

OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E O TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS HUMANOS NO BRASIL

Walber Cunha Lima¹

RESUMO

Faz-se uma análise histórica dos direitos da personalidade, seu objeto e sua natureza jurídica e aborda-se a integridade física como uma das expressões dos direitos da personalidade. Discute-se a relativização da integridade física enquanto direito da personalidade e examina-se o procedimento de transplante à luz da Lei de Doação e Transplante de Órgãos Humanos (Lei nº. 9.434/97), destacando-se a relevância do papel do Biodireito e da Bioética nos transplantes de órgãos.

Palavras-chave: Direitos da Personalidade. Doação de Órgãos Humanos. Biodireito. Bioética.

LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD Y EL TRASPLANTE DE ÓRGANOS HUMANOS EN BRASIL

RESUMEN

Se hace un análisis histórica de los derechos de la personalidad, su objeto y su naturaleza jurídica y se aborda la integridad física como una de las expresiones de los derechos de la personalidad. Se discute la relatividad de la integridad física mientras el derecho de la personalidad y se examina el procedimiento de trasplante según la Ley de Donación y Trasplante de Órganos Humanos (Ley nº 9.434/97), destacándose la relevancia del papel del Bioderecho y de la Bioética en los trasplantes de órganos.

Palabras claves: Derechos de la Personalidad. Donación de Órganos Humanos. Bioderecho. Bioética.

¹ Advogado. Professor e Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte-FARN. E-mail: walber@farn.br.

1 INTRODUÇÃO

As relações sociais encontram-se em constante adequação às mudanças globalmente ocorridas decorrentes dos avanços científicos e tecnológicos. Nesse contexto, o direito, enquanto produto sócio-cultural, necessita encontrar soluções para as novas e diversas questões que surgem, não somente como forma de promover pacificação social, mas também para que não se coloque em risco os direitos inerentes ao ser humano enquanto pessoa.

Com efeito, dentre os avanços tecnocientíficos pode-se citar os transplantes de órgãos humanos, que assinalam um relevante progresso no campo da medicina, trazendo reflexos diretos no campo da ciência jurídica, pois esta se vê compelida a envolver-se em casos que impõem o seu pronunciamento.

Especificamente acerca dos transplantes de órgãos humanos, vários problemas de ordem ética e filosófica podem deles decorrer, cabendo ao direito dar-lhes as respostas jurídicas adequadas, como por exemplo, como e em quais condições as pessoas podem ser doadoras e receptoras de órgãos, sem que isso venha a violar a sua dignidade e os direitos inerentes a sua personalidade.

Nesse sentido, considerando a estreita relação existente entre os transplantes de órgãos humanos e os direitos da personalidade, analisaremos de forma pormenorizada ambos, iniciando com um breve histórico destes no Brasil.

Recorrendo à doutrina especializada, verificar-se-ão quais os limites de disposição do corpo humano para transplantes, tecendo-se breves comentários à legislação brasileira que trata da disposição do corpo humano para estes fins, relatando, ainda, as formas legalmente possíveis para a sua ocorrência.

Por fim, analisaremos a pertinência e o importante papel que tem sido revelado pela Bioética e pelo Biodireito na condução dos transplantes de órgãos humanos.

2 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Por muito tempo, a legislação civil brasileira, refletindo uma sociedade agrária e tradicionalista, preocupou-se com aspectos meramente patrimoniais do direito, tendo como foco principal as propriedades e os negócios jurídicos, relegando a segundo plano o ser humano e a sua valorização.

O Código Civil de 1916 (BRASIL, 2002 a)², enquanto esteve em vigor, retratou bem esse cenário, privilegiando os proprietários de bens e os credores de obrigações civis. Diante desse perfil conservador, poderíamos supor que o legislador daquela época não tinha qualquer conhecimento dessa categoria de direitos, o que não é verdade.

Na realidade, durante o governo imperial, antes mesmo da existência de qualquer código civil brasileiro, o jurista Teixeira de Freitas (apud BELTRÃO, 2005, p. 44), que foi o responsável pela Consolidação das Leis Civis, aprovada em 1858, já reconhecia a existência dos direitos da personalidade. Entretanto, para ele, tais direitos não poderiam ser dirimidos por um código civil, mas por leis administrativas.

Tal entendimento devia-se ao fato de que os direitos subjetivos da personalidade não deveriam ser tratados pela legislação civil, considerando-se que esta deveria cuidar dos direitos que não eram inerentes à pessoa, ou seja, ao direito privado não cabia a regulamentação de manifestações da personalidade do próprio sujeito, mas dos direitos patrimoniais mensuráveis economicamente.

