.134.

cônjuge ou parente consanguíneo do doador até o quarto grau, inclusive, hipóteses em que referida formalidade é dispensada.

A legislação alemã, nesse diapasão, faculta ao disponente direcionar o órgão ou tecido extraído de seu corpo para um receptor determinado, como condição necessária à efetivação da doação¹⁹⁹.

Outra peculiaridade encontrada na Alemanha²⁰⁰ é a garantia material em favor do doador que adquiriu danos em sua saúde em virtude da retirada do órgão. Nesse sentido, a lei alemã garante ao doador prejudicado pela ablação do órgão ou tecido, o ressarcimento de todos os prejuízos materiais experimentados por ocasião da doação, como a troca de profissão ou atividade exercida, inclusive com a redução de jornada de trabalho, se da cirurgia de ablação decorreu a incapacidade para o exercício da atividade laborativa que o doador exercia anteriormente. Além disso, é prevista uma indenização pelo “sustento suprimido” e pelos gastos com o funeral, se em decorrência da ablação de órgão ou tecido, o doador vier a falecer.

A lei portuguesa, de acordo com o art. 9º, 1, da Lei n. 12, de 22 de abril de 1993, também prevê o reembolso das despesas efetuadas com

¹⁹⁹ CARDOSO, Alaércio. **Responsabilidade civil e penal dos médicos nos casos de transplantes.** cit.. p.68.

²⁰⁰ Idem

a doação, bem como a indenização dos prejuízos decorrentes da doação e recebimento do órgão ou tecido.

Entendemos que a legislação brasileira poderia ser aprimorada nesse sentido. Não obstante já exista disposição legal acerca da possibilidade de indenização estatal em caso de falecimento de indivíduo responsável pela manutenção de sua família ²⁰¹, não existe previsão legal de ressarcimento dos eventuais prejuízos materiais experimentados pelo doador, que demonstrando um ato de solidariedade para com o próximo, adquiriu prejuízos para si próprio em virtude de uma cirurgia de ablação mal sucedida. ²⁰²

²⁰¹ Sobre o assunto, dispõe o art. 948, do CC: “No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: I – no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família; II – na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima”.

²⁰² José Marcelo Proença (**Benefício dos transplantados**. Associação brasileira de transplantes de órgãos (ABTO). Disponível em: <<http://www.abto.org.br>>. Acesso em: 12.12.2006). Para o autor, muito embora não exista legislação específica sobre os benefícios concedidos aos pacientes transplantados, aplicam-se-lhes, desde que enquadrados nos critérios exigidos para a concessão de cada um deles, os seguintes benefícios: amparo assistencial (é o benefício que garante um salário-mínimo mensal ao portador de deficiência incapacitante para o trabalho e para uma vida independente), aposentadoria por invalidez (desde que a incapacidade para o trabalho seja considerada definitiva pela perícia médica do INSS), auxílio-doença (benefício mensal a que tem direito o segurado, inscrito no Regime Geral de Previdência Social (INSS), quando fica temporariamente incapacitado para o trabalho em virtude de doença por mais de 15 dias consecutivos), isenção de IPI na compra de veículos adaptados (quando apresentar deficiência física nos membros superiores ou inferiores, que o impeça de dirigir veículos comuns) e quitação do financiamento da casa própria (devido à pessoa com invalidez total ou permanente, causada por acidente ou doença, que torne o indivíduo inapto para o trabalho, desde que a doença tenha sido adquirida após a assinatura do contrato de compra e venda do imóvel).

Outro ponto a ser mencionado é o de que a lei brasileira restringe, de certa forma, a disposição de tecidos, órgãos e partes do corpo vivo para fins de transplantes às pessoas juridicamente capazes²⁰³, isto porque, via de regra, não é permitido ao juridicamente incapaz dispor de seus órgãos e tecidos para transplante, ressalvada a hipótese de ablação de tecido para transplante de medula óssea, e desde que sejam observadas as condições legalmente impostas, quais sejam, compatibilidade imunológica comprovada, autorização prévia dos pais ou representantes legais²⁰⁴ e autorização judicial²⁰⁵ (art. 9º, parágrafo 6º, da Lei n. 9434/97).

²⁰³ “Art. 9º. É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos ou partes do próprio corpo vivo para fins de transplante ou terapêutico”.

²⁰⁴ Na impossibilidade de obter-se o consentimento dos pais ou do responsável legal, a decisão acerca do transplante caberá ao médico assistente, no caso de não ser possível, por outro modo, manter o juridicamente incapaz vivo. O mesmo procedimento poderá ser realizado para os casos em que as condições de saúde do receptor comprometerem a manifestação válida de sua vontade, ou se este estiver privado dos meios de comunicação oral ou escrita, ou ainda, se não souber ler ou escrever.

²⁰⁵ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70006360937/2003. Terceira Câmara Cível. Relator: Des. Nelson Antonio Monteiro Pacheco. Ementa: Direito público não especificado. Direito à vida que deve prevalecer sobre o formalismo legal. Decisão que concedeu o alvará para autorização de retirada de órgão para transplante inter vivos bem lançada. Comprovado o iminente risco de morte, não há falar em aqodamento da decisão hostilizada pelo recurso. Agravo não provido. Trata-se de Agravo de Instrumento interposto pelo Ministério Público contra decisão que deferiu autorização para a retirada de órgão para transplante inter vivos ajuizada por Aline Figueiredo, que concedeu a antecipação de tutela para que a agravada, com dezessete anos de idade, doasse um lobo pulmonar para Simone Figueiredo, portadora de pneumonia grave com sério risco de morte. Sustentou o representante da agravante que somente é lícito ao juridicamente incapaz dispor de seus órgãos para o caso de transplante de medula óssea, o que incorre *in casu*. Não obstante a vedação legal, o MM juiz entendeu que o procedimento não acarretaria danos à saúde da doadora, bem como salientou que houve consentimento tanto pela doadora, quanto por seus genitores. Assim, entendeu que o direito à vida sobrepõe-se aos formalismos legais.

Na Espanha, onde existe uma legislação bastante avançada acerca dos transplantes, também exige-se que o disponente seja pessoa maior, capaz e no pleno gozo de suas faculdades mentais, como apregoa o art. 4, da Lei n. 30, de 27 de outubro de 1979.

Segundo o art. 9º, parágrafo 7º, da Lei n. 9434/07, no Brasil, situação idêntica à do incapaz, é a da gestante, que está impedida de doar seus órgãos, tecidos e partes do corpo, ressalvando-se da mesma forma que o incapaz, o caso de extração de tecido para transplante de medula óssea, desde que o ato cirúrgico não traga riscos para a sua saúde e para a saúde do feto.

Nesse sentido, pondera Antônio Chaves²⁰⁶ que da condição particular de gestação, resulta uma sobrecarga para o organismo da mulher, colocando-a em condições de inferioridade biológica, o que sem dúvida, justifica a ressalva contida no referido dispositivo.

O autotransplante também é permitido no Brasil, e sua prática depende tão somente do consentimento válido do próprio indivíduo, devidamente registrado em seu prontuário médico. No caso de juridicamente incapaz, novamente faz-se indispensável a autorização

²⁰⁶ CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo**. cit. p.265.

expressa de um de seus pais ou responsável legal (art. 9º, parágrafo 8º da Lei n. 9434/97).

Observe-se que a lei veda expressamente o transplante de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas portadoras de doenças constantes das listas de exclusão, expedidas pelo órgão central do Sistema Nacional de Transplantes (SNT).

Outro requisito é a imprescindibilidade da especificação do órgão, tecido ou parte do corpo que será doado.

E isso se deve ao fato de que nem todos os tecidos, órgãos e partes do corpo humano podem ser doados indistintamente.²⁰⁷

Ao contrário, somente é permitida a doação por pessoa viva, quando se tratar de órgãos duplos, ou parte de órgãos ou tecidos cuja retirada não cause ao doador o comprometimento de suas funções vitais, bem como de suas aptidões físicas e mentais e nem lhe provoque deformação, ou seja, não é possível a realização do transplante que puder acarretar qualquer espécie de dano à pessoa, aí incluído o dano estético.

²⁰⁷ A exemplo do que ocorre no Brasil, a legislação italiana também prevê restrições acerca dos órgãos passíveis de transplante. Paola D'Addino Serravalle (**Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana**, cit. p. 244) assevera que, em matéria de transplantes entre vivos, é considerada ilícita a ablação de órgãos ímpares, bem como dos pares à exceção dos rins e finalmente, é considerada lícita a retirada de tecidos, sob o fundamento de que a retirada de órgãos ímpares ou pares (salvo os rins) afeta diretamente à saúde do doador, o que não acontece com a retirada dos tecidos.

Dessa forma, é vedado o transplante de órgãos ímpares ou daqueles que, apesar de duplos, caso retirados, possam ocasionar deformidades, incapacidade parcial ou total e permanente no doador.

Ressalte-se que o sangue, o espermatozoide e o óvulo também não estão compreendidos entre os tecidos passíveis de doação, por expressa determinação legal.

E isso porque o verdadeiro espírito da doutrina que se incorpora às modernas legislações, é preservar a pessoa, quer da invasão ilícita estranha, quer do uso abusivo que ela mesma possa fazer²⁰⁸.

Maria Helena Diniz²⁰⁹ afirma a esse respeito: “A doação *inter vivos* apenas será permitida em caso de órgãos duplos (rins), partes recuperáveis ou regeneráveis de órgãos (fígado) ou tecido (pele, medula óssea), cuja remoção não traga risco para a vida ou a saúde física do doador, não comprometa suas aptidões vitais e saúde mental, nem lhe provoque deformação ou mutilação, e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável e inadiável para a pessoa receptora. Razoável é tal imperativo legal, pois não se pode exigir que alguém se sacrifique em benefício de terceiro”.

²⁰⁸ OLIVEIRA, Moacyr de. **Evolução dos direitos da personalidade**. cit. p. 29.

²⁰⁹ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**, cit. p. 285.

No caso específico de transplante de rins, a lei exige como requisito adicional, a comprovação de, pelo menos, quatro compatibilidades em relação aos antígenos leucocitários humanos (HLA), salvo entre cônjuges e consangüíneos, na linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive.

Anote-se, ainda, que não obstante sejam vedadas propagandas ou anúncios de hospitais especializados solicitando doação, é permitida a veiculação de campanhas esclarecedoras da doação de órgãos e tecidos para fins de transplante e tratamento, como aliás, já acontece por meio de entidades como a ABTO (Associação Brasileira de Transplante de Órgãos).

Casabona reafirma a utilidade de tais campanhas, que para o autor, deveriam ser mais freqüentes e amplas, para que seja conhecido pela sociedade o conteúdo da lei²¹⁰.

Mais uma condição de extrema relevância é que a disposição de órgãos, tecidos e partes do corpo para fins de transplante há de ser gratuita.

Nesse sentido, no Brasil é vedada a comercialização de órgãos e tecidos, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, à

²¹⁰ CASABONA, Carlos Maria Romeo. **El medico y el derecho penal: I – La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)**. Barcelona: Bosch, 1979, p. 81.

moral e aos bons costumes, o que obviamente não impede que a violação a este direito dê ensejo a conseqüências patrimoniais, com a conseqüente reparação do dano causado.²¹¹

Além do mais há expressa previsão legal neste sentido. A Lei 9434/1997 regulamentada pelo Decreto n. 2.268/1997 e alterada pela Lei n. 10.211/2001, impõe que a disposição de órgãos e tecidos para fins de transplante e tratamento seja gratuita²¹². No mesmo sentido o Código Civil, em seu art. 14²¹³. Sedimentando essa posição, temos o art. 199, parágrafo 4º²¹⁴ da Constituição Federal do Brasil.

²¹¹ Sobre o assunto, consultar às seguintes decisões:

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 41300/2005. Oitava Câmara Cível. Relatora: Des. Helena Bekhor. Ementa: **Responsabilidade civil**. Autor deficiente visual que se submeteu à cirurgia de catarata, com implante de lente intra-ocular e após, a um transplante de córnea, por ter perdido a visão do olho operado – ação de indenização por danos materiais e morais – confirmação da sentença de improcedência, por ausência de prova da ocorrência de erro médico, imperícia ou negligência, na primeira cirurgia, sendo que segundo as conclusões periciais, a patologia pós-operatória apresentada pelo autor, se constitui em complicação pertinente ao procedimento cirúrgico.

