

DA DISPOSIÇÃO DO CORPO EM VIDA: AUTONOMIA PRIVADA E TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS “INTER VIVOS”¹

*Anna Rafaela Carvalho Oliveira Santos
Danielle Mascarenhas Cunha de Almeida
Jessica Fernandes Rosa
Juliana Bárbara Vieira de Macedo Santos
Louise Mascarenhas Godinho
Luana Dias Avena
Luiz Carlos Quintella Neto
Mariana Garcia Amoedo
Renata Guimarães Andrade Tanure*

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 3 BIODIREITO, DIGNIDADE E A AUTONOMIA PRIVADA. 3.1 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E O BIODIREITO. 3.2 CARACTERÍSTICAS E CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE. 4 A AUTONOMIA PRIVADA E A MITIGAÇÃO DA INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE. 4.1 A MITIGAÇÃO DA INDISPONIBILIDADE FACE AO DIREITO AO PRÓPRIO CORPO. 5 TRANSPLANTE. 5.1 HISTÓRICO 5.2 TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS “INTER VIVOS”. 5.3 OS VULNERÁVEIS. 5.4 ANENCÉFALO: POSSIBILIDADE DE DOAÇÃO DE ÓRGÃOS? 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS

RESUMO: Trabalho destinado à análise da disposição do corpo humano no que tange ao transplante de órgãos e tecidos entre pessoas vivas. Verificação da incidência da autonomia privada e do princípio da dignidade da pessoa humana como vetores de condução das relações sociais. Investigação das características dos direitos da personalidade, em especial, a indisponibilidade, relacionando-as à problemática da transplantação de órgãos e tecidos entre vivos.

Palavras-chave: Disposição do corpo; autonomia privada; dignidade da pessoa humana, transplante de órgãos e tecidos em vida.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa tratar sobre a disposição do corpo no que tange ao transplante de órgãos e tecidos entre pessoas vivas. Para tanto, é de fundamental importância análise detalhada da autonomia privada e do princípio da dignidade da pessoa humana, premissas inerentes ao problema em voga.

A importância desse tema vem crescendo em harmonia com a evolução da medicina e da ciência em geral; isso porque, quanto mais esta se desenvolve, maior é o anseio da sociedade pela utilização dos meios existentes para efetivar suas novas perspectivas

¹ Artigo elaborado durante a disciplina *Biodireito*, Curso de Direito da Universidade Salvador.

relativas à saúde, à vida, à procriação.

Nessa linha, buscar-se-á explicar idéias acerca do tema, trazendo aspectos relevantes e hipóteses pertinentes. De fato, em alguns momentos, não será possível trazer soluções, conceitos e resoluções definitivas, mas estará sempre presente o esforço em ampliar a discussão, pois, de forma alguma, logra-se a definitividade.

2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Constituição Federal de 1988, no seu art. 1º, inciso III, determina que “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; [...]”. O postulado corresponde a um marco e uma conquista do Estado Democrático de Direito, no entanto, a sua importância nem sempre foi colocada em evidência.

Para melhor compreender a construção do conceito de dignidade da pessoa humana, é preciso enquadrar esse processo na evolução histórica pela qual a humanidade passou até os dias atuais. Em uma sucinta análise, é possível perceber, como bem retratam Paulo Bonavides (2004) e Dirley da Cunha Junior (2011), que existiram grandes marcos históricos que representaram a caminhada do direito constitucional até se chegar ao neoconstitucionalismo, que provocou intensas mudanças no antigo conceito de constitucionalismo, agora fundado na dignidade da pessoa humana. A concepção dos direitos fundamentais antes da Primeira e Segunda Guerra era fundada nos direitos individuais; já no pós-guerra, essa concepção mudou, passando-se a reclamar pela efetivação desses direitos em âmbito social, pois diante das atrocidades cometidas nasceu um sentimento de coletividade, de preocupação com o próximo.