Partindo dessa concepção, para o jurista acima mencionado, em razão dos direitos da personalidade não possuírem qualquer valor pecuniário, não poderiam eles ser regulados pelo direito civil, mas ter tratamento de direito político inserto na Constituição Federal e, em caso de violação desses direitos, caberia ao direito penal a aplicação de uma pena.

Igual entendimento possuía Clóvis Bevilacqua, o autor do projeto do Código Civil de 1916. Segundo Beltrão (2005, p. 44-45), fez ele uma classificação dos direitos tomando como base o objeto, o bem ou interesse sob proteção da ordem jurídica e, apesar de ter conhecimento dos direitos da personalidade, não estudou em sua obra esta categoria, visto que essa matéria encontrava-se regulada na Constituição Brasileira de 1891 (BRASIL, 2001), evitando-se, assim, a sua duplicação. Ademais, a proteção de alguns importantes direitos da personalidade já era realizada pelo direito penal, tais como a proteção ao direito à vida, à integridade física e à honra.

Por esta razão, o Código Civil de 1916 não contemplou em seu corpo textual os direitos da personalidade, pois não queria duplicar a Constituição Federal de 1891 que assegurava, no seu art. 72, alguns desses direitos, em caráter político, mostrando-se, pois, insensível à pessoa em si.

² Como as citações das Constituições, dos Códigos e das Leis serão recorrentes ao longo do presente escrito, referenciam-se em sua primeira citação.

Somente com o advento do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002 b), os direitos da personalidade passaram a ser disciplinados na esfera do direito privado brasileiro. Contudo, apesar de não ter havido uma previsão desta importante categoria de direitos no texto do código civil anterior (1916), não se pode dizer que a inclusão desses direitos no atual Código Civil (2002 b) foi um marco inovador, pois quando ele foi promulgado, a Constituição Federal de 1988 já estava em vigor, e foi através desta que os direitos da personalidade ganharam força, passando a ter destaque nas obras doutrinárias e na jurisprudência, porquanto muitas decisões judiciais já tratavam de alguns daqueles direitos, tais como o direito à privacidade, à imagem e à honra.

Isso se deve ao fato de ter sido erigido pela Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) um dos princípios basilares dos direitos da personalidade: o da dignidade da pessoa humana.

Desse modo, em consonância com o espírito da Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002 inovou ao destinar um capítulo inteiro da sua parte geral para tratar exclusivamente dos direitos da personalidade, fazendo com que fosse deixada para trás uma legislação com perfil essencialmente patrimonial, realizando uma verdadeira modificação axiológica na legislação civil ordinária.

3 OBJETO E NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Considerando que o estudo dos direitos da personalidade visa à tutela dos direitos essenciais e inerentes da pessoa humana, os quais estão a ela ligados de maneira contínua, podemos afirmar, sem qualquer receio, que o objeto desses direitos recai sobre o seu próprio titular.

Segundo Alberto Trabucchi (apud BORGES, 2008, p.245-246), os direitos de personalidade são direitos essenciais que visam a garantir as razões fundamentais da vida da pessoa e o desenvolvimento físico e moral de sua existência, tendo por objeto modos de ser da mesma pessoa.

Assim, ao contrário de outros bens, tais como a propriedade e o crédito, os direitos da personalidade não são exteriores ao seu titular, pois decorrem da manifestação da essência do ser humano.

Devido ao seu objeto, ou seja, exatamente em virtude de os direitos da personalidade incidirem sobre a pessoa do seu titular, ocasionou-se uma verdadeira celeuma na doutrina, mormente no tocante a sua natureza jurídica, pois vários estudiosos do assunto argumentaram que não poderia existir o

direito da pessoa sobre si mesma, pois estaria se justificando o suicídio, como afirma Bittar (apud BELTRÃO, 2005, p.35).

Todavia, apesar dessa não-externalidade, isso não implica concluir que a pessoa e os bens da personalidade coincidem, como bem adverte Beltrão (2005, p. 35):

Porém, esta não externalidade não significa dizer que a pessoa e os bens da personalidade são idênticos, pois o *modo de ser da pessoa* não é a mesma coisa da *pessoa* em si, como sujeito de direito; do contrário, entenderíamos que a pessoa seria ao mesmo tempo sujeito e objeto de si própria representando um *ius in se ipsum*.³

O questionamento de como possa alguém ter direito a animais que tenha adquirido e não possa ter direito a sua mão, aos seus pés e a sua cabeça foi formulado pelo jurista Adriano de Cupis (apud BELTRÃO, 2005, p. 35), o qual, partindo dessa premissa, concluiu que a inadmissibilidade da teoria *ius in se ipsum* é um defeito de construção jurídica e não uma apriorística impossibilidade lógica.