Ementa: **Responsabilidade civil**. Dano moral. Erro médico. Transplante de córnea. O estabelecimento hospitalar, enquanto prestador de serviços de saúde, responde pelo fato do serviço objetivamente, conforme o art. 14 do CDC. Responsabilidade objetiva que abrange a atividade dos médicos que prestaram o serviço. Relação que se estabeleceu entre a paciente e o nosocômio. Restando afastada a relação de causalidade entre a prestação do serviço e o dano alegado, não há cogitar de responsabilidade civil do hospital. Inexistência de prova a respeito da má prestação do serviço. Apelo desprovido. (Apelação cível n. 70012552535, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Leo Lima, julgado em: 05/10/2005).

²¹² Dispõe o art. 1º da Lei n. 9434/1997: “A disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida e *post mortem*, para fins de transplante e tratamento, é permitida na forma desta Lei”.

²¹³ “Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte”.

²¹⁴ Reza o citado dispositivo que: “Parágrafo 4º. A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos ou substâncias humanas para fins

Na Itália, a exemplo do que ocorre no Brasil, existe a impossibilidade absoluta de comercialização de órgãos e tecidos para fins de transplante, sendo cominada pena privativa de liberdade e multa para os respectivos infratores (art.19, da Lei de 26 de junho de 1967).

Além da gratuidade, a doação de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante no Brasil, há de ser voluntária. Essa voluntariedade a que se alude liga-se diretamente ao direito do indivíduo dispor ou não de seu corpo, ou de parte dele, como uma decisão personalíssima.

Mencione-se ainda, que ninguém poderá ser coagido a doar tecido, órgão ou parte do seu corpo, sob pena de responsabilização, inclusive criminal²¹⁵.

Assevera Alaércio Cardoso²¹⁶ que “o consentimento só pode ser livre quando a pessoa outorgante está devidamente esclarecida”.

Para que o transplante ocorra nos termos legais, também é indispensável a aquiescência do doador e do receptor relativamente ao ato, manifestada através do consentimento válido; ressaltando-se, que

de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização”.

²¹⁵ Abordaremos a questão da responsabilidade jurídica decorrente do transplante de órgãos e tecidos humanos no item 4.5 deste trabalho.

²¹⁶CARDOSO, Alaércio. **Responsabilidade civil e penal dos médicos nos casos de transplantes**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.57.

o “consentimento válido implica na capacidade de entender e querer, o qual deve ser antes de tudo, esclarecido, com a informação sobre o ato a ser realizado e suas conseqüências e implicações²¹⁷”.

Nesse sentido, Santos Cifuentes²¹⁸ pondera que “*como todo procedimiento médico de avanzada, sus riesgos sólo pueden aceptarse cuando se han llenado ciertos recaudos de orden científico y ético. Éstos hacen la selección del dador y receptor y al consentimiento prévio al procedimiento; a la capacidad específica del grupo quirúrgico y las condiciones del médio em que deberá actuar*”. (grifos nossos)

Com efeito. A manifestação do consentimento inequívoco do doador e do receptor é elemento essencial à efetivação do ato jurídico transplante – ou seja, é “condição exigida para a própria substância do ato²¹⁹”.

E este consentimento, ensina Rubens Limongi França, “é a anuência válida do sujeito a respeito do entabulamento de uma relação jurídica sobre determinado objeto²²⁰”.

²¹⁷ GOGLIANO, Daisy. **O direito ao transplante de órgãos e tecidos humanos**. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 1986. p. 280.

²¹⁸ CIFUENTES, Santos. **Derechos personalísimos**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995. p.333.

²¹⁹SERPA LOPES, José Maria de. , v. 1. p.184.

²²⁰FRANÇA, Rubens Limongi. **Manual de direito civil**. cit. p.223

Para tanto, o médico responsável deverá esclarecer doador e receptor dos eventuais riscos e seqüelas decorrentes do procedimento.

É o que dispõe o Código de Ética Médica em seu artigo 73: *“É vedado ao médico deixar, em caso de transplante, de explicar ao doador ou ao seu responsável legal, e ao receptor, ou ao seu responsável legal, em termos compreensíveis, os riscos de exames, cirurgias ou outros procedimentos”*.

Então, além de expressa e inequívoca, a manifestação de vontade de doador e receptor deverá ser consciente.

A esse respeito aduz Ana Cláudia Pirajá Bandeira²²¹: “a informação deverá ser tão ampla quanto a gravidade do caso requeira. Contudo, deverá ser acessível à cultura e ao estado psicofísico do paciente e ajustada, em todo o momento, à verdade, ainda, que por razões humanitárias se suavize a situação, porém, sem falseá-la ou desvirtuá-la”.

Vale dizer, é imprescindível que a manifestação da vontade declarada por doador e receptor seja livre e despida de qualquer espécie de vício, em respeito à autonomia da vontade da pessoa²²².

²²¹ Apud Marconi do Ó Catão. **Biodireito: transplantes de órgãos humanos e direitos de personalidade**. São Paulo: Madras, 2004. p. 211.

²²² A autonomia da vontade há de ser resguardada pelo ordenamento jurídico como afirmação de um direito individual de liberdade do indivíduo, como ser dotado de

Nesse diapasão, o erro, o dolo e a coação são os vícios de consentimento aptos a macular a manifestação do consentimento do doador e do receptor, podendo gerar efeitos na órbita jurídica.

Explicando melhor o tema, temos o seguinte:

“Erro ou ignorância: embora sejam conceitos diferentes, o legislador equipara-os quanto aos seus efeitos jurídicos, ou seja, a anulabilidade do ato jurídico. Assim, o “erro é a falsa noção sobre algum objeto e a ignorância é a ausência completa de conhecimento²²³”.

Dolo: “é o emprego de um artifício astucioso para induzir alguém à prática de um ato que o prejudica e aproveita ao autor do dolo ou a terceiro²²⁴”.

“Coação: significa a violência física ou psíquica realizada contra uma pessoa ou um grupo de pessoas, que se contrapõe ao direito²²⁵”. Diz-se que alguém foi coagido para a prática de certo ato, quando outrem o compeliu a fazê-lo, sob ameaça física ou psíquica e em detrimento de sua própria vontade.

personalidade, em respeito à dignidade da pessoa humana. No entanto, como já dissemos anteriormente, a autonomia privada do indivíduo, por também envolver uma autonomia de conteúdo, deve ser sempre sopesada com os preceitos de ordem pública e de ordem moral.

²²³DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.154

²²⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. *RT* 161:276, 187:60, 444:112, 245:547, 522:232 e 602:58, *apud* Maria Helena Diniz, **Código Civil anotado**. cit. p. 160.

E a consequência jurídica para os casos em que a vontade do sujeito estiver viciada por erro, ignorância, dolo ou coação é a possibilidade de anulação do ato jurídico.

Assim, é de bom alvitre que a equipe médica encarregada do transplante tenha o cuidado e a sensibilidade de, em entrevista pessoal e reservada, a sós com o doador em potencial, assegurar-se da vontade real do disponente como expressão de seu querer interno, bem como da consciência do ato a que será submetido, que deverá ser livre de qualquer induzimento, coação ou sugestão de qualquer natureza, em liberdade para revelar ao médico qualquer fato que esteja maculando sua decisão, o qual deverá, por dever ético inarredável, encontrar uma forma de não aceitá-lo como doador. O mesmo cuidado há de ser deferido ao receptor.²²⁶

E tamanha precaução é justificável pelo fato de a retirada de órgão, parte ou tecido de pessoa que não esteja exprimindo sua vontade de maneira livre, implicar na tipificação do crime de lesão corporal; ou de homicídio, se daí decorrer a superveniência da morte do doador.²²⁷

²²⁵ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p.70.

²²⁶ MARREY NETO, José Adriano. **Transplante de órgãos – nova disciplina**. cit. p. 74.

²²⁷ O tema será melhor elucidado no item 4.7 desta dissertação.

Especificamente no que se refere ao doador, deverá ele ser obrigatoriamente e previamente informado pelo médico responsável pelo transplante de todos os riscos e possíveis conseqüências, imediata e tardias, decorrentes da ablação de tecidos, órgãos e partes do seu corpo, que constarão de documento a ser lavrado na ocasião, lido em sua presença e acrescido de outros esclarecimentos que pedir e assim, oferecido à sua leitura e assinatura, bem como de duas testemunhas, presentes ao ato.

A Espanha inovou nesse sentido ao determinar que o médico responsável pela cirurgia de extração deva assinar conjuntamente com o doador o documento de cessão do órgão ou tecido (art. 3, da Lei n. 30, de 27 de outubro de 1979, regulamentada pelo Real Decreto n. 426, de 22 de fevereiro de 1980).

No intuito de valoração da decisão pessoal do indivíduo acerca da disposição de seus órgãos e tecidos; no Brasil, existe ainda a possibilidade de revogação do consentimento anteriormente manifestado em favor da doação, que poderá ser feito a qualquer momento antes de iniciado o procedimento de retirada do tecido, órgão ou parte do corpo.

De onde se depreende que a manifestação do consentimento do doador pela doação não é vinculante, isto é, não cria nenhuma espécie de obrigação, nem mesmo em relação a uma eventual retratação. Assim, se aquele que consentiu na extirpação de órgão ou tecido se arrepender, não será possível aplicar-lhe o cumprimento forçado, nem tampouco demandá-lo pelas perdas e danos eventualmente ocasionados porque, como já dissemos, inexistente qualquer obrigação a ser cumprida²²⁸.

Considerando a inexistência de qualquer relação obrigacional entre doador e receptor, muitos doutrinadores rechaçam a denominação comumente usada de: *doação* de órgãos e tecidos,

E isso se deve ao fato desta figura não constituir contrato típico de doação, nos moldes preconizados pelo direito civil. Pietro Perlingieri²²⁹, por exemplo, acentua que não é fácil resolver o problema da qualificação em relação aos transplantes de órgãos entre pessoas vivas, especificamente quanto ao ato relativo ao sujeito que doa seus órgãos e tecidos. A principal questão debatida é sobre se constitui a doação de órgãos um efetivo contrato de doação. Como é notório, aduz o autor, tecnicamente, a doação é um ato de liberalidade

²²⁸ CIFUENTES, Santos. **Derechos personalísimos**. cit. p. 349.

caracterizado patrimonialmente pelo empobrecimento do doador correspondente ao enriquecimento do donatário. Já a estrutura da doação de órgãos e tecidos é diversa, porque tem-se um ato revogável até o momento da intervenção cirúrgica. Ainda, falta à doação de órgãos e tecidos um *quid* de dever, mesmo de natureza social ou moral, tanto que a doutrina entende que a doação de órgãos não constitui o adimplemento de uma obrigação natural.

Assim, para Pietro Perlingieri, a doação de órgãos e tecidos não deveria ser qualificada como tal, mas sim como um ato gratuito não donativo, haja vista ser impossível utilizar a denominação de determinado instituto jurídico de natureza eminentemente patrimonial, para aqueles institutos cujo objeto jurídico é exclusivamente pessoal.

Nessa linha, Madalena Lima aduz ser essencial que o doador “não se sinta submetido a uma pressão moral e psíquica para aceitar a doação, que continua a envolver um problema de valoração da liberdade e espontaneidade²³⁰ do acto de consentimento, conforme exige

²²⁹ PERLINGIERI, Pietro. **La personalità umana nell’ordinamento giuridico**. cit. p. 321-322.

²³⁰ Entendemos que a espontaneidade não é requisito intrínseco à doação de órgãos e tecidos. Ao revés, acreditamos que basta a voluntariedade da manifestação de vontade do disponente para que o ato se aperfeiçoe de forma válida.

claramente a lei, valoração que atinge todas as pessoas que intervêm no acto e têm de autorizar, de um modo ou de outro, a intervenção²³¹”.