No Brasil, a Constituição de 1934, sob a influência da Constituição alemã de Weimar de 1919, foi a primeira a delinear os contornos da atuação desse Estado intervencionista, do tipo social, dualista, na consecução do seu objetivo de promover o desenvolvimento econômico e o bem-estar social. E desde a Carta de 1934 até a atual, o regime constitucional brasileiro tem se pautado por uma conjugação de democracia liberal e de democracia social (CUNHA JÚNIOR, 2011, p. 39).

Esse é o sentido da evolução do conceito do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, que sai de uma concepção individualista para uma concepção social. Hoje, a sociedade como um todo tem de respeitar e promover a dignidade humana.

A construção do conceito de dignidade da pessoa humana é um processo, haja vista que, conforme Wolfgang Sarlet (2008), inexistia um conceito fechado, estático. Nesse processo, mostra-se em um primeiro momento que, segundo o pensamento clássico e cristão, a dignidade da pessoa humana era um valor intrínseco ao ser humano. Já no pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, a dignidade da pessoa humana era medida conforme a posição social da pessoa. Em contraposição, tinha-se a concepção estoica, a qual dizia ser inerente ao ser humano e o distinguia dos demais seres.

Marco importante desse processo de construção do conceito foi a contribuição de Immanuel Kant, nos séculos XVII e XVIII. Segundo Kant, a autonomia como capacidade de autodeterminação é o fundamento da dignidade da pessoa humana, e só possuem essa capacidade os seres racionais. Em decorrência disso, o filósofo alemão diz que “o Homem, e, duma maneira geral, todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade” (KANT *apud* SARLET, 2008, p.33-34). Tal pensamento evita, portanto, a coisificação do ser humano a partir do momento que o considera um fim em si mesmo, premissa importantíssima na temática do presente trabalho. Verificar-se-á que, há, hoje, um Estado Democrático de Direito, fundado nesse princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, o qual mitiga a Autonomia.

Assim, surge a preocupação com aqueles que têm essa capacidade de autodeterminação reduzida, ou até mesmo subtraída. Não se pode, por óbvio, deixar de conferir dignidade a essas pessoas. Diante disso, verifica-se dois importantes aspectos da dignidade da pessoa humana, um relacionado à autonomia, chamado por Dworkin de voz ativa, e outro assistencial, que seria a voz passiva, relacionado à preocupação que a sociedade e o Estado devem ter com aqueles que não possuem capacidade de se autodeterminar (DWORKIN *apud* SARLET, 2008).

Dworkin, portanto, parte do pressuposto de que a dignidade possui “tanto uma voz ativa quanto uma voz passiva e que ambas encontram-se conectadas”, de tal sorte que é no valor intrínseco (na “santidade e inviolabilidade”) da vida humana, de todo e qualquer ser humano, que encontramos a explicação para o fato de que mesmo aquele que já perdeu a consciência da própria dignidade merece tê-la (sua dignidade) considerada e respeitada. (SARLET, 2008, p.52-53).

Destarte, fica evidente a dificuldade de se formular um conceito fechado e estático de dignidade da pessoa humana. Porém, isso não implica na autorização de usá-lo arbitrariamente.

A dignidade da pessoa humana é, por assim dizer, um atributo inerente a qualquer ser humano, independente de fatores externos. É princípio máximo do ordenamento jurídico, que serve como baliza para todas as normas, e deve ser respeitado tanto pela coletividade

quanto pelo próprio Estado. Este, por sua vez, além de respeitar, deve desenvolver mecanismos que ajudem a promover essa dignidade, concretamente.

É de conhecimento geral o quão a ciência vem evoluindo no sentido de encontrar novas técnicas capazes de atender aos anseios da sociedade, antigos anseios como, por exemplo, a descoberta de remédios capazes de curar doenças que eram tidas como incuráveis, como o tétano; e anseios novos, a exemplo das técnicas de reprodução assistida, tal qual o caso da FIV (fertilização *in vitro*). São esses novos anseios que requerem um tratamento especial do direito.