Na realidade, a maioria dos autores que nega a existência dos direitos da personalidade se apega ao fato da necessidade de uma relação jurídica externa entre o direito e o seu titular, como se evidencia na relação existente entre a coisa e seu proprietário, o que não ocorre com os direitos da personalidade.

A partir do entendimento acima esposado, Adolfo Ravá (apud CATÃO, 2004, p.105), sob a justificativa de que não se concebe a existência de um direito em que a pessoa seja, concomitantemente, sujeito e objeto, afasta a idéia de se considerar os direitos de personalidade como direitos subjetivos.

Rechaçando o entendimento de outrora, Miguel Maria Serpa Lopes (apud CATÃO, 2004, p. 106) é categórico ao pontuar que os direitos da personalidade são direitos subjetivos não-patrimoniais, pois, para ele, esses direitos:

³ Direito sobre a própria pessoa

[...] são definidos pelo objeto especial, consistente nos elementos constitutivos da personalidade do titular, tomada sob seus múltiplos aspectos, físico e moral, individual e social. Enquanto os demais direitos visam à defesa do gozo externo dos bens, os direitos da personalidade dirigem-se ao gozo de nós mesmos, assegurados ao indivíduo os seus valores estritamente pessoais [...]. Representa uma espécie de faculdade de conjunto, inerente ao homem, e contendo, em potência, os diversos direitos que realiza por sua vontade. Visam a categorias especiais de direitos, como os inerentes às condições de existência e de desenvolvimento do indivíduo no meio social, de onde se haver proposto a denominação de direitos de cada um sobre a sua própria pessoa.

Apesar dos diversos embates doutrinários, é dominante o entendimento atual acerca da existência dos direitos da personalidade e que eles estão enquadrados na categoria dos direitos subjetivos. Nesse aspecto, Catão (2004, p. 108) arremata aduzindo que “os direitos de personalidade pertencem aos direitos subjetivos comuns da existência, na medida em que são suficientes em si mesmos”.

4 DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA: UMA DAS EXPRESSÕES DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Consoante relatado antes, o Código Civil de 2002 foi inovador ao trazer em seu texto um capítulo inteiro tratando dos direitos da personalidade (arts. 11 a 21). Todavia, mesmo antes de ser promulgado, já se teciam várias críticas a ele em razão de não contemplar em seu texto legal todos os direitos da personalidade.

Entretanto, uma das características dos direitos da personalidade é exatamente a sua não limitação, de forma que o rol daqueles previstos no Código Civil é meramente exemplificativo e não taxativo.

Isso se deve em face dos avanços científicos e tecnológicos como a internet, a manipulação do gene, a imagem virtual, entre outros, os quais certamente tornam-se ameaças potenciais à pessoa humana. Dessa maneira, para enfrentá-las, direitos novos deverão surgir para regulamentar a proteção da sua personalidade, daí porque não se pode conceber como limitadas as espécies de direitos inerentes à personalidade.

Corroborando esse argumento, Borges (2008, p. 251) assevera:

Ao longo da história, novos direitos de personalidade têm sido identificados. Na medida em que a sociedade torna-se mais complexa e as lesões às pessoas proliferam, até mesmo como decorrência de certos usos da tecnologia, novas problemáticas demandam resposta jurídica. É o que ocorre no campo dos direitos de personalidade: são direitos em expansão. Com a evolução jurídica e o desenvolvimento da pesquisa sobre o direito, vão se revelando novas situações que exigem proteção jurídica e, conseqüentemente, novos direitos vão sendo reconhecidos. Por isso, os direitos de personalidade não são *numerus clausus*. Nem os direitos de personalidade presentes na Constituição Federal nem a listagem contida no texto do Código Civil de 2002 são listas exaustivas ou taxativas, uma vez que os direitos de personalidade não são unicamente aqueles direitos expressamente previstos, ou típicos.

Assim, constata-se que, em razão da sua extensão, os direitos da personalidade possuem diversas expressões dentre as quais poderíamos citar algumas como o direito à vida, à integridade física, à imagem, à privacidade, à honra, à liberdade. Nesse aspecto, é importante destacar que, em uma escala valorativa dos bens jurídicos tutelados, após o direito à vida humana, premissa existencial dos demais direitos da personalidade, tem-se o direito à integridade física.

Segundo Borges (2008, p. 262), a Constituição Federal, ao prever no caput do seu art. 5º o direito à “segurança”, estaria incluindo a garantia do direito à integridade física da pessoa, posto que segurança não só teria conteúdo patrimonial, mas, principalmente pessoal. Sem embargo, como toda pessoa natural está associada a um nome, a uma imagem, necessariamente está ela vinculada a um corpo, de modo que não existe pessoa natural sem corpo humano, o qual, por força desse dispositivo constitucional, deve ser protegido contra atos que possam lhe causar lesão.