Tal como acontece com o doador de órgãos e tecidos, a legislação pátria também exige que o receptor seja informado e principalmente, consinta na realização do transplante²³².

Assim sendo, o consentimento para a recepção de órgãos e tecidos também deverá ser expresso e realizado por intermédio de declaração, que deverá ser aposta em documento, e conter as informações sobre o procedimento e as perspectivas de êxito ou insucesso transmitidas de modo claro e preciso ao receptor, ou, quando necessário, devido à sua incapacidade, aos seus pais ou representante legal (Lei n. 9.434/97, art. 10, parágrafo 1º, e Decreto n. 2.268/97, art. 22, parágrafos 1º a 3º). Ora, o consentimento do receptor é essencial diante dos riscos e da própria excepcionalidade do tratamento.

Nesta direção, afirma José Adriano Marrey Neto: “Mediante esse assentimento, embora não eliminando qualquer aspecto da responsabilidade médica, pelo menos participarão o paciente ou quem

²³¹ LIMA, Madalena. **Transplantes**. cit. p. 96.

²³² No mesmo sentido, o art. 6 da lei espanhola prevê que o receptor deverá estar plenamente consciente e informado da intervenção, sendo necessário o seu consentimento, se tratar-se de receptor adulto, ou de seus representantes legais, caso o receptor seja menor ou incapacitado. Sobre este assunto, consulte também Carlos Rogel Vide. **Derecho de la persona**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, p. 134.

por ele for responsável da tomada da decisão final, de certa forma concordando e/ou aceitando o risco e a conclusão da imprescritibilidade da intervenção²³³”.

Assim, o receptor somente será submetido ao transplante após seu consentimento expresso, e desde que tenha havido prévio esclarecimento sobre a excepcionalidade, os riscos do procedimento e as seqüelas previsíveis.

Se o receptor for juridicamente incapaz, se suas condições de saúde impedirem ou comprometerem a manifestação válida de sua vontade, se estiver privado dos meios de comunicação oral ou escrita ou, ainda, não souber ler ou escrever, o consentimento para a realização do transplante será dado por um dos seus pais ou pelo responsável legal, sendo que na ausência destes, a decisão caberá ao médico assistente, no caso de não ser possível, por outro modo, mantê-lo vivo.

Rita de Cássia Curvo Leite inclui ainda o direito à verdade e à informação como requisitos legais do ato cirúrgico, sob o fundamento de que toda diminuição da integridade física deve ter por respaldo o consentimento válido²³⁴.

²³³ *Apud* Antônio Chaves, **Direito à vida e ao próprio corpo**. cit. p. 58

²³⁴ LEITE, Rita de Cássia Curvo Leite. **Transplantes de órgãos e tecidos e direitos da personalidade**. cit. p.128

Antônio Chaves²³⁵ aponta que a ressalva da excludente de ilicitude do artigo 146, §3º do CP²³⁶ (que trata da excludente de ilicitude do crime de constrangimento ilegal), relativa à intervenção médica ou cirúrgica sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, não se aplica às hipóteses de transplante: “é que no transplante encontra-se o médico ante uma situação excepcional; não se trata tão-somente de cumprir o seu dever de curar ou de procurar salvar alguém em iminente perigo de vida. O que se cogita é uma intervenção, ainda em fase de experimentação, que não salva a vida do paciente, mas que a prolonga sob sério risco, e que implica na tomada de um órgão de terceiro para inseri-lo no organismo do paciente”.

Considerando o exposto, é de ser reconhecido ao doador um direito, embora limitado, à disposição de seu corpo e, ao receptor, o direito à recusa de tratamento, nem que isso implique a sua morte²³⁷-porque nenhuma espécie de tratamento terapêutico poderá ser aplicado contra a vontade do paciente, ainda mais quando se trate de procedimento que possa, de alguma forma, implicar em riscos à saúde, como sói acontecer com o procedimento cirúrgico dos transplantes.

²³⁵CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo**. cit. p.56

²³⁶ O art. 146, parágrafo 3º, do CP dispõe que não configura crime de constrangimento ilegal a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou do seu representante legal se justificada por iminente perigo de vida.

Jaime Espinosa resume, enfim, as condições para que haja o direito ao transplante de órgãos e tecidos entre vivos: “que o órgão ou o tecido, ou parte deles, não sejam necessários para a vida, a integridade física e psíquica do doador, que o ato de doação seja consciente, livre e gratuito, que o consentimento do doador seja expresso e inequívoco e que seja precedido de esclarecimentos feitos pelo profissional da saúde, para que tome ciência dos riscos a que será submetido, que o transplante seja inevitável para garantir a saúde do receptor e que existam fundadas esperanças de êxito e por fim, que os benefícios esperados pela efetivação do transplante sejam proporcionais ou maiores que os danos causados no doador²³⁸”.

Tendo sido mencionados os pressupostos de admissibilidade do direito ao transplante de órgãos e tecidos entre vivos, analisaremos os aspectos legais relativos ao transplante de órgãos e tecidos “*post mortem*”.

²³⁷LIMA, Madalena. **Transplantes**. Coimbra: Livraria Almedina, 1996. p. 100.

4.3 Transplante de órgãos e tecidos “*post mortem*”

Na raiz dos transplantes, afirma José Adriano Marrey Neto, acha-se o bem social, reconhecido pelo legislador ao facultar a disposição de partes do corpo humano, vivo, ou quando já cadáver, de forma tal a permitir ao indivíduo *post mortem* permaneça útil, em continuidade ao seu ser e a seu modo de estar no mundo, intimamente relacionado com seus semelhantes, pela solidariedade humana²³⁹.

É nesse sentido que o legislador reconheceu o direito ao transplante de órgãos e tecidos *post mortem*, conferindo-lhe a mesma importância deferida ao transplante de órgãos e tecidos entre vivos²⁴⁰.

Mas, assim como verificamos no transplante entre vivos, também no transplante “*post mortem*” não de ser verificados determinados requisitos para que a doação de órgãos e tecidos se dê nos termos legais.

Nesse sentido, aduz a lei 9434/97 ser lícito a qualquer pessoa juridicamente capaz dispor de seu corpo para depois da morte, desde

²³⁸ ESPINOSA, Jaime. Questões de bioética, *apud* Maria Helena Diniz in **O estado atual do biodireito**. cit. p.286.

²³⁹ José Adriano Marrey Neto *apud* Antônio Chaves. **Direito à vida e ao próprio corpo**. cit. p. 258.

²⁴⁰ Ao contrário do que ocorre no Brasil, o direito alemão – Decreto de 4 de julho de 1975, §1. item 2, prioriza o transplante de órgãos a partir de cadáveres: “ Para a

que presentes alguns requisitos fundamentais, como a incontestabilidade da morte do doador, a gratuidade da doação, o consentimento válido do doador e de sua família e a finalidade terapêutica ou científica do transplante.

A princípio, somente ao juridicamente capaz é concedida a faculdade de manifestar-se isoladamente em favor da doação de seus órgãos e tecidos para depois da morte.

Assim, a remoção *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa juridicamente incapaz dependerá de autorização expressa dos pais, se vivos, ou de quem lhes detinha, ao tempo da morte, o pátrio poder, a guarda judicial, a tutela ou a curatela.

Anote-se, ainda, ser expressamente vedada a remoção *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoas não identificadas²⁴¹.

Outro requisito é a comprovação da incontestabilidade da morte do doador.

Nesse diapasão, a legislação brasileira prevê que a determinação da ocorrência da morte compete à Medicina, através de seu Conselho Federal, mediante a expedição de resolução.

realização de transplantes de órgãos se utilizarão preferencialmente os órgãos de cadáver”.

²⁴¹Nos termos dos arts. 5º e 6º da Lei 9434/1997 e do art. 19, do Decreto n. 2.268/97.

Assim, a Resolução n. 1480 estabelece como critério determinativo da morte para fins de transplante a morte encefálica, que corresponde à parada total e irreversível das funções encefálicas do indivíduo.

Segundo a citada resolução, o diagnóstico de morte encefálica é verificado pela ocorrência clínica do coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinhal e apnéia, associado à realização de exames complementares (ou pára-clínicos), os quais deverão demonstrar de forma inequívoca a ausência de atividade elétrica cerebral ou a ausência de atividade metabólica cerebral ou a ausência de perfusão sanguínea cerebral.

Saliente-se que esse diagnóstico deverá ser confirmado por dois médicos, no mínimo, sendo que um dos quais deverá apresentar título de especialista em neurologia, reconhecido no País, salvo se a morte encefálica decorrer de parada cardíaca irreversível, comprovada por resultado incontestável de exame eletrocardiográfico.

Procedimento semelhante é aplicado na Alemanha²⁴². No entanto, a lei alemã²⁴³ inova ao estabelecer que o transplante de órgãos e tecidos para depois da morte somente será permitido após esgotadas todas as

²⁴²CARDOSO, Alaércio. **Responsabilidade civil e penal dos médicos nos casos de transplantes**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.87.

²⁴³ Na Alemanha, a doação de órgãos está regulada pelo Decreto de 4 de julho de 1975.

tentativas de reanimação da pessoa, incluindo-se a manutenção artificial de suas funções vitais.

A legislação brasileira impõe ainda, por questões éticas, que não podem participar do processo de verificação de morte encefálica os médicos integrantes das equipes especializadas autorizadas a proceder ao ato cirúrgico destinado a retirar tecidos, órgãos ou partes do corpo humano para fins de transplante²⁴⁴.

Na Itália, o procedimento é idêntico – os médicos que efetuam a retirada das partes do cadáver e o sucessivo transplante devem ser diferentes daqueles que atestam a morte²⁴⁵.

Os familiares que estiverem em companhia do falecido ou que tenham oferecido meios de contato serão obrigatoriamente informados do início do procedimento para averiguação da morte encefálica.

Não obstante o critério determinativo de morte encefálica estar textualmente previsto em lei, muitos doutrinadores discordam da eficácia de sua utilização²⁴⁶.

²⁴⁴ De acordo com o previsto no art. 16, § 3º, do Decreto n.2.268, de 30 de junho de 1997.

²⁴⁵ São os termos do art. 9º, da Lei de 26 de junho de 1967: “*I medici che effettuano il prelievo delle parti di cadavere ed il successivo trapianto devono essere diversi da quelli che accertano la morte*”.

²⁴⁶ Maria Helena Diniz (**O estado atual do biodireito**, cit. p. 279) aduz que os critérios apresentados pelo Conselho Federal de Medicina são insuficientes para a determinação da morte encefálica. E explica a razão, “o problema da determinação da morte encefálica ainda persiste, porque tais critérios, na verdade, são prognósticos e não

Antônio Chaves²⁴⁷ aponta que “o problema fundamental é o perigo da retirada de órgão ou parte do cadáver antes que a pessoa possa ser como tal considerado efetivamente, problema que se torna ainda mais agudo não só diante das técnicas de determinação de cessação da vida, como ainda pelo fato da morte não ocorrer simultaneamente em todos os órgãos ou partes do corpo, a não ser em casos excepcionais”.

Marconi do Ó Catão²⁴⁸, nesse contexto, assevera: “Assim sendo, não se aguarda a parada cardiorrespiratória e a conseqüente autólise dos órgãos, bastando a ocorrência de dano encefálico de natureza irreversível, de modo que impeça a manutenção das funções vitais. Portanto, é nessa ocasião que se empregam os recursos de terapia intensiva para garantir a perfusão dos demais órgãos durante um período que possibilite utilização dos mesmos para finalidade de transplantes. E como os transplantes de determinados órgãos requerem

diagnósticos, e que, além disso, o teste de apnéia constitui um grande risco para o paciente-doador, pois poderá comprometer irreversivelmente a circulação de sangue ao cérebro, induzindo a morte, quando deveria tão somente diagnosticá-la” Argumenta a autora ser mais prudente acatar para fins de transplante, a teoria da morte encefálica total, segundo a qual o óbito só ocorre em caso de morte do tronco encefálico, onde se encontram os centros nervosos superiores, que sustentam a respiração e a circulação sanguínea, caracterizando-se pela ausência de atividade encefálica comprovada por exames laboratoriais, como eletroencefalograma, carótido-angiografia ecodoppler ou mapeamento cerebral, e desde que configurados todos os critérios clínicos e complementares exigidos pela Resolução CFM n. 1480/97, sem a realização do perigoso teste de apnéia, mediante comprovação de médicos especializados e ponderados.