Destarte, o Biodireito vem para auxiliar o direcionamento acerca dessas novas transformações em questões relativas à vida, à saúde e até mesmo à morte. O Biodireito, assim como a Bioética, através dos princípios da autonomia, beneficência, não maleficência e justiça, vem para proporcionar “diretrizes morais para o agir humano diante dos dilemas levantados pela biomedicina” (DINIZ, 2006, p.15). A busca pela obediência a esses princípios, que nada mais serve do que limites da atuação da biomedicina, vem para, mais uma vez, buscar o respeito ao supracitado princípio da dignidade da pessoa humana, isso porque “a ciência deve estar a serviço do ser humano para que a sua vida seja cada vez mais digna de ser vivida” (PEDRA, 2007, p.12). Com isso, é possível afirmar que o Direito deve estar também atento às novas mudanças no ramo da biomedicina, a fim de que a dignidade da pessoa humana venha a ser respeitada.

3 BIODIREITO, DIGNIDADE E A AUTONOMIA PRIVADA

A análise dos debates doutrinários e jurisprudenciais em torno deste relativamente novo ramo do direito, chamado de Biodireito, leva à constatação de que eles, no mais das vezes, giraram em torno da autonomia privada. A discussão da questão da barriga de aluguel, transplante de órgãos e mudança de sexo, por exemplo, acaba conduzindo ao questionamento: “até onde o indivíduo pode exercer a sua vontade? Até onde é possível dispor do próprio corpo?”. Essa discussão recai, sobretudo, na possibilidade do indivíduo dispor de direitos da personalidade e, logo, envolvem o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. “Os direitos da personalidade são os que resguardam a dignidade humana” (VENOSA, 2008, p.169).

Nesse sentido é também o pensamento de Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2007, p.14): “Os direitos da personalidade são os considerados essenciais à pessoa humana, visando à proteção de sua dignidade. Diante disso, em nosso direito, cada vez mais o conceito

‘personalidade’ se aproxima do valor ‘dignidade’.

3.1 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E O BIODIREITO

Os direitos da personalidade estão intrinsecamente relacionados com o Biodireito, sendo quase impossível desvinculá-los dessas discussões. Como discutir, por exemplo, a doação de órgãos, a manipulação de embriões *in vitro*, mudança de sexo e antecipação de um parto de um feto anencéfalo sem pensar no direito à vida e à integridade física? Por certo, deixar de discutir sobre a disponibilidade ou não de tais direitos torna o debate um tanto lacunoso. “Conceituam-se os direitos da personalidade como aqueles que têm por objetivo os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais.” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p.180).

O Código Civil de 1916, essencialmente patrimonialista, não previa a existência de direitos da personalidade. Sua presença no Código Civil de 2002 corresponde a um marco no direito privado nacional, em consonância com os pressupostos já elencados em diversos dispositivos da Constituição Cidadã.

Trata-se de um dos sintomas da modificação axiológica da codificação brasileira, que deixa de ter um perfil essencialmente patrimonial, característico do Código Civil de 1916, concebido para uma sociedade agrária, tradicionalista e conservadora, para se preocupar substancialmente com o indivíduo, em perfeita sintonia com o espírito da Constituição Cidadã de 1988. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p.179).

Isto posto, cumpre ratificar o que já é pacificado pela doutrina civilista que, embora a Carta Magna traga um rol desses direitos, no artigo 5º, e o Código Civil de 2002 elenque outros, no seu Capítulo II, o disposto não corresponde a um rol taxativo, mas sim exemplificativo; não são *numerus clausus*, mas sim *numerus apertus*. Destarte, conclui-se que é preciso pensar neste rol de forma exemplificativo a fim de dar maior efetividade ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, garantindo sua eficácia plena.

3.2 CARACTERÍSTICAS E CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Observando a literatura civilista, constata-se que os autores, ao tratar sobre os direitos da personalidade, acabam por fazer uma classificação que traz elementos comuns a esses direitos. Todavia, a nomenclatura tende a modificar de um doutrinador para outro. De toda sorte, manter-se-á a classificação dos professores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011), por se adequar ao trabalho proposto.