Por essa razão, a proteção constitucional à integridade física não se encontra limitada no caput do art. 5º, mas em vários dos seus incisos, tais como no III (ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante); no XLVII (não haverá penas cruéis); no XLIX (assegura-se respeito aos presos, o respeito à integridade física e moral) (BRASIL, Constituição, 1988).

Diante de toda essa proteção jurídico-constitucional acerca da integridade física, indaga-se: Haveria liberdade de disposição da pessoa sobre o seu corpo para transplantes de órgãos? E sendo possível essa liberdade, qual seria o seu limite?

A resposta a esses questionamentos encontra-se no próprio texto constitucional, mais precisamente no título da ordem social, na seção da saúde em seu art. 199, § 4º, o qual dispõe que: "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" (BRASIL, Constituição, 1988).

Verifica-se, assim, que a própria Constituição Federal autoriza a disposição do próprio corpo para fins de transplantes observado o disposto em lei específica e a não comercialização.

5 TRANSPLANTE: CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO

É de extrema relevância, antes de abordarmos as questões da ocorrência dos transplantes de órgãos no Brasil, proceder a uma análise conceitual e classificatória, a fim de nos familiarizarmos com o tema ora em estudo.

Diniz (2009, p. 326) afirma que transplante é a amputação ou ablação de órgão, com função própria, de um organismo para ser instalado em outro e exercer as mesmas funções.

Para Ricardo Parili (apud DALVI, 2008, p. 101), é a retirada de um órgão ou material anatômico de um corpo, vivo ou morto, e sua utilização com fins terapêuticos em um ser humano.

Santos, citada por Catão (2004, p. 199) e Dalvi (2008,101), assevera que:

Trata-se de uma técnica cirúrgica denominada cirurgia substitutiva, que se caracteriza em essência porque se 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 a sua função.

Partindo desse contexto, poderíamos dizer que transplante seria a substituição, para fins terapêuticos, de um órgão humano total ou parcialmente deficitário, com a sua retirada e a inserção de um outro com idêntica função, oriundo de corpo vivo ou morto.

Para alguns doutrinadores, tais como Chaves (apud DALVI, 2008, p.102), haveria distinção entre o termo “transplante” e “enxerto”, pois para ele, este último seria a secção de uma porção de organismos, próprios ou alheios, para a instalação no organismo de outrem ou no próprio, com fins estéticos e terapêuticos, sem exercício de função autônoma. Ao passo que transplante seria a amputação ou ablação de um órgão, com função própria, de um organismo para instalar-se em outro, a fim de exercer neste as mesmas funções que no anterior.

Definições terminológicas à parte, a Lei dos Transplantes de nº. 9.434/97 (BRASIL, 2009) não faz qualquer diferenciação entre transplante e enxerto, razão pela qual, como bem observa Diniz (2009, p. 327), muitos doutrinadores empregam tais termos como sinônimos.

No tocante à categoria dos transplantes, estudiosos como Diniz (2009), Catão (2004), Dalvi (2008) e Silva (2008) são uníssonos ao classificá-los em: I) autotransplante; II) isotransplante; III) alotransplante e IV) xenotransplante.

O autotransplante ocorre quando há coincidência entre doador e receptor, ou seja, a pessoa é doadora e receptora de si mesmo. Diniz (2009, p. 327) cita como exemplo de autotransplante a operação de “ponte de safena”.

Verifica-se o isotransplante quando o transplante de órgão ou tecido ocorre entre pessoas que possuem os mesmos caracteres genéticos. Nesse caso o doador e receptor são pessoas distintas, mas que carregam entre si características hereditárias idênticas. Seria, portanto, o transplante realizado entre gêmeos univitelinos.

O alotransplante, ao contrário do isotransplante, o doador e receptor não possuem caracteres genéticos idênticos, mas distintos. Todavia o transplante se dá entre indivíduos da mesma espécie.

O xenotransplante é constatado pela ciência médica quando o ser humano recebe órgão ou tecido de outras espécies do reino animal. Nesse caso, constata-se a distinção de espécies entre doador e receptor.

6 DA DISPOSIÇÃO DO CORPO PARA FINS DE TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS

No campo dos direitos da personalidade, tradicionalmente foi dado um enfoque de liberdade negativa, ou seja, tinha-se como foco principal a abstinência de sua violação por parte de terceiros ou do Estado. Desse modo, ocorrendo alguma lesão a esses direitos, caberia ao responsável a obrigação de compensar pecuniariamente ao titular pelo mal infligido.