²⁴⁷ CHAVES, Antonio. **Estudos de direito civil**. cit. p. 177.

seu uso com máxima brevidade, há uma grande preocupação na determinação do momento exato da morte encefálica”.

Adverte ainda referido autor que a morte encefálica não é idêntica à morte cerebral, salientando que: “com a morte do cérebro, continuam as funções vegetativas, em especial a função cardiorrespiratória. Assim, o indivíduo sobrevive em condições vegetativas. Quando o tronco encefálico é irreversivelmente lesado, cessam-se todas as atividades cerebrais, atingindo a estrutura encefálica generalizadamente. E, desse modo, o ser humano deixa de existir”.

Fraraccio²⁴⁹ distingue claramente o estado vegetativo persistente do estado de morte encefálica: *“Hay que diferenciar el estado vegetativo persistente o permanente (EVP) del estado de muerte encefálica. En el primero no se halla afectado el tronco cerebral o encefálico, y la vida vegetativa o autónoma (funciones biológicas o vitales básicas) se halla presente; se perdieron el psiquismo y la vida de relación (inconsciencia, falta de reflejos, de percepción, de motricidad, etc.) En el estado de muerte encefálica se perdieron irreversiblemente las funciones no sólo cerebrales, sino del tronco cerebral, donde a pesar*

²⁴⁸ CATÃO, Marconi do Ó. **Biodireito: transplantes de órgãos humanos e direitos da personalidade.** cit. p. 220.

del soporte tecnológico, a corto plazo se producirá la pérdida de las funciones autónomas (falla cardiorrespiratoria)”.

Por fim, exteriorizamos a nossa opinião sobre o assunto, através do parecer de José Adriano Marrey Neto ²⁵⁰: “O objetivo não era, por certo, fornecer um critério legal para o momento em que se tenha como positivada a constatação da morte, mas o de, afirmativamente, estabelecer um permissivo para a retirada de órgãos, muitas vezes essenciais para a vida p. ex., os rins ou o coração, uma vez constatada a morte encefálica”.

Por esta razão, concordamos com o autor quando este afirma que não se deve atrelar a lei a critério fechado e preestabelecido no que toca aos critérios determinativos da morte para fins de transplante, devendo ficar a questão “em aberto”, para ser respondida pela ciência, notadamente as ciências médicas, com os constantes avanços que a caracterizam²⁵¹.

Questão polêmica suscitada por Maria Helena Diniz²⁵², diz respeito à possibilidade de doação de tecidos, órgãos e partes do corpo do

²⁴⁹ José Antonio Fraraccio. Medicina Legal – Conceptos Clásicos y Modernos *apud* Marconi do Ó Catão. **Biodireito: transplantes de órgãos humanos e direitos da personalidade.** cit. p. 226.

²⁵⁰ MARREY NETO, José Adriano. **Transplantes de órgãos.** cit. p. 62.

²⁵¹ Idem. *Ibidem.*

²⁵² DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** cit. p. 289-292.

anencéfalo. Haveria licitude na remoção de órgãos de anencéfalo enquanto com vida? Se não possui encéfalo, como se poderia falar em ocorrência da morte encefálica para fins de transplante?

Consoante a autora:

“a) O anencéfalo é um ser humano tanto quanto um homem que venha a sofrer grave lesão nos hemisférios cerebrais ou a perder parte de seu cérebro num acidente automobilístico ou numa intervenção cirúrgica para extirpação de um tumor maligno, perdendo a capacidade de qualquer contato com o mundo exterior, mas suscetível de regular sua homeostasia, em virtude da persistência do funcionamento adequado do tronco cerebral. Se assim é, dever-se-á respeitá-lo como pessoa humana, não se ferindo a sua dignidade.

b) O aceleramento de seu parto somente será lícito se houver alguma razão terapêutica a ser realizada em seu benefício ou no de sua mãe, desde que exista consenso de seus pais e nasça com vida. Se a programação de seu parto se der, única e exclusivamente, para uso de seus órgãos num transplante, será ilícita, porque ninguém tem o direito de abreviar vida alheia para atender interesses terapêuticos de alguma pessoa.

c) O bebê anencéfalo somente poderá ser doador de órgãos e tecidos se preencher os critérios legais de morte cerebral, ou seja, cessação completa do tronco cerebral, que abrange mesencéfalo, ponte e bulbo. Para tanto, o processo de doação terá de ser da iniciativa dos pais e não por solicitação de algum profissional de saúde. Os seus órgãos ou tecidos, portanto, não poderão ser retirados de seu corpo enquanto não estiver legalmente morto. Se não se pode dispor de órgãos de paciente terminal enquanto não ocorrer sua morte encefálica, também não é possível remover órgão ou tecido de anencéfalo enquanto a morte cerebral não se configurar ou não ficar comprovada.

d) O anencéfalo, enquanto estiver vivo, não poderá ser submetido a nenhum tratamento de terapia intensiva, porque isso seria um prolongamento de seu sofrimento, não lhe trazendo qualquer benefício. Somente depois da certeza da ocorrência de sua morte cerebral poder-se-á aplicar o referido tratamento para evitar que seus órgãos e tecidos se deteriorem, beneficiando aquele que irá receber o transplante”.

Madalena Lima²⁵³ comunga do mesmo entendimento: “O critério de morte cerebral total estabelecido não é aplicável aos anencéfalos.

²⁵³ LIMA, Madalena. **Transplantes**. cit. p. 114.

Embora eles não possuam qualquer vida de relação e tenham uma esperança de vida de dias ou semanas, ainda possuem um tronco cerebral a funcionar. Assim, de acordo com o critério de morte cerebral total, eles estão vivos e, por essa razão, não há possibilidade legal de utilização de seus órgãos. Não devem confundir-se os indivíduos em situação de morte cerebral com os que estão em situação de vida vegetativa. Nesta última, o tronco cerebral continua a funcionar, há respiração espontânea e ciclos sono-vigília, apesar de não haver qualquer tipo de relação”.

Posição inversa foi a adotada pelo Conselho Federal de Medicina, ao expedir a Resolução n. 1.752/04²⁵⁴, que prevê a autorização ética do

²⁵⁴ **Resolução CFM n. 1.752/04 (Publicad pelo D.O.U. 13.09.04, seção I, p. 140)**

O Conselho Federal de Medicina, no uso das atribuições que lhe confere a Lei n. 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto n. 44.045, de 19 de julho de 1958, e

Considerando que os anencéfalos são natimortos cerebrais (por não possuírem os hemisférios cerebrais) que têm parada cardiorrespiratória ainda durante as primeiras horas do pós-parto, quando muitos órgãos e tecidos podem ter sofrido franca hipoxemia, tornando-os inviáveis para transplantes;

Considerando que os anencéfalos podem dispor de órgãos e tecidos viáveis para transplantes, principalmente em crianças;

Considerando que as crianças devem preferencialmente receber órgãos com dimensões compatíveis;

Considerando que a Resolução CFM n. 1.480/97, em seu art. 3º, cita que a morte encefálica deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida, sendo o anencéfalo o resultado de um processo irreversível, de causa conhecida e sem qualquer possibilidade de sobrevida, por não possuir a parte vital do cérebro;

Considerando que os pais demonstram o mais elevado sentimento de solidariedade quando, ao invés de solicitar uma antecipação terapêutica do parto, optam por gestar um ente que sabem que jamais viverá, doando seus órgãos e tecidos possíveis de serem transplantados;

Considerando o Parecer CFM n. 24/03, aprovado na sessão plenária de 9 de maio de 2003;

uso de órgãos e/ou tecidos de anencéfalos para transplante, mediante autorização prévia dos pais.

Data venia, entendemos ser inconstitucional a citada resolução, por afronta direta à inviolabilidade do direito à vida, resguardada constitucionalmente nos termos do art. 5º, *caput*, e garantida por cláusula pétrea, por força do art. 60, parágrafo 4º, da Constituição Federal²⁵⁵.

Como disse Pontes de Miranda²⁵⁶, “a vida está acima de qualquer lei e é incólume a atos do Poder Público, devendo ser protegida contra quem quer que seja, até mesmo contra seu próprio titular, por ser irrenunciável e inviolável”.

Considerando o Fórum Nacional sobre Anencefalis e Doação de Órgãos, realizado em 16 de junho de 2004 na sede do CFM;

Considerando as várias contribuições recebidas de instituições éticas, científicas e legais;

Considerando a decisão do Plenário do Conselho Federal de Medicina, em 08 de setembro de 2004,

RESOLVE:

Art. 1º Uma vez autorizado formalmente pelos pais, o médico poderá realizar o transplante de órgãos e tecidos do anencéfalo, após o seu nascimento.

Art. 2º A vontade dos pais deve ser manifestada formalmente, no mínimo 15 dias antes da data provável do nascimento.

Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário.

Art. 4º Esta resolução entrará em vigor na data de sua publicação.

²⁵⁵ “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade,...” e parágrafo 4º, do art. 60: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV – os direitos e garantias individuais”.

²⁵⁶ MIRANDA, Pontes. Tratado de direito privado. *Apud* Maria Helena Diniz. **O estado atual do biodireito.** cit. p. 24.

Mencione-se ainda, que toda morte encefálica, comprovada em hospital público ou particular, é de notificação compulsória, em caráter de emergência.

Novidade trazida pela legislação pátria é a permissão da presença de médico de confiança da família do falecido no ato da comprovação e atestação da morte encefálica, salvo se a demora de seu comparecimento tornar, pelo decurso do tempo, inviável a retirada dos órgãos; todavia, tal circunstância deverá ser obrigatoriamente mencionada no respectivo relatório.

No caso de família carente de recursos financeiros, é possível requerer que o diagnóstico da morte encefálica seja acompanhado por médico indicado pela direção local do SUS.

Ressalte-se que os prontuários médicos relativos aos laudos dos exames conclusivos da morte encefálica e dos atos cirúrgicos relativos aos transplantes e enxertos deverão ser mantidos em arquivo pelo prazo mínimo de cinco anos.

Da mesma forma, todos os estabelecimentos de saúde têm a obrigação de informar às centrais de notificação, captação e distribuição de órgãos (CNCDOs) da unidade federada a ocorrência de morte encefálica de pessoas pertencentes à sua circunscrição.

Saliente-se que a retirada de tecidos, órgãos ou partes poderá ser efetuada antes da realização da necropsia, obrigatória por lei, se tais órgãos não tiverem relação com a *causa mortis do de cujus*, circunstância que deverá ser mencionada no respectivo relatório, com cópia que acompanhará o corpo à instituição responsável pelo procedimento médico-legal.

Oportuno mencionar que nos casos de morte ocorrida sem assistência médica ou em decorrência de causa mal definida ou ainda que necessite ser esclarecida, diante da suspeita de crime, é vedada a retirada de órgãos e tecidos do corpo, exceto quando houver autorização expressa do médico patologista ou legista responsável pelo caso.

Outra condição indispensável à doação de órgãos e tecidos de pessoa falecida é o consentimento válido do doador e de seus familiares.

Com efeito. Para que a doação de órgãos e tecidos *post mortem* possa ser efetuada nos termos legais, mister é a expressa manifestação de vontade do potencial doador em vida - haja vista que no ordenamento jurídico brasileiro está vedada a ablação de órgãos e tecidos de um corpo morto com base no consentimento presumido, como acontecia durante a vigência do art. 4º, da Lei n. 9434/1997.

Assim, previa o já revogado dispositivo, “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*”.

Ou seja, pelo sistema adotado anteriormente, toda pessoa juridicamente capaz era presumidamente doadora de órgãos e tecidos, salvo manifestação expressa em sentido contrário na Carteira de Identidade Civil ou no Registro Nacional de Habilitação²⁵⁷.

No entanto, através da nova regulamentação legal, as manifestações de vontade relativas à retirada “*post mortem*” de tecidos, órgãos e partes, constantes da Carteira de Identidade Civil e da Carteira Nacional de Habilitação, perderam sua validade a partir de 22 de dezembro de 2000.