Tais civilistas apontam como características desses direitos: o caráter absoluto (oponíveis *erga omnes*), a generalidade (concedidos a todas as pessoas), a extrapatrimonialidade (não são mensuráveis economicamente), imprescritibilidade (o não uso não importa na sua extinção e não dependem de um prazo para o seu exercício), impenhorabilidade (decorrência lógica da indisponibilidade), vitaliciedade (perduram durante toda a vida do indivíduo e alguns se prolongam após a morte) e, por fim, a indisponibilidade - o qual será desenvolvido posteriormente. Devido à proposta do trabalho, não se torna didático o esmiuçar de cada característica, cabendo, todavia, uma atenção maior ao caráter da indisponibilidade.

A nomenclatura “indisponibilidade” é utilizada pelos civilistas a fim de abarcar as características da irrenunciabilidade e da intransmissibilidade, que são vedações trazidas de forma expressa no art. 11 do CC/02: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”. Analisando-os separadamente, é possível afirmar que caracterizar um direito como irrenunciável importa em ter como regra geral a vedação à abdicação, por parte do indivíduo. Já o “status” de ser intransmissível sugere que tais direitos não podem ser cedidos, não comportando, pois, a modificação da sua titularidade. Nada obstante, essa indisponibilidade não é absoluta, havendo casos em que pode ser abrandada.

Quanto à classificação dos direitos da personalidade, deve-se sempre levar em conta a metodologia utilizada e o contexto sócio cultural da época em que se levanta a discussão. A doutrina majoritária se ocupa de tratar sobre alguns direitos específicos, como o direito ao próprio corpo, à imagem, às integridades física e psíquica e direito a honra. Todavia, cumpre sempre lembrar do caráter ilimitado desse rol de direitos. “São ilimitados, ante a impossibilidade de se imaginar um número fechado de direitos da personalidade.” (DINIZ, 2011, p.135).

4 A AUTONOMIA PRIVADA E A MITIGAÇÃO DA INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Neste momento, importa analisar se a característica da indisponibilidade dos direitos da personalidade é aplicável de forma irrestrita ou se seria possível a sua relativização, diante da autonomia privada. Primeiramente, é fundamental o entendimento de que a autonomia privada corresponde a um poder conferido ao indivíduo de administrar a sua vida privada de acordo com a sua vontade.

Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2007, p.1) traz questionamentos pertinentes que correspondem à discussão desse ponto, quando observa que:

O Código Civil de 2002, no art. 11, preceitua que, 'com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária' Repete-se na doutrina que os direitos de personalidade são indisponíveis, ilimitáveis. Sendo assim, como se explicam as doações de órgão, lícitas, legítimas e inclusive incentivadas pela sociedade e pelo Estado? Como se justificam as decisões judiciais que reconhecem validade e eficácia a contratos sobre a imagem de pessoas? Por que as pessoas podem, mediante contrato, negociar o uso de seu nome para apoiar a publicidade comercial de um produto? Como se explicam os recentes negócios por meio dos quais as pessoas, em troca de prêmios ou de publicidade, expõem sua privacidade para o público em geral, através de redes nacionais de TV?

A fim de responder a estes questionamentos, é importante relatar que a autonomia privada corresponde a um princípio fundamental destinado ao indivíduo, pelo ordenamento jurídico. Como ele é conferido, e não inato do indivíduo, o seu exercício encontra como limites às próprias normas legais, devendo estar sempre em conformidade com o ordenamento jurídico vigente. Apenas assim o indivíduo terá a liberdade para atuar e administrar os seus próprios interesses.

Pensar na autonomia privada interferindo nos direitos de personalidade demanda a idéia de exercício de tais direitos de forma negativa, tais como, a proteção quanto a sua lesão por parte de terceiros, mas também de forma positiva, a fim, por exemplo, de atender a um interesse solidário.

O significado de 'poder de disposição' e expressões correlatas é o poder que a pessoa humana tem de exercer seu direito de personalidade de forma positiva, ou seja, de forma ativa, não apenas protegendo de terceiros, mas principalmente, atribuindo aos seus direitos de personalidade o fim que melhor se adequar à realização de sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade. (BORGES, 2007, p.2).