Todavia, essa percepção tem mudado, sendo atualmente possível um exercício positivo dos direitos da personalidade por parte do seu titular, como por exemplo, permitir o uso de sua imagem, com ou sem contraprestação pecuniária. Sob este enfoque Borges (2008, p.254) aduz o seguinte:

[...] a pessoa humana tem a liberdade de exercer seu direito de personalidade de forma positiva, isto é, de forma ativa, não apenas protegendo de terceiros, mas principalmente, atribuindo aos seus direitos de personalidade o fim que melhor se adequar à sua realização de sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade.

Percebem-se, assim, os dois aspectos dos direitos da personalidade: o negativo e o positivo, sendo este último materializado através de atos praticados pelo seu próprio titular. Esses atos estariam vinculados à autonomia privada e a preceitos legais, sendo que são estes últimos os responsáveis pela relativização dos interesses provenientes dos mencionados atos.

Em outras palavras, o aspecto positivo do direito da personalidade evidencia que o titular desse direito poderá dele dispor para praticar atos do cotidiano ou não, desde que não estejam legalmente obstados.

A esse respeito, Cunha Gonçalves (apud BORGES, 2008, p. 255-256) é categórico ao afirmar:

[...] é inegável que o homem pode exercer *direitos sobre a sua própria pessoa*, não só nos atos de vida quotidiana (cortar o cabelo e as unhas, fazer a barba, fumar, medicar-se ou sujeitar-se a operações cirúrgicas etc.) [...] mas também nos atos extraordinários, tais como: ceder o sangue para uma transfusão, a fim de salvar um doente; atirar-se à água ou no meio das chamas para salvar uma vida alheia; sujeitar-se à experiência de novas

terapêuticas, ou legar o cadáver ao teatro anatómico [...], alistar-se voluntariamente para uma guerra, mesmo em país estrangeiro; contratar-se para arriscados serviços desportivos nos circos ou nas barracas de saltimbancos, sujeitando-se a perigosas provas como *fakir*, jejuador ou atleta. Todos esses atos são *direitos sobre o próprio corpo*, e com eles não se lesam os direitos alheios, nem ofendem os supremos princípios da conservação e utilidade social, da moral pública ou os interesses do Estado. De igual modo, quem se constitui em refém em tempo de guerra, ou cede o seu nome para fins mercantis ou literários etc., exerce direitos sobre parcelas da sua pessoa ou sobre manifestações da sua personalidade.

Sem embargo, sendo a integridade física uma das expressões do direito da personalidade e estando nela incluídos os atos de disposição do próprio corpo, pode-se afirmar que a doação de órgãos para fins de transplantes é perfeitamente possível, notadamente quando encontra arrimo na Constituição Federal de 1988, em seu art. 199, § 4º, conforme anteriormente declinado.

Com efeito, a Lei nº. 9.434/97, sob a orientação da Constituição Federal, disciplina o procedimento de disposição dos órgãos, tecidos e partes do corpo, por parte do seu titular, para fins de transplante e tratamento (BRASIL. Lei n. 9.434, 1997).

Especificadamente acerca da disposição de órgãos, esta pode ocorrer de duas formas: em vida ou *post mortem*, todavia, sempre de forma gratuita, por expressa determinação legal, daí porque se utiliza o termo “doação de órgãos” e, em face da gratuidade do ato de disposição, a nomenclatura designada é a de doador e receptor.

6.1 Da disposição do corpo humano *post mortem* para fins de transplantes

O progresso da ciência médica trouxe esperança de cura para enfermos que tinham como única forma de salvar suas vidas o transplante de órgãos. A redação original do art. 4º da Lei 9.434/97, já apontada, como forma de incentivar o aumento do número de doadores e com isso diminuir a angustiante espera dos possíveis receptores, tornou todas as pessoas em doadores presumidos após o seu falecimento. O citado dispositivo tinha em sua redação original o seguinte teor:

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 terapêuticas *post mortem*.

§ 1º A expressão 'não doador de órgão e tecidos' deverá ser gravada de forma indelével e inviolável, na Carteira de Identidade Civil e na Carteira Nacional de Habilitação da pessoa que optar por essa condição (BRASIL, Lei n. 9.434, 1997, art.4º).

Assim, caso a pessoa não almejasse ser doadora, caberia fazer registrar essa vontade na sua identidade ou na sua carteira de habilitação. Desse modo, ocorrendo o seu óbito, se inexistisse qualquer registro em seus documentos de não ser a pessoa doadora, estaria autorizada a retirada dos seus órgãos, tecidos ou partes do seu corpo, mesmo sem o consentimento dos seus familiares.