²⁵⁷ A lei francesa adota o modelo do consentimento presumido. É o que se depreende da leitura do art. 2º, da Lei n. 76.1181, de 1996: “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”. No mesmo sentido a lei alemã: “A extração de órgãos será permitida para fins de transplante no caso em que o defunto não adotou outras determinações em vida” (Parágrafo 4.1, do Decreto de 4 de julho de 1975). A Itália também adotou o modelo do consentimento presumido, mais com determinadas especificidades, uma vez que a segunda parte do art.6º da Lei de 26 de junho de 1967 proíbe a extração de órgãos e tecidos, mesmo que o falecido não tenha manifestado oposição em vida, quando o cônjuge não separado, ou em sua falta, os filhos com 18 anos ou mais, ou na falta destes, os pais manifestarem oposição escrita a uma proposta formal do responsável pelas operações de extração. Sobre o assunto, consulte Alaércio Cardoso. **Responsabilidade civil e penal dos médicos nos casos de transplantes**. cit. p. 74.

Nesse sentido, o art. 2º da Lei n. 10.211/01 alterou a parte do citado dispositivo que previa o consentimento presumido para fins de transplante *post mortem*, sistema, aliás, baseado no modelo francês²⁵⁸, para o consentimento informado (*informed consent*) – ou seja, através desse novo modelo, a validade do consentimento do doador implica na capacidade de entender e de querer, o qual deve ser, antes de tudo, esclarecido²⁵⁹.

Dispõe a referida norma legal: “Art. 2º. *As manifestações de vontade relativas à retirada “post mortem” de tecidos, órgãos e partes, constantes da Carteira de Identidade Civil e da Carteira Nacional de Habilitação, perdem sua validade a partir de 22 de dezembro de 2000*”.

Ou seja, a partir desta data passou a vigorar a regra pela qual a retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo humano de pessoas falecidas depende da prévia autorização do cônjuge ou parente do *de cuius*, desde que maior de idade, devendo ser obedecida a linha sucessória,

²⁵⁸CARDOSOS, Alaércio. **Responsabilidade civil e penal dos médicos nos casos de transplantes**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.65.

²⁵⁹ GOGLIANO, Daisy. **O direito ao transplante de órgãos e tecidos humanos**. cit. p. 280. Para a autora, o simples consentimento, desprovido do esclarecimento necessário, do discernimento acerca da natureza do ato, torna inválida a disposição, principalmente, entre pessoas cujas condições sócio-culturais impossibilitam a doação de órgãos para transplante, por não compreenderem a natureza do ato e suas conseqüências e riscos.

reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas²⁶⁰.

Assim, é necessário que o potencial doador manifeste sua decisão em favor da doação de órgãos e tecidos de forma livre e consciente, como expressão interna de solidariedade e compaixão para com o próximo, o que não se coaduna de nenhuma forma com uma “imposição” estatal, porque o corpo humano é intangível, até mesmo pelo Estado²⁶¹, de forma que “qualquer obrigatoriedade legal no sentido de tornar compulsória a retirada de partes do corpo, após a morte, é atentado aos mais sagrados direitos da pessoa humana, à sua liberdade pessoal e à sua dignidade”²⁶².

Outra questão relativa ao consentimento do doador relativamente à disposição de seus órgãos e tecidos *post mortem* é a revogabilidade de sua decisão até o momento de sua morte.

²⁶⁰São os termos do art. 4º da Lei n. 9.434/1997, alterado pela Lei n. 10.211/2001.

²⁶¹ Maria Helena Diniz (**O estado atual do biodireito**. cit. p. 298) aponta a esse respeito: “Deveras, como a doação é um ato pessoal, ninguém, em regra, pode doar algo em lugar de outrem, gesto que deve ser fruto da consciência e da solidariedade humana. Isso representaria, indubitavelmente, uma intromissão inconveniente do Estado na vida privada (art. 5º, X, da CF) e na liberdade individual. Parece-nos que o governo não poderia ter obrigado os cidadãos a serem ou não doadores de órgãos e tecidos. Essa forma de doação não teria sido também uma profanação do corpo humano, que, vivo ou morto, deve, na verdade, ter o destino querido pelo seu proprietário?”

²⁶²GOGLIANO, Daisy. **O direito ao transplante de órgãos e tecidos humanos**. cit.p. 415.

Ora, a retratação da vontade deve ser livre, e despida de qualquer conseqüência, haja vista que o ato de doação constitui um ato de liberalidade do indivíduo²⁶³.

Ainda, é de ser mencionado que o consentimento acerca da disposição de órgãos para depois da morte, além de vislumbrar a hipótese de transplante, pode envolver o aproveitamento dos órgãos e tecidos para fins de pesquisa, se esta for a vontade do disponente²⁶⁴. É o que preconiza o art. 199, § 4º, da Constituição Federal de 1988²⁶⁵.

A Lei n. 10.211/2001 também inovou, ao nosso entender, de maneira positiva, ao estabelecer em seu artigo 4º, a exigência da autorização de parentes do falecido para a realização do transplante²⁶⁶.

De qualquer forma, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, deverá ser obedecido o princípio da proporcionalidade na ablação de órgãos, tecidos e partes do corpo morto, de modo a evitar

²⁶³ Santos Cifuentes (**Derechos personalísimos**. cit. p. 348) aduz nesse sentido: “*Repugna el vínculo impuesto por propia voluntad de esa esfera personalísima intangible; debe estar siempre reconocida y firme la libertad final decisoria, sin ningún tipo de consecuencias*”.

²⁶⁴ É a denominada doação de órgãos e tecidos com finalidade científica, que encontra respaldo também no art. 1º, da Lei 9.434/1997.

²⁶⁵ “§ 4º. A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos ou substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, ...”

²⁶⁶ “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”.

mutilações e dissecações desnecessárias que firam o sentimento de respeito à pessoa morta.

Também em respeito a este mesmo princípio, exige-se que após a remoção dos órgãos e tecidos, o cadáver seja condignamente recomposto e entregue aos parentes do morto ou aos seus responsáveis legais para o devido sepultamento ou cremação.

Outro requisito legalmente imposto para o transplante de órgãos e tecidos *post mortem* é a gratuidade da doação.

Tal como ocorre com os órgãos e tecidos retirados do corpo vivo, é proibida a comercialização de órgãos e tecidos retirados de cadáver, pois não obstante o cadáver seja *res*, está definitivamente fora do comércio.

Cite-se ainda, que, também a exemplo do que ocorre na legislação acerca do transplante de órgãos e tecidos entre vivos, são proibidas campanhas publicitárias no sentido de angariar órgãos de pessoa falecida para determinada pessoa ou instituição hospitalar, no entanto, é possível a veiculação de campanhas de informação da população acerca da doação *post mortem*, a fim de conscientizar a sociedade acerca da importância de sua colaboração.

Madalena Lima assevera a esse respeito: “A crescente tendência para conceder ao doente liberdade de expressão, sobre o que lhe é mais conveniente, com uma classe médica dialogante, fez com que houvesse que encarar a necessidade de consentimento informado. A lei veio consagrar a idéia do consentimento expresso, o qual se regerá pelos princípios nos quais assenta o consentimento informado ou esclarecido²⁶⁷”.

Por todo o exposto, acreditamos que cada vontade individualmente manifestada, seja ela no sentido da doação ou não, por seu valor e dignidade, deve ser respeitada quer pelo Estado, quer pela sociedade. Não podemos estabelecer uma regra geral de doação em favor de um pretenso bem comum, que seria salvar um maior número de vidas, se a condição para tanto afrontar o direito individual e sagrado que cada indivíduo possui de salvaguardar seus bens mais preciosos: vida, saúde, integridade.

²⁶⁷LIMA, Madalena Lima. **Transplantes**. cit. p. 96.

4.3 Aspectos éticos, morais e sociais acerca dos transplantes de órgãos e tecidos.

A grande preocupação ética e moral envolvendo os avanços da medicina notadamente quanto aos transplantes é que, “ao mesmo tempo em que o devir do progresso humano permite a invenção da novidade, o aumento de conhecimentos e o alargamento das possibilidades de um bem-estar maior trazem o risco do imponderável, da agressão à natureza e à própria espécie humana. E o grande perigo da produção de novidades sem nenhum tipo de refreamento consiste na possibilidade de serem violados direitos humanos fundamentais”,²⁶⁸ como o direito à vida e à saúde física e psíquica do indivíduo.

Porque, não obstante seja louvável o constante aprimoramento e progresso das ciências médicas, é imperioso que não se chegue ao ponto de uma superação do homem pela ciência.

²⁶⁸COAN, Emerson Ike. Biomedicina e Biodireito. Desafios bioéticos. Traços semióticos para uma hermenêutica constitucional fundamentada nos princípios da dignidade da pessoa humana e na inviolabilidade do direito à vida, *in* **Biodireito – Ciência da vida, os novos desafios**. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos (coordenadora). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 247.

Dessa forma, o objeto dos transplantes não pode ter por finalidade qualquer ato, mesmo terapêutico, que implique em ofensa à moral e à ética²⁶⁹.

Assim, para a realização de transplantes há de se ter em vista sempre os direitos inerentes ao ser humano, esteja ele na qualidade de doador ou de receptor de órgãos e tecidos, sob pena desta modalidade de tratamento apresentar-se lesiva à dignidade humana, evocando uma espécie de sujeição do homem sobre o homem, o que sem dúvida encontra-se dissociado dos limites éticos e morais resguardados pelo ordenamento jurídico.

Melhor dizendo, existe um fundado receio de descontrole quanto aos limites que a ciência pretende engendrar, sobretudo moral e ético, olvidando-se da pessoa enquanto sujeito, tomando-a apenas como um objeto.

Pois o homem, no decorrer de sua evolução histórica, como bem aduziu Fagundes Júnior, ao impulso de supostas grandes utopias e em nome do que procurou fazer crer fosse a ética, lançou mão de métodos imorais, perpetrando abomináveis crimes e injustiças e sob o pretexto de conduzir os povos para o bem, abusou da falaciosa idéia de que os

²⁶⁹ GOGLIANO, Daisy. **O direito ao transplante de órgãos e tecidos humanos**. cit. p. 415.

fins justificariam os meios, nesse sentido é defeso, em nome de promessas de melhoria da qualidade de vida, que se pratiquem atentados contra a existência, às liberdades individuais e à inviolabilidade da pessoa humana²⁷⁰.

Enfim, a cada progresso que a ciência, nas suas mais variadas formas de manifestação experimental, surge para o jurista a tarefa de eticizar e justificar juridicamente essa sucessão de fatos, a partir de exigências fundamentais tomadas da ordem ontológica²⁷¹, porque não se pode negar ao ser humano a realização de sua humanidade no seio da sociedade a que pertence, pois o fundamento do direito não se encontra na atividade utilitária da ciência ou do Estado, mas sim, na preservação do homem.

²⁷⁰ FAGUNDES JÚNIOR, José Cabral Pereira. Limites da ciência e o respeito à dignidade humana, in **Biodireito – ciência da vida, os novos desafios**. cit. p. 268 e 271

²⁷¹ Sobre o assunto, consulte Eduardo de Oliveira Leite (O direito, ciência e as leis da bioética in **Biodireito – Ciência da vida, os novos desafios**. p.98)para quem “o direito deve, seguramente, intervir no campo das técnicas biomédicas, quer para legitimá-las quer para proibir ou regulamentar outras. Trata-se de estimular o desenvolvimento da ciência dentro de suas fronteiras humanas e, ao mesmo tempo, de desestimulá-la quando passa a avançar na direção de limites desumanos e iatrogênicos”. Vide também Maria

4.5 Principais disposições legais acerca da matéria no Brasil

Os movimentos desencadeados a partir da segunda metade do século XX geraram a edificação de princípios universais para a defesa da personalidade humana.

Também a Constituição Federal de 1988 dedicou-se a essa tarefa e já em seu preâmbulo, fez constar a proteção aos direitos fundamentais da pessoa, exaltando o tão importante princípio da dignidade da pessoa humana.