Com isso não se quer dizer que a característica da indisponibilidade dos direitos da personalidade - irrenunciabilidade e intransmissibilidade - não é mais respeitada pelo nosso Estado. O art. 11 do CC/02, como já visto, traz expressamente essas características. Todavia, o próprio artigo, na sua primeira parte, faz a ressalva de tais vedações serem afastados em casos trazidos em lei.

São, em regra, indisponíveis, insuscetíveis de disposição, mas há **temperamentos** quanto a isso. Nada obsta que, por exemplo, em relação ao corpo, alguém, para atender a uma situação altruísta e terapêutica, venha a ceder, gratuitamente, órgão ou tecido. Como se vê, a disponibilidade dos direitos da personalidade é relativa. (DINIZ, 2011, p.135).

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p.191) trazem como exemplo o direito à imagem, afirmando que, mesmo se tratando de um direito intransmissível, a natureza de tal direito possibilita a sua cessão de uso, com a ressalva de se tratar de uma

faculdade de uso e não de transferência do direito.

4.1 A MITIGAÇÃO DA INDIPONIBILIDADE FACE AO DIREITO AO PRÓPRIO CORPO

O direito ao próprio corpo é um bom exemplo a ser citado para demonstrar o quão a mitigação do caráter de indisponibilidade dos direitos da personalidade vem sendo aceita. Isso porque, se por um lado há a concepção negativa de proteger tal direito de ofensas de terceiros, como a tortura (art. 5º, III, CF/88), a penas cruéis (art.5º, XLVII), o respeito à integridade física e moral dos presos (art. 5º, XLIX), dentre muitos outros, também é possível constatar o seu cunho positivo. Basta que se proceda à análise das políticas de incentivo de doação de órgãos propostas pelo Estado.

Tal mitigação, não retira do direito a característica de ser um direito da personalidade, como exposto por Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2007, p.221). Isso porque, ao Ordenamento, cabe outorgar a autonomia privada ao indivíduo e a ela também compete alargar a sua abrangência, em detrimento aos direitos da personalidade. Logo, a Constituição Federal, ao prever no seu art. 199, §4º, a possibilidade de remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, ratifica essa concepção de possível disponibilidade.

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 4º - 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.

Não bastasse o tratamento dado pela Carta Magna, ainda há uma comprovação da mitigação da indisponibilidade dos direitos ao próprio corpo, mediante leitura dos artigos 13,14 e 15 do CC/02, posto que o legislador possibilitou a disposição do corpo para fins de transplantes e a disposição com o fim científico ou altruístico para depois da morte. Todavia, mais uma vez o nosso legislador delimitou tal autonomia a alguns requisitos, como: ser necessário um tratamento legal específico na primeira hipótese, o caráter gratuito a essa disponibilidade e, por último, o consentimento, seja da própria pessoa, seja do seu responsável legal. Para tratar sobre o tema de forma específica, considera-se, desde 1997, a Lei 9.434, que regulamenta essa disponibilidade do corpo com o fim de transplantes e tratamento, não cabendo, neste momento, maiores discussões sobre o assunto.

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. 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.

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

Cabe ressaltar, de forma conclusiva, que tal mitigação não surge no intuito de deixar que os indivíduos se utilizem de forma indiscriminada dos direitos de personalidade. Ela vem principalmente como uma constatação do ordenamento jurídico de necessária adequação entre o Direito e o contexto sócio-econômico e cultural existente. Essa afirmativa decorre, sobretudo, das constantes evoluções tecnológicas, medicinais e nas novas concepções sociológicas que impõem um pensamento não apenas negativo de tais direitos, mas também positivo, a fim de atender interesses individuais e coletivos.

5 TRANSPLANTE

A fim de atender ao quanto proposto, será discutido, neste ponto em apartado, a hipótese desta mitigação no âmbito do direito ao próprio corpo no que toca a possibilidade de transplante.

5.1 HISTÓRICO

Diante das recentes e impactantes descobertas feitas no campo da Biologia e da Medicina, a ciência jurídica viu-se compelida a regulamentar a doação de órgãos, partes e tecidos do corpo humano, a fim de resguardar o bem jurídico mais elementar do ser humano: a vida.