Fortes pressões da sociedade civil, bem como da comunidade médica e jurídica, ocasionaram a derrogação do referido preceito legal, o que se deu com o advento da Lei nº. 10.211 de 23 de março de 2001 (BRASIL, Lei n. 10.211, 2001), que modificou a redação do artigo 4º, suprimindo os seus respectivos parágrafos. Veja-se, pois, a redação atual do citado dispositivo:

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.

Portanto, hoje não mais vigora a imposição de doador presumido, sendo necessária a autorização dos parentes para a retirada de parte do corpo do doador falecido.

Ademais, a retirada de quaisquer órgãos, tecidos ou partes do corpo humano *post mortem* somente ocorrerá se houver a constatação da morte encefálica, que deverá ser feita por dois médicos não participantes da equipe de remoção e transplante (BRASIL, Lei n. 9.434, 1997, art. 3º).

Importante registrar que, o doador falecido, sendo juridicamente incapaz, a remoção dos seus órgãos somente se dará mediante autorização expressa dos seus responsáveis legais e, em se tratando de menor, de ambos

os pais (art. 5º, Lei 9.434/97), sendo expressamente vedada a retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoas não identificadas (art. 6º, Lei 9.434/97).

Sem embargo, consigna-se que a Lei 9.434/97, supracitada, sempre focada na dignidade da pessoa humana, determina que, procedida a retirada dos órgãos do cadáver, faça-se a sua imediata recomposição, como forma de preservar a sua estética, sendo condignamente recomposto para ser entregue aos seus parentes ou responsáveis legais para sepultamento (art. 8º, Lei 9.434/97). A não observância desta imposição implica em prática de crime tipificado no art. 19 da Lei dos Transplantes, em questão, punido com detenção de seis meses a dois anos (BRASIL, Lei n. 9.434, 1997).

Tudo isso reflete a preocupação do legislador de não somente preservar a imagem do doador, mas também de manter o respeito indispensável à pessoa humana, ainda que, após o seu óbito, notadamente, quando, através de partes do seu corpo, proporcionou qualidade de vida aos receptores dos seus órgãos, que teriam a expectativa de suas vidas reduzidas, caso não fossem beneficiados com os transplantes.

6.2 Da disposição do corpo humano vivo para fins de transplantes

Consoante análise que vimos desenvolvendo, o direito ao próprio corpo e a sua integridade física constituem uma das várias expressões dos direitos da personalidade, o que poderia ensejar uma precipitada conclusão da total indisponibilidade do corpo humano vivo.

Entretanto, apesar de uma das características dos direitos da personalidade ser a sua indisponibilidade, esta não é absoluta em se tratando de atos de disposição do próprio corpo, permitindo a sua relativização, conforme anteriormente relatado.

Desta forma, a possibilidade da pessoa natural dispor do seu próprio corpo reflete um dos exercícios positivos dos direitos da personalidade por parte do seu titular. Sem embargo, essa disposição deverá obedecer aos parâmetros legalmente estabelecidos em norma constitucional ou não.

A Constituição Federal de 1988 permite a remoção de órgãos para fins de transplantes, desde que seja realizada de forma gratuita, conforme art. 199, § 4º, coibindo, desta forma, qualquer forma de comercialização de órgãos humanos (BRASIL. Constituição, 1988).

A multicitada lei dos transplantes (Lei 9.434/97), que regulamenta o preceito constitucional acima mencionado, trata da remoção de órgãos do

corpo humano vivo, para fins de transplante e se refere ao doador sob dois aspectos: se é ele juridicamente capaz ou não.

Sendo o doador incapaz juridicamente, vale dizer, se não possuir dezoito anos completos ou se não for emancipado, ou ainda, mentalmente enfermo, somente está autorizado o transplante de medula óssea e nas seguintes condições:

- a) compatibilidade imunológica comprovada entre ele e o receptor;
- b) o ato não oferecer risco a sua saúde;
- c) consentimento de ambos os pais ou responsáveis legais, mediante autorização judicial.

Portanto, conforme disciplina o art. 9º, §6º da Lei dos Transplantes (Lei 9.434/97), faculta-se ao juridicamente incapaz ser tão somente doador de medula óssea e nas condições acima descritas.

Destaque-se que, por expressa determinação legal, a gestante, ainda que capaz, somente poderá ser doadora de medula óssea. Tal doação está condicionada ao fato de o ato médico não oferecer risco a sua saúde ou ao feto. (art. 9º, §7º, Lei 9.434/97).