A seguir, encontramos no art. 5º da Carta Magna, a previsão dos direitos individuais, mediante a inserção de novas figuras e de novos mecanismos de garantia, ampliando-se, sensivelmente, o rol dos direitos fundamentais contemplado na Constituição de 1967.

Cuidando especificamente da matéria relativa ao transplante de órgãos e tecidos, a Constituição de 1988, trouxe disposição específica em seu artigo 199, parágrafo 4^{o272}, relegando à legislação ordinária a função de regulamentar a questão relativa aos transplantes, ressaltando,

Celeste Cordeiro Leite dos Santos (**O equilíbrio do pêndulo. A Bioética e a lei. Implicações médico-legais.** São Paulo: Ícone Editora, 1998.)

²⁷² Reza o referido dispositivo: “ *A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização*”.

todavia, a gratuidade de que deve vir revestido o procedimento, através da proibição expressa de todo tipo de comercialização envolvendo o transplante de órgãos e tecidos.

Já o Código Civil brasileiro em vigor - Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 -, dedica todo um capítulo aos direitos da personalidade, e reflete uma mudança paradigmática do direito civil que reconhece a proteção da pessoa humana como valor máximo dentro do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, encontramos a previsão dos direitos da personalidade na parte geral do Código, no Livro I – Das Pessoas, no Título I – Das Pessoas Naturais, no Capítulo II, compreendidos os artigos 11 a 21, ao contrário do que acontecia no Código de 1916, que não continha disposição expressa acerca dos direitos da personalidade, com exceção ao direito de imagem (art. 666, X), ao segredo de correspondência (art. 671, parágrafo único) e ao direito moral de autor (arts. 649; 650, parágrafo único; 651, parágrafo único e 658).

A disposição relativa ao transplante de órgãos e tecidos está inserida nos artigos 13, 14 e 15, nos seguintes termos:

“Art.13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial”.

“Art. 14. E válida, com objetivo científico ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo”.

“Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.

Da interpretação dos citados dispositivos, temos que o legislador pretendeu proteger a integridade psicofísica da pessoa.

O art. 13, por exemplo, revela uma forte inspiração da lei italiana, especificamente do art. 5º do código civil italiano, que dispõe que os atos de disposição do próprio corpo são vetados quando ocasionem uma diminuição permanente da integridade física, ou quando sejam contrários às leis, à ordem pública e aos bons costumes.

Por outro lado, o art. 14 formaliza o entendimento sobre a faculdade de disposição gratuita do próprio corpo para depois da morte.

No art. 15, o legislador tratou da prerrogativa conferida ao paciente de recusar-se à submissão de determinado tratamento médico, avançando consideravelmente num assunto antes adstrito à seara médica.

Nesses termos, é indubitável que o código civil brasileiro, seguindo os moldes da codificação italiana, evoluiu no tratamento aos direitos da personalidade, incorporando à legislação pátria o dever de preservação da pessoa, quer da invasão ilícita estranha, quer do uso abusivo que ela mesma possa fazer de si mesma²⁷³.

Relativamente à legislação especial da matéria em exame, a primeira lei a dispor acerca da matéria no Brasil foi a Lei n. 4280/63, que foi revogada pela Lei n. 5479/68, substituída pela Lei n. 8.489/92, que foi regulamentada pelo Decreto n. 879/93, que por sua vez, foram substituídas pela Lei n. 9434/97, regulamentada pelo Decreto n. 2.268/97 e alterada pela Lei n. 10.211/01, atualmente em vigor.

Com efeito. Da exegese dos referidos dispositivos legais, sublinhamos alguns aspectos²⁷⁴:

- doação de órgãos e tecidos voluntária e gratuita, sendo proibida a mercantilização de órgãos e tecidos humanos, por afrontar à dignidade da pessoa humana, os preceitos de ordem pública e os bons costumes;

²⁷³OLIVEIRA, Moacyr de. **Evolução dos direitos da personalidade**. cit. p. 29.

- a doação de órgãos, tecidos e partes do corpo entre vivos destina-se a tratamento ou transplante e alcança o cônjuge e os parentes consanguíneos até o quarto grau, inclusive;
- a doação *post mortem* de órgãos e tecidos humanos para transplante pode ser feita para qualquer pessoa;
- o transplante o enxerto só se fará com o consentimento do receptor; no caso de receptor incapaz, o consentimento será dado por um de seus pais ou responsáveis legais; notificação compulsória de morte encefálica, para fins de retirada de órgãos e tecidos para serem transplantados, pela instituição hospitalar à Central de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos (CNCDO) de sua respectiva unidade da Federação; doação afirmativa de órgãos, tecidos e partes do corpo humano em oposição à doação presumida constante da Lei n. 9434/97.

Ora, a Lei 10.211/01 alterou o critério da doação presumida estabelecido pela Lei n. 9434/97, que outorgava aos médicos o direito de retirar órgãos ou tecidos daqueles que não manifestaram oposição expressa na doação de órgãos, tecidos e partes do corpo *post mortem*, sem prévia consulta aos parentes ou representantes legais do falecido.

²⁷⁴ Utilizamos os aspectos mencionados por Maria Helena Diniz, in **O estado atual do biodireito**. cit. p. 255 –269.

Dessa feita, e com o intuito de minimizar a polêmica e os problemas advindos da doação presumida de órgãos, foi expedida a Medida Provisória n. 1959-27/00 que alterou a redação do art. 4º, *caput*, para a seguinte: “*A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas, para transplante ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização de qualquer um de seus parentes maiores, na linha reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, ou do cônjuge, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte*”.

Ressalte-se que as declarações de vontade relativas à doação de órgãos e tecidos e partes do corpo *post mortem* constantes das Carteiras de Identidade e/ou da Habilitação perderam sua validade a partir de 22 de dezembro de 2000, ou seja, com início da vigência da Lei n. 10.211/01, que substituiu o princípio do consentimento presumido pelo princípio do consentimento afirmativo em matéria de transplante de órgãos e tecidos²⁷⁵:

- permissão da doação de órgãos e tecidos entre vivos a qualquer pessoa capaz, desde que se trate de órgãos duplos ou partes renováveis do corpo humano, e desde que não traga riscos à saúde e à vida, nem

²⁷⁵ Apontamento de aula ministrada por Maria Helena Diniz, na cadeira de direito civil comparado – direitos da personalidade, em 15 de setembro de 2005.

comprometa as funções vitais ou estéticas (artigo 9º da Lei n. 9434/97, com redação da Lei n. 10.211/01);

- previsão da implantação de um Sistema Nacional de Transplante com a finalidade de desenvolver o processo de captação e distribuição de tecidos, órgãos e partes retiradas do corpo humano para finalidades terapêuticas (artigos 2º a 5º do Decreto n. 2.268/97); sendo que as CNCDOs, suas unidades executivas, terão a incumbência de²⁷⁶: coordenar as atividades de transplantes no âmbito estadual; promover a inscrição de potenciais receptores, com todas as indicações necessárias à sua rápida localização e à verificação de compatibilidade do respectivo organismo para o transplante ou enxerto de tecidos, órgãos e partes disponíveis de que necessite; classificar os receptores e agrupá-los segundo as indicações legais, em ordem estabelecida pela data de inscrição, fornecendo o necessário comprovante; comunicar ao órgão central do SNT as inscrições que efetuar para a organização da lista nacional de receptores; receber notificações de morte encefálica ou outra que enseje a retirada de tecidos, órgãos e partes para transplante, ocorrida em sua área de atuação; determinar o encaminhamento e providenciar o transporte de tecidos, órgãos e

²⁷⁶ Dec. n. 2.268/97, artigos 6º e 7º .

partes retirados ao estabelecimento de saúde autorizado em que se encontrar o receptor ideal; notificar o órgão central do SNT de tecidos, órgãos e partes não aproveitáveis entre os receptores inscritos em seus registros, para utilização dentre os relacionados na lista nacional; encaminhar relatórios anuais ao órgão central do SNT sobre o desenvolvimento das atividades de transplante em sua área de atuação; exercer o controle e a fiscalização sobre as atividades de que trata o Decreto n. 2.268/97; aplicar penalidades administrativas por infração às disposições da Lei n. 9.434/97, observando o devido processo legal, assegurado ao infrator o direito de ampla defesa, com os recursos a ela inerentes e, em especial, as disposições daquela lei, e, no que forem aplicáveis, as da Lei n. 6.437/77, e do Decreto n. 77.052/76; suspensão, cautelar, pelo prazo máximo de 60 dias, de estabelecimentos e equipes especializadas, antes ou no curso do processo de apuração de infração que tenham cometido, se, pelos indícios conhecidos, houver fundadas razões de continuidade de risco de vida ou de agravos intoleráveis à saúde das pessoas; comunicação da aplicação de penalidade ao órgão central do SNT que a registrará;

- credenciamento das CNCDOs concedido a título precário, requerendo revalidação;

- autorização a estabelecimentos de saúde e equipes especializadas, para promoverem retiradas, transplantes ou enxertos de órgãos e tecidos (artigos 4º, IV, 8º a 13 do Decreto n. 2.268/97), que deverá ser dada pela CSNT assistida por Grupo Técnico de Assessoramento (GTA) (Portarias n. 3.407/98, artigos 2º, 6º, 7º, 11, 12 e 18 a 32 e 2.109/98 do Ministério da Saúde, artigos 2º, parágrafos 2º, 4º e 5º).

- especificação dos critérios para seleção do doador de órgãos e tecidos, bem como o estabelecimento da necessidade de realização de todos os testes de triagem para diagnóstico de infecção e infestação exigidos por normas regulamentares expedidas pelo Ministério da Saúde (Leis n. 9.434/97, artigo 2º, parágrafo único, e n. 7.649/88) Ainda, o Decreto n. 2.268/97, artigos 25, I e II, 26 e parágrafo único;

- lista única nacional de receptores, contendo todas as indicações necessárias à busca, em todo o território nacional, de tecidos, órgãos e partes compatíveis com as suas condições orgânicas artigos 4º, III, 7º, II e III, do Decreto n. 2.268/9, artigos 33 a 38 da Portaria n. 3.407/98 do Ministério da Saúde. Todos os órgãos ou tecidos obtidos de doador cadáver que para a sua destinação contarem com receptores em regime de espera deverão ser distribuídos segundo o sistema de lista única. A inscrição dos pacientes dar-se-á na CNCDO com atuação na área de

sua residência pelo estabelecimento de saúde ou pela equipe responsável pelo seu atendimento. O paciente, ao ser inscrito no sistema de lista única, deverá receber do estabelecimento de saúde que encaminhou a sua inscrição o comprovante de sua inclusão expedido pela CNCDO, bem como as explicações específicas sobre os critérios de distribuição do órgão ou tecido ao qual se relaciona como possível receptor. A data de inscrição do paciente na lista única é o referencial para o cômputo do tempo de espera.

Tendo sido mencionados os principais pontos concernentes à temática em exame, diremos a respeito da responsabilidade jurídica decorrente dos transplantes de órgãos e tecidos humanos.

4.6 Responsabilidade jurídica decorrente dos transplantes de órgãos e tecidos

A responsabilidade jurídica decorrente dos transplantes de órgãos e tecidos exsurge da inobservância das disposições normativas acerca da matéria e abrange um largo espectro de condutas do agente, com repercussão nas esferas constitucional, civil, penal e administrativa.

Pode-se mesmo dizer que a responsabilidade jurídica decorrente dos transplantes envolve precipuamente a questão da responsabilidade médica advinda da cirurgia de ablação de órgãos e tecidos, ocasião em que se destaca a figura do erro médico.

Além disso, existem as sanções penais cominadas pelas pessoas que incidirem nas figuras tipificadas pela Lei n. 9434/97 e pelo Código Penal brasileiro.

Abrange ainda as sanções administrativas previstas pela lei de transplantes de órgãos e tecidos, bem como a responsabilidade civil patrimonial e extrapatrimonial, que muito embora não tenha sido prevista na lei específica, encontra regulamentação no Código Civil em vigor.

Feitas estas considerações, trataremos da responsabilidade civil decorrente do transplante de órgãos e tecidos.