A Lei n° 4.280/63 foi a primeira a contextualizar um dos princípios da bioética, o da beneficência. Em seguida, a Lei n° 5.479/68 veio a regular não apenas a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes do corpo do cadáver, mas também a retirada em vida. Mais adiante, a Lei n° 8.489/92 tratou pela primeira vez da constatação da morte encefálica, requisito essencial para iniciar o processo de doação de órgãos. A Lei n° 9.434/97, por sua vez, trouxe a ideia do consentimento presumido, ou seja, a morte encefálica era o elemento bastante para a doação de órgãos. Tal disciplina legal, entretanto, fora amplamente questionada, haja vista a sua latente afronta ao direito à personalidade, à liberdade de escolha e à própria dignidade humana.

Mais adiante, o Decreto n. 2.268/97 organizou administrativamente o Sistema Nacional de Transplantes (SNT), cuja finalidade é desenvolver o processo de captação e distribuição de tecidos, órgãos e partes retiradas do corpo humano. Foram criadas as Centrais de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos (CNCDOs), unidades administrativas e executivas do Sistema Nacional de Transplantes (SNT) afetas ao Poder Público.

Por fim, a Lei n° 10.211/01 revogou e alterou os dispositivos das Medidas Provisórias anteriores, descartando, inclusive, a presunção de consentimento. Com isso, a doação de órgãos, tecidos e partes passou a depender da autorização dos familiares ou do responsável legal do doador. Atualmente, todos os tipos de transplantes são financiados pelo Sistema Único de Saúde brasileiro (SUS), sendo que os pacientes podem se beneficiar, ainda, da oferta gratuita da medicação necessária após a realização das cirurgias.

5.2 TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS “INTER VIVOS”

Maria Helena Diniz afirma que a “doação de órgãos, tecidos e partes do próprio corpo para transplante *inter vivos* é uma decisão exclusiva da pessoa” (2008, p.346). De certo, deve o doador agir conscientemente, exercendo sua autonomia. No entanto, “o risco que corre o doador, sua saúde e integridade física deverá ser considerado tanto pela lei como pela ciência médica” (DINIZ, 2008, p.346). É por isso, e por todos os debates aqui já levantados sobre o binômio autonomia e direitos da personalidade, que o legislador (art. 9°, Lei 9.434/1997; arts. 15 e 20, Decreto n° 2268/1997) admite a doação de órgãos entre vivos, estabelecendo, contudo, alguns requisitos.

O primeiro requisito é a capacidade do doador. Este deve ter condições de, pessoalmente, exercer os atos da vida civil, o que possibilita a manifestação de um consentimento válido. Além disso, sua autorização deve ser feita de forma escrita, em documento especificando o órgão ou tecido a ser doado, que deve respeitar os requisitos formais exigidos.

A retirada do órgão só poderá ser realizada se for comprovada a necessidade terapêutica indispensável e inadiável do receptor, o que demanda justificativa médica para o transplante do órgão.

A doação *inter vivos* só será permitida se se tratar de órgãos duplos – como os rins – ou órgãos e tecidos regeneráveis – como o fígado, a pele e medula óssea. Ademais, a retirada do órgão ou tecido não poderá representar riscos à vida ou integridade física do doador, não podendo causar grave comprometimento às aptidões vitais e saúde mental do

mesmo, ou lhe causar mutilação ou deformação inaceitável.

A doação poderá ser realizada em prol do cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau. Caso se trate de pessoa diversa, a doação poderá ocorrer mediante autorização judicial. Isto é uma forma de evitar que haja comércio de órgãos – o que é vedado, no Brasil.

O doador tem o direito de saber de todos os riscos e consequências que ele correrá com a doação. Isso é requisito para o consentimento consciente, livre de qualquer vício. O doador também tem autonomia de revogar a qualquer tempo a doação, antes de ser iniciado o procedimento de retirada do órgão ou tecido. Em se tratando de menor, o responsável poderá revogar.

Se a doação não oferecer risco à saúde de um indivíduo incapaz, ele poderá ser doador de medula óssea, se ambos os pais ou responsáveis legais consentirem e um juiz autorizar. A gestante também poderá doar medula óssea, caso não ofereça risco à sua saúde ou à saúde do feto. Em se tratando de outro tecido ou órgão, é vedada a doação *inter vivos*.