Em se tratando de pessoa juridicamente capaz, esta poderá dispor, de forma gratuita, de tecidos, órgãos e partes do seu próprio corpo, desde que atendidos os requisitos previstos em lei (Lei 9.434/97), a saber: que a retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade, como também não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental, sendo vedada, em qualquer hipótese, o transplante de órgãos ímpares, ou daqueles que, apesar de duplos, sua extração venha a causar mutilação ou deformação inaceitável.

Veja-se que ao disciplinar o transplante de órgãos e tecidos, a legislação especial busca proteger a vida e a saúde do doador, a fim de que uma possível extração não comprometa suas funções vitais, nem aptidões físicas ou mentais, nem lhe cause deformação. Portanto, não seria possível, por exemplo, a retirada de uma das córneas do doador vivo, ainda que este demonstrasse livre vontade, já que tal ato ocasionaria mutilação inaceitável, inclusive esteticamente.

Mister observar que, para a ocorrência de transplantes entre pessoas vivas, indispensável se faz o consentimento das partes envolvidas no ato médico, ou seja, doador e receptor. Desta forma, para a sua realização,

tanto o doador quanto o receptor deverão estar cientes de todos os aspectos técnicos, inclusive dos possíveis riscos mediatos e imediatos que podem ser gerados pela cirurgia, a fim de se evitar algum vício no consentimento de ambos.

Corroborando nosso entendimento, Catão (2004, p.212) conclui que só podem ser objeto de transplante *inter vivos* as partes recuperáveis e regeneráveis, bem como os órgãos duplos, em que a retirada de um não coloque em risco o sistema de que faz parte e não prejudique a saúde do doador.

Esclarecidas todas as implicações do transplante, devem doador e receptor manifestar seu consentimento livre, posto que somente através dele a atuação médica se legitima, em razão do poder sobre o próprio corpo que cada um possui, o qual é um dos exercícios ativos dos direitos da personalidade anteriormente retratados.

Todavia, ainda que manifestada livremente, a autorização dada pelo doador poderá ser revogada a qualquer tempo antes da concretização do transplante. Essa desistência é autorizada pela própria Lei dos Transplantes, que no seu art. 9º, § 5º preconiza que a doação poderá ser revogada a qualquer tempo antes de sua concretização pelo doador ou seus responsáveis legais.

Por fim, convém ressaltar que os transplantes de órgãos, por envolverem considerável lesão à integridade física e, muitas vezes, iminência de morte, deve ser realizada quando forem a única alternativa para salvar o receptor ou melhorar a sua qualidade de vida, resguardando, igualmente, a saúde do doador, não devendo, pois, constituir regra, esse procedimento médico.

7 O PAPEL DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO NOS TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS HUMANOS

Na opinião de Eduardo Oliveira Leite (apud DALVI, 2008, p. 117), a medicina moderna evidencia uma grande tendência de transformar o corpo humano em material de exploração para pesquisa, a fim de atender necessidades terapêuticas, fazendo com que ele perca seu caráter sagrado.

Com efeito, o sentimento de defesa e salvaguarda da pessoa humana trouxe a necessidade de reflexões éticas acerca do progresso das ciências da vida, não como forma de coibir o seu avanço, mas para equilibrá-lo.

Foi exatamente no encontro da ética com as ciências da vida e com o progresso da biotecnologia que surge a Bioética enquanto ramo da ética

filosófica, sendo seu principal foco a exigência de se humanizar a medicina e sua evolução científica.

Assim, a Bioética possui o escopo de proteger o ser humano em toda a sua essência contra experimentos médicos que venham a transformá-lo em cobaia, em prol do desenvolvimento da biomedicina, e com isso acarretar-lhe seqüelas físicas e psicossomáticas.

Todavia, sendo a Bioética uma ciência filosófica, não possui força coercitiva, razão pela qual nasce um novo ramo na ciência jurídica voltado a refletir e positivar normas que regulamentem os avanços tecnocientíficos relacionados à biomedicina: o Biodireito.

O Biodireito origina-se, portanto, com a finalidade de responder juridicamente às questões postas pelas ciências biomédicas e seus respectivos avanços tecnológicos nos mais variados setores, tais como os da reprodução assistida, manipulação do patrimônio genético, cessão temporária do útero, transplante de órgãos, entre outros.

Para Silva (2008, p. 74), o Biodireito surgiu para impor limites que devem ser observados nas mais diversificadas experiências científicas, cabendo ao Estado a aplicação das sanções legalmente previstas em caso de inobservância às imposições postas nas normas jurídicas que os regulamentam. Partindo dessa premissa, conclui-se que o Biodireito nada mais é do que a positivação da Bioética, e que ambos se comunicam e se complementam na proteção da pessoa humana.