A princípio podemos dizer que a tutela civil do direito ao transplante de órgãos e tecidos está fundada no binômio dano-reparação.

No caso de ilícito civil, pondera Sílvia Rodrigues, o interesse diretamente lesado em vez de ser o interesse público é o privado e a

reação a ele é representada pela indenização a ser exigida pela vítima do agente causador do dano²⁷⁷.

Não obstante a Lei n. 9434/97 seja silente a respeito da responsabilidade civil decorrente do transplante de órgãos e tecidos, o Código Civil em vigor traz disposições aplicáveis à matéria em seus artigos 948, 949, 950 e 951²⁷⁸.

Relativamente ao dano moral, doutrina e jurisprudência já estão sedimentadas no sentido de concebê-lo nas hipóteses de responsabilidade civil extrapatrimonial.

²⁷⁷RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil. Responsabilidade civil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 4. p.88.

²⁷⁸ “Art.948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I – no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II – na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

Art. 949. No caso de lesão ou ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas de tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.

Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de sua atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão ou inabilitação para o trabalho”.

Nessa linha, referindo-se ao artigo 5º, incisos V e X²⁷⁹, da Constituição Federal de 1988 e aludindo à importante evolução histórica do direito pátrio, Yussef Cahali²⁸⁰ assevera não caber qualquer questionamento a respeito da indenizabilidade do chamado dano moral puro.

Continua o autor dizendo que o homicídio decorrente da cirurgia de transplante, por exemplo, pode provocar para os sobrevividos danos de natureza patrimonial e danos morais, que, não obstante autônomos, admitem pretensão civil indenizatória cumulativa, nos termos da Súmula 37²⁸¹ do Superior Tribunal de Justiça.

Melhor dizendo, trata-se do chamado dano-reflexo, que tanto pode ser de ordem material como de ordem moral, ou seja, a lesão produzida contra a vítima (imediate) pode produzir conseqüências patrimoniais danosas para terceiros (mediata), que dela dependiam economicamente. Nesses casos, é inegável a existência de prejuízo econômico, que guarda nexa direto com o evento danoso²⁸².

²⁷⁹

²⁸⁰ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 118-119.

²⁸¹ “Súmula 37. São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

²⁸² “Responsabilidade civil – Morte – Pensão devida aos filhos – Limite de idade. I- Tratando-se de ressarcimento de dano material, a pensão será devida enquanto razoável admitir-se, segundo o que comumente acontece, subsistisse vínculo de dependência. Fixação do limite em vinte e quatro anos de idade quando, presumivelmente os

Posto isto, trataremos da questão relativa à responsabilidade médica decorrente da cirurgia de transplante de órgãos e tecidos.

João Antônio Neto²⁸³, nesse sentido, adverte que o médico que precipitadamente aplica métodos ainda não bastante comprovados, o que se descuida, por pressa, incúria ou excessivo entusiasmo – o que despreza precauções e diligência, ao medicar ou operar, e o ignorante da sua arte – deve ser responsável, por imprudência, negligência ou imperícia.

Maria Helena Diniz²⁸⁴, por sua vez, amparada pelo Código de Ética Médica, traz a lume os conceitos de erro médico, negligência, imprudência e imperícia aptos a ensejar a responsabilização civil do médico.

Nesse sentido, a autora aduz que o erro médico é, sob o prisma jurídico, o mau resultado involuntário, oriundo de falhas estruturais, quando as condições de trabalho e os equipamentos forem insuficientes para um satisfatório atendimento, ou de trabalho médico danoso ou paciente, que possa ser caracterizado como imperícia, imprudência ou negligência, gerando o dever de indenizar.

beneficiários da pensão já poderão ter completado sua formação, inclusive curso superior”. (STJ – Resp. nº 45495/RJ – Rel. Min. Waldemar Zveiter – j. 16/04/1996).

²⁸³ ANTÔNIO NETO, João. RF 235/8 *apud* Antônio Chaves. **Direito à vida e ao próprio corpo**. cit. p. 96.

Assevera ainda, que a imperícia é o despreparo técnico ou intelectual, que ocorre quando o médico faz mal o que deve fazer bem feito, pratica ato sem saber o que deveria conhecer em razão de seu ofício ou deixa de observar as normas técnicas por despreparo prático.

Aduz que a imprudência configura-se quando o médico, sem a devida cautela, faz o que não deveria ser feito. Consiste num ato positivo, ou seja, num atuar excessiva e irrefletidamente, provocando dano ao paciente, expondo-o a riscos desnecessários.

Refere também à negligência, como a situação em que o médico deixa de fazer o que deveria ter sido feito. Trata-se de descaso nos compromissos assumidos profissionalmente e da falta de observância dos deveres exigidos pela situação em que se encontrar. É uma atitude negativa por parte do médico que não se empenha no tratamento do paciente, não age com a necessária diligência e não tem o cuidado solícito que a atenção ao paciente exige.

Saliente-se que, em qualquer hipótese, caberá ao médico a prova de que não agiu culposamente, ante o princípio da inversão do ônus da prova, imposto pelo artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do

²⁸⁴DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. cit. p. 587.

Consumidor²⁸⁵, pois o médico deve agir com a máxima cautela e capacidade profissional, não podendo deixar de lado, em qualquer hipótese, a dignidade da pessoa humana.

No entanto, para que efetivamente ocorra erro médico, deverá necessariamente haver nexo de causalidade entre a conduta do médico e o dano sofrido pelo paciente em sua saúde ou vida.

Assim, agindo o médico em desacordo aos ditames do Código de Ética Médica e incorrendo em erro médico, deverá ser responsabilizado pelos danos materiais e morais a que tiver dado causa.

Particularmente em relação ao transplante de órgãos e tecidos humanos, incorrerá em crime o médico que deixar de observar o disposto no Código de Ética Médica e, dentre outras coisas:

- retirar órgão de doador vivo incapaz (artigo 74);
- participar na comercialização de órgãos ou tecidos humanos (artigo 75);
- participar na tomada de decisões que são da alçada do paciente (artigo 67);

²⁸⁵ De acordo com o referido dispositivo, a prestação de serviços médicos está inserida no rol das denominadas relações de consumo, sujeitando-se assim, às especificidades próprias dessa matéria, como é o caso do princípio da inversão do ônus da prova aplicável às relações consumeiristas.

O próprio Código Civil, em seu artigo 186²⁸⁶, dispõe acerca da responsabilidade médica motivada por ato ilícito.

A exemplo de Maria Helena Diniz²⁸⁷, entendemos que a responsabilidade médica é contratual, salientando que apenas excepcionalmente há que se falar em responsabilidade delitual, quando o médico cometer um ilícito penal ou violar normas regulamentares da profissão.

Sustentamos tal entendimento por acreditarmos que o médico que atende a um chamado, firma implícita ou explicitamente, um contrato de prestação de serviços com o paciente ou com a pessoa que o chamou em benefício do enfermo, e no caso de existir contrato escrito, o médico não poderá inserir cláusula de não indenizar para exonerar-se da responsabilidade civil subjetiva por dano patrimonial e moral que vier a causar ao paciente, pois apenas se poderá admitir como excludentes de tal responsabilidade, a ausência de culpa motivada por caso fortuito ou força maior²⁸⁸.

²⁸⁶ “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

²⁸⁷ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. cit. p. 593.

²⁸⁸ Idem, *ibidem*.

Bueres²⁸⁹, a seu turno, cita os casos em que o médico incorre em responsabilidade aquiliana:

- a) nulidade do contrato celebrado entre médico e paciente;
- b) prestação espontânea de serviço profissional pelo médico que socorre a vítima de acidente em via pública;
- c) prática de crime por parte do profissional da saúde;
- d) imposição da relação médico-paciente por força de serviço militar ou para ingresso em algum emprego;
- e) exercício da atividade médica contra a vontade do paciente;
- f) atendimento médico feito a um paciente em razão de pedido de pessoa que não seja sua representante legal ou convencional;
- g) prestação de serviço médico a incapaz, em virtude da impossibilidade de obter autorização de seu representante legal;
- h) prejuízo material ou moral sofrido pelo paciente em razão de incêndio ocorrido no consultório, por ocasião de uma consulta médica.

²⁸⁹BUERES, Alberto Bueres, Responsabilidad civil de los médicos *apud* Maria Helena Diniz. **O estado atual do biodireito**. cit. p. 593.

Saliente-se ainda que, todo aquele que de alguma forma participar da lesão ao paciente, ainda que não seja médico, mas desde que exerça função profissional correlata e tenha efetivamente participado do dano, será incluído no rol da responsabilidade médica, é o caso por exemplo, da enfermeira, assistente, etc. É o que se denomina responsabilidade médica derivada.

Mencione-se também que proprietários e diretores de hospitais também estão incluídos no rol daqueles que têm responsabilidade médica, não importando que o tratamento tenha sido gratuito.

De onde se depreende que os proprietários e diretores de hospital respondem por danos ou lesões acarretados ao paciente durante o período da internação, decorrentes, dentre outras coisas, pela falta de diligência necessária à prestação dos serviços médico-hospitalares, pelo simples fato de existir um contrato de prestação de serviços entre o hospital e o paciente.

A responsabilidade, nesses casos, é objetiva, sendo facultada a ação de regresso contra o profissional da saúde que efetivamente tiver incorrido em erro médico ou em crime.

CAPÍTULO V – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, e considerando a situação atual do direito ao transplante de órgãos e tecidos humanos, concluímos que:

1. Sob a denominação direitos da personalidade, compreendem-se os direitos personalíssimos e essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, dentre os quais situa-se o direito ao transplante de órgãos e tecidos humanos;
2. Os direitos da personalidade, segundo nossa concepção jusnaturalista clássica, consubstanciam-se em direitos inatos do indivíduo; portanto, estão indissociavelmente ligados à pessoa humana desde o seu nascimento com vida;

3. Sua natureza jurídica é a de direitos subjetivos privados extrapatrimoniais;
4. Os direitos da personalidade são absolutos, imprescritíveis, irrenunciáveis, extrapatrimoniais, intransmissíveis, vitalícios, absolutos, essenciais e indisponíveis e têm como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana.
5. Alcançam todos os bens da personalidade da pessoa, sendo que os mais importantes são a vida, a saúde, a integridade física e psíquica e a liberdade do indivíduo.
6. Apenas aos maiores de dezoito anos plenamente capazes é dado o direito de exercer isoladamente os direitos da personalidade, ou seja, no caso dos juridicamente incapazes é imprescindível a representação ou assistência, nos termos da lei.
7. O exercício dos direitos da personalidade é limitado pelos preceitos de ordem pública, pela moral e pelos bons costumes; porque a lei condena de modo geral todo abuso de direito²⁹⁰.
8. A tutela dos direitos da personalidade deve ser integral - abrangendo a responsabilidade civil, penal e constitucional, além de ser aplicável a toda e qualquer situação em que haja lesão aos bens da

²⁹⁰ OLIVEIRA, Moacyr de. **Evolução dos direitos de personalidade**. Revista dos Tribunais p. 402/29.

personalidade da pessoa, no âmbito civil pode ser realizada por intermédio de ações cautelares seguidas pelas ações principais.

9. Ainda quanto à tutela civil dos direitos da personalidade, é lícita a cumulação do ressarcimento material e moral, nos termos da Súmula 37 do STJ.

10. O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que constitui pré-requisito à existência e exercício de todos os demais.

11. O que o ordenamento jurídico efetivamente tutela é o direito de todo ser humano de nascer e de manter-se vivo, e não a faculdade que o indivíduo tem de escolher entre permanecer ou não vivo, de onde se depreende que o direito à vida não é um direito ilimitado²⁹¹;

12. O direito à vida é juridicamente tutelado nas esferas constitucional, civil e penal;

13. O direito à vida relaciona-se ao direito ao transplante de órgãos e tecidos humanos, não apenas no que se refere à possibilidade de “salvar a vida” de um enfermo, mas também no sentido de que todas as vidas merecem ser vividas até o fim;

²⁹¹ José Castan Tobeñas (**Los derechos de la personalidad**. cit. p.35) nesse sentido, afirma: “ *El derecho a la vida no es, por lo demás, ilimitado. La vida, según la filosofía católica, no es fin en sí, sino, medio y condición para que el hombre realice su destino, y, por conseguinte, el derecho a su conservación está condicionado a las leyes supremas de la Moralidad y la Justicia*”.

14. O corpo humano, suas partes destacadas e o cadáver, embora considerados *res*, estão definitivamente fora do comércio, constituindo bem personalíssimo da pessoa, assim, além de ilegal, será considerada imoral a comercialização de qualquer órgão ou tecido do corpo humano.

10. Os atos de disposição do próprio corpo em vida estão limitados aos preceitos de ordem pública, à moral e aos bons costumes. Ora, a lei veda todo abuso de direito;

11. A doutrina tradicional dos direitos da personalidade tem como objeto a pessoa em todos os aspectos de sua existência e desdobra-se na identificação de variados direitos, correspondentes a cada aspecto importante da personalidade humana²⁹², nesse sentido concebemos o direito ao transplante de órgãos e tecidos como um dos muitos direitos da personalidade.

12. O bem jurídico tutelado pelo direito ao transplante de órgãos e tecidos é a vida, a saúde, a integridade física, psíquica, estética e a liberdade; enfim, a integridade e a dignidade da pessoa humana.

²⁹² GARCIA, Enéas Costa. **O direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro.** cit. p. 7. Importante mencionar que alguns doutrinadores (como por exemplo, Regelsberger (**Pandekten**, Leipzig, 1893, p. 197) admitem a existência de apenas um direito da personalidade que garanta toda a esfera individual, em seus múltiplos aspectos e manifestações. Negam, pois a existência de variados direitos da personalidade, como propõe a doutrina tradicional.

13. De qualquer forma, o transplante de órgãos, tecidos e partes do corpo somente poderá ser realizado, quando configure uma necessidade terapêutica indispensável do receptor, haja vista que a submissão de paciente a transplante não imprescindível, além de configurar ilícito moral, pode acarretar a responsabilização jurídica por crime culposo, se provada a negligência ou a imperícia, ou ainda, por crime doloso, bastando para tanto a verificação do dolo eventual.

14. O consentimento validamente manifestado, despido de qualquer espécie de vício é requisito essencial à realização de transplante entre vivos e *post mortem*.

15. É admissível o transplante de órgãos e tecidos entre vivos, desde que a ablação do órgão ou tecido (i) não implique em prejuízos permanentes à saúde física e mental do doador, (ii) não ponha sua vida em perigo, (iii) não cause deformidade estética, ou (iv) lhe diminua a capacidade orgânica funcional.

16. A lei restringe de certa forma, a doação de órgão ou tecido de pessoa viva aos indivíduos maiores e capazes, com exceção da gestante, que por estar em período de sobrecarga em seu organismo, fica vedada de participar do procedimento do transplante, ressalvado o caso de extração de medula óssea, se da cirurgia não resultar perigo

para a mãe ou para o feto. A mesma restrição aplicável à gestante é estendida ao juridicamente incapaz.

17. Não obstante a comprovação da ocorrência de morte encefálica seja o critério determinante para a ablação de órgãos tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante *post mortem*, segundo a Resolução n. 1480/1997 do Conselho Federal de Medicina, entendemos que a lei não deveria prever um critério fechado e preestabelecido para a constatação da morte para fins de transplante, ao contrário, entendemos que a questão deveria ser deixada em aberto, para ser respondida pela Medicina, de acordo com os enormes avanços que a caracterizam²⁹³;

18. O art. 4º da Lei n. 9434/1997 foi alterado pela Lei n. 10.211/2001, desta forma houve a mudança do sistema da oposição ou dissentimento do doador, através do consentimento presumido, para o consentimento informado ou expresso, assim, a doação *post mortem* dependerá da manifestação expressa da vontade do indivíduo acerca da destinação de seu cadáver para depois da morte, e/ou do consentimento expresso de seu cônjuge, ou parente, em linha reta ou colateral, até o segundo grau inclusive.

²⁹³ Apoiamos nosso entendimento nas lições de José Adriano Marrey Neto.

19. Deverá ser obedecido o princípio da proporcionalidade na ablação dos órgãos e tecidos retirados de cadáveres, de modo a evitar-se dissecações e mutilações que não sejam indispensáveis, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Também em razão deste princípio existe a obrigação de reconstituição do cadáver para posterior devolução à sua família para sepultamento ou cremação.

20. As principais disposições legais acerca da matéria estão no art. 199, parágrafo 4º, da Constituição Federal, arts. 13, 14 e 15 do Código Civil em vigor, além das leis específicas que regem o assunto: Lei n. 9434/1997, regulamentada pelo Decreto n.2.268/1997 e alterada pela Lei n. 10.211/2001..

21. A responsabilidade jurídica decorrente do transplante de órgãos e tecidos está baseada no binômio dano-reparação, assim, presente o nexo de causalidade entre a conduta do agente (médico) e o dano ocorrido, haverá a necessidade de reparação do dano causado, civil e/ou criminalmente.

22. Por fim, entendemos que o direito ao transplante de órgãos e tecidos contribui sensivelmente para a sedimentação do princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que o espírito de solidariedade humana paira acima de meros preconceitos e porque

sem dúvida trazem a possibilidade de salvaguarda do maior bem da personalidade: o direito à vida.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales.**

Madrid:Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade.** Rio de

Janeiro: Forense Universitária, 2004.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral.** São Paulo Revista dos

Tribunais, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.**

Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1998.

CARDOSO, Alaércio. **Responsabilidade civil e penal dos médicos**

nos casos de transplantes. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

CARNEIRO, Eliana Faleiros Vendramini. **Aspectos penais da lei de transplante de órgãos**. São Paulo, 2005. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2005.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. **El medico y el derecho penal: I – La atividade curativa (licitud y responsabilidad penal)**. Barcelona: Bosch, 1979.

CATÃO, Marconi do Ó. **Biodireito: transplantes de órgãos humanos e direitos de personalidade**. São Paulo: Madras, 2004.

CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantes**. 2.ed. ver. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CHAVES, Antônio (coordenador). **Estudos de direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

_____. **Lições de Direito Civil.** São Paulo: J. Bshatsky, 1972.
Parte Geral. v.3.

CIFUENTES, Santos. **Derechos personalísimos.** 2. ed. act. e a ampl.
Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias (coordenador). **Constituição Federal de 1988: dez anos (1988-1998).** São Paulo: J. de Oliveira, 1999.

COSTA, Judith Martins e Branco, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva. 2002.

COUTO, Antonio; SLAIB FILHO, Nagib ; ALVES Geraldo Magela (coordenadores). **A responsabilidade civil e o fato social no Século XXI.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CROCE, Delton e CROCE JÚNIOR, Delton. **Manual de medicina legal.** São Paulo: Saraiva, 1998.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Trad. de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Curso de direito civil**. v. 1, Teoria Geral do Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Ano VI, n.6 –junho de 2005.

FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos privados da personalidade. **Revista dos Tribunais**, 370/7.

_____. **Instituições de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. **Manual de direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. t.1, v.2.

GARCIA, Enéas Costa. **O direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro**. São Paulo, 2005. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005.

GOGLIANO, Daisy. **O direito ao transplante de órgãos e tecidos humanos**. São Paulo, 1986. 306p. Tese (Doutorado)-Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1986.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. **Direitos de personalidade**. Revista Forense, 216/5

JESUS, Damásio E. **Código penal anotado**. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. Revista dos Tribunais, 1994.

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

LIMA, Madalena. **Transplantes**. Coimbra: G.C. – Gráfica de Coimbra, 1996.

LOTUFO, Renan (coordenador). **Direito civil constitucional**. Caderno 3. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MARREY NETO, José Adriano. **Transplante de órgãos: disposições penais: notas às disposições penais contidas na Lei n. 8.489, de 18.11.1992**. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Transplantes de órgãos – nova disciplina. Lei Federal 8.489, de 18.11.92.** Revista dos Tribunais, 1983. v. 691.

MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. **Direitos da personalidade *post mortem*.** São Paulo, 2006. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Sistema Nacional de Transplantes. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/transplantes/integram.htm>>. Acesso em 10 de agosto de 2006.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado – direitos da personalidade.** Rio de Janeiro: Borsóii, 1955. t.VII.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil.** Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1958.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2003.

Morte encefálica. Disponível em:
<www.unifesp.br/dneuro/morteencefalica.htm>. Acesso em: 15 de agosto de 2006.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Noções preliminares de direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NOBRE, Freitas. **O transplante de órgãos humanos à luz do direito**. Brasília: Coordenada- Editora de Brasília, 1975.

OLIVEIRA, Moacyr de. **Evolução dos direitos da personalidade**. Revista dos Tribunais 402/29.

OTERO, Paulo. **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética.** Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

PARILLI, Ricardo Antequera. **El derecho, los transplantes y las transfusiones.** Barguisimetro: Dcola, 1980.

PERLINGIERI, Pietro. **La personalità umana nell'ordinamento giuridico.** Camerino: Jovene, 1972.

_____. **Perfis do direito civil.** Tradução de: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. **Problemas atuais de bioética.** São Paulo: Loyola, 1994.

PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido na teoria do delito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PLANIOL, Marcel. **Traité Élémentaire de Droit Civil**. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1922. t.I.

PORTAL médico – CFM. Disponível em <www.portalmedico.org.br>
Acesso em: 10 de agosto de 2006. (Homepage desenvolvida pelo Conselho Federal de Medicina).

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. São Paulo: Max Limonad, 1952. v.2.

RAVÀ, Adolfo. **Instituzioni di diritto privato**. Padova: Cedam, 1938.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1988.

REALE JÚNIOR, Miguel. Aspectos jurídicos do ato médico no transplante de órgãos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 424.

ROCHA, Maria Isabel de Matos. Transplantes de órgãos entre vivos: as mazelas da nova lei. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 1986. v. 742.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil – parte geral**. São Paulo: Saraiva, 1996. v.1.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. **Biodireito. Ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Transplante de órgãos e eutanásia: liberdade e responsabilidade: abordagem filosófica, religiosa e penal, limites éticos e jurídicos da experimentação humana, responsabilidade penal dos médicos, eutanásia, ortotanásia e distanásia, aborto eugênico e ética médica**. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. Mercado de órgãos, sangue, fetos, barriga de aluguel. Aspectos ético-jurídicos. **Cadernos do IFAN (Instituto Franciscano de Antropologia da Universidade**

São Francisco). Temas de bioética / Antonio Moser Bragança
Paulista: IFAN, 1995. p. 27 -35.

SERPA, Luís Paulo. **Paciente terminal. Direito à vida e direito de morrer.** Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 2003.

SERRAVALLE, Paola D`addino. **Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana.** Camerino: Scuola di perfezionamento in diritto civile dell`Università di Camerino.

SILVA, Andiará Roberta; SPENGLER NETO, Theobaldo.
Transplantes de órgãos e tecidos: uma abordagem constitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 855, 5 nov. 2005. Disponível em: <
<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7541>>. Acesso em: 24 de ago. 2006.

SILVA, Edson Ferreira. Os direitos da personalidade são inatos? .
Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 694/21.

SILVA, Paulo José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

TEPEDINO, Gustavo. **Atualidades de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TOBEÑAS, José Castan. **Los derechos de la personalidad**. Madrid: Editorial Tecnos, 1975.

TODOLI. **Ética dos transplantes**. São Paulo: Merder, 1968.

VATICANO. Discurso do Santo Padre João Paulo II aos participantes do XVIII Congresso Internacional sobre os transplantes. Disponível em < www.vatican.va/holy-father/john-paul-ii/speeches/2000/jul-sep/documents/hf>. Acesso em 10 de agosto de 2006.

VIDE, Carlos Rogel. **Derecho de la persona**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, ano.

VON THUR, Andreas. **Derecho civil: Teoria General del Derecho Civil Alemàn.** Buenos Aires: Desalma, 1946.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. Transplantation. Disponível em <www.who.int/transplantation/en/> Acesso em 10 de agosto de 2006.