Em se tratando de transplantes de órgãos humanos, a Bioética e o Biodireito desempenham papel fundamental na preservação e no respeito à dignidade da pessoa humana, pois enquanto que aquela propõe reflexões na moralidade da conduta de transplantar órgãos, este normatiza princípios próprios e aqueles decorrentes da Bioética, de forma a respeitar os valores que estão intrinsecamente ligados à pessoa humana, mais precisamente a sua dignidade.

8 APRECIÇÕES FINAIS

É indiscutível a importância do recente avanço da biotecnologia nos dias atuais, pois, diante das diversas necessidades terapêuticas, é por intermédio dele que se atinge a preservação ou melhoria da qualidade de vida de muitas pessoas.

Diante disso, o Direito enquanto expressão das dinâmicas sociais possui importante papel no direcionamento das relações sócio-culturais em

tempos de mudanças decorrentes dos avanços científicos e tecnológicos da sociedade globalizada, resguardando especialmente aqueles direitos inerentes à dignidade humana.

Com efeito, dentre os avanços tecnocientíficos aludidos, podem-se citar os transplantes de órgãos humanos, que assinalam um relevante progresso no campo da medicina, trazendo reflexos diretos no campo da ciência jurídica, pois esta se vê compelida a envolver-se em casos que impõem o seu pronunciamento.

Todavia, não podemos olvidar que a integridade física, a saúde e a dignidade do doador e do receptor, que são as pessoas envolvidas neste processo de transplantação, devem ser preservadas. Noutras palavras, não podemos ter uma concepção reducionista da pessoa humana, do seu corpo, pois, caso contrário, teríamos uma evidente violação aos direitos inerentes a sua personalidade.

Por esta razão, o Biodireito e a Bioética se revelam na atualidade um instrumento relevante para a compreensão e regulamentação de técnicas que lidam com a integridade física e a vida humana, salvaguardando os direitos da personalidade.

Assim, verifica-se que a par da existência de princípios próprios da Bioética, existe um princípio maior que se sobrepõe a todos os bens, valores e princípios, inclusive constitucionais, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Partindo dessa premissa, não se pode permitir que intervenções científicas venham ocorrer sobre a pessoa e que possam atingir sua vida e a sua integridade físico-mental, cabendo ao Biodireito e a Bioética, capitaneados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, coibir tais práticas de modo a evitar que se reduza o ser humano a um mero componente das novas práticas do exercício médico dos transplantes.

Por isso é que a lei que regulamenta o transplante de órgãos e tecidos humanos no Brasil (Lei 9.434/97), a qual foi analisada ao longo deste escrito, estabelece requisitos para o processo de doação, tudo com vistas a preservar a dignidade do doador e do receptor.

Pautados na legislação e doutrina analisadas, reconhece-se como imperiosa a necessidade de apoiar, e concretamente estimular, o processo de transplantes de órgãos no Brasil, notadamente quando várias pessoas dele precisam para salvar suas vidas. Todavia, igualmente frisa-se a importância de harmonizar tal processo com os ditames preconizados pela Bioética e pelo Biodireito, pois, somente assim, conseguir-se-á um futuro compatível com a dignidade da pessoa humana e com o respeito aos direitos individuais.

REFERÊNCIAS

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade:** de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2005.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Dos Direitos da Personalidade. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Org.). **Teoria geral do Direito Civil.** São Paulo: Atlas, 2008. p. 242-280.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. In: BALLEIRO, Aliomar. **Constituições brasileiras:** 1891. Brasília: Senado Federal, 2001. v. 2, p.78-115.

BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Código Civil de 2002.** Brasília: Senado Federal, 2002 b.

BRASIL. **Código Civil de 1916.** In: NOVO Código Civil Brasileiro. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002: estudo comparativo com o Código Civil de 1916, Constituição Federal, Legislação Codificada e Extravagante. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 a. p. 421-576.

BRASIL. **Lei nº. 10.211, de 23 de março de 2001.** Altera dispositivos da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que “dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento”. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil-03/LEIS/LEIS-2001/L10211.htm>. Acesso em: 29 set. 2009.

BRASIL. **Lei nº. 9.434, de 16 de janeiro de 1997.** Dispõe sobre remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo para fins de transplante. Regulamentada pelo decreto nº. 2.268/97 de 30 de junho de 1997. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1846>. Acesso em: 29 set. 2009.

CATÃO, Marconi do Ó. **Biodireito:** transplantes de órgãos humanos e direitos da personalidade. São Paulo: Madras, 2004.

DALVI, Luciano. **Curso avançado de Biodireito.** Florianópolis: Conceito, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, Ivan de Oliveira. **Biodireito, Bioética e patrimônio genético brasileiro.** São Paulo: Pílares, 2008.