5.3 OS VULNERÁVEIS

Vulneráveis são aqueles que por circunstâncias fáticas apresentam uma condição instável. De certa forma, todas as pessoas são vulneráveis em algum grau. Mas há aqueles que são mais susceptíveis a riscos, por conta dessa condição que os fazem parecer mais frágeis em relação aos demais membros da sociedade em que eles convivem. Dessa forma, necessitam de uma proteção maior pelo Estado, já que um dos escopos constitucionais é a isonomia.

A questão da vulnerabilidade também é perceptível no âmbito da doação de órgãos em vida para fins de transplante. A grande discussão acerca do assunto é se há a possibilidade da utilização de órgãos de grupos populacionais com autonomia reduzida, a saber, “embriões, fetos, recém-nascidos, portadores de malformações neurológicas incompatíveis com a sobrevivência (p. ex., anencéfalos), menores, incapazes e prisioneiros” (DINIZ, 2006, p.348).

A Lei nº 9434/1997, que trata sobre transplantes de órgãos prevê, em seu art. 9º, como pressuposto a doação de órgão em vida, a capacidade do doador:

Art. 9º É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4º deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea.

Além da capacidade do doador ainda é necessária a autorização escrita da doação, segundo o art. 15, § 4º do Decreto nº 2268/1997. Pela lei civil, a doação de órgãos é um

negócio jurídico, e este, para ser celebrado de forma válida, necessita de agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (art. 104 do Código Civil de 2002). Mais uma vez é notável a imprescindibilidade da capacidade do doador e a manifestação da vontade deste em doar.

Nesse sentido, Maria Helena Diniz (2006, p.346) afirma que o doador

Deverá prestar um gesto de solidariedade humana livre de qualquer constrangimento e revestido de gratuidade, pois não se pode sob pena de ferir a dignidade humana, dispor de órgãos ou tecidos humanos como se fossem mercadorias destinadas à venda, visto que tal ato equivaleria a uma coisificação do ser humano. Essa doação deverá ser, portanto, um ato livre, consciente, explícito, responsável e gratuito.

Ocorre que há situações em que cabem discussões sobre a possibilidade de grupos vulneráveis possam ser doadores:

a) Doação de órgãos por presidiários: o Projeto de Lei 6794/10, do ex-deputado Edigar Mão Branca (PV-BA), está em tramitação, e seu objetivo é incentivar a doação de órgãos pelos presidiários, e desta forma, fazer com que desperte um sentimento de solidariedade e vontade de reintegração ao convívio social, sacrificando-se pelo bem-estar do outro. Assim, se o preso desejar doar órgãos, segundo o Projeto de Lei, sua pena poderá ser reduzida de 1/6 a 1/3. Contudo é possível perceber, que, na verdade, a doação de órgãos nessas circunstâncias não despertaria no preso um sentimento de solidariedade, uma vez que ele estaria em uma situação de desespero e se utilizaria desta possibilidade como forma de reduzir sua pena. Além de não ser uma via lícita, pois a redução de pena funcionaria como uma forma de pagamento ou recompensa pela doação, e esta deve ser gratuita.

b) Uma criança ser gerada com o intuito de ser doadora de medula óssea para um irmão: Seria isto um tratamento de coisificação do ser humano? Gerar um filho para salvar outro não parece seguir a ordem natural das coisas. O sentimento do indivíduo a ser gerado com esta finalidade também deve ser levado em conta. Desta forma “não é admissível a deliberada concepção de uma criança como simples meio para a obtenção de medula óssea em benefício de seu irmão, porque o ser humano deve ser um fim e não um meio”. (DINIZ, 2006, p.353).

c) Deficientes mentais: por ter uma imunidade inferior, não é possível que deficientes mentais sejam doadores de órgãos ou tecidos. Mas a lei excepciona quando se trata de doação de medula óssea. Neste caso, ambos os pais ou os responsáveis legais devem consentir, e a doação não poderá ocasionar sério prejuízo para a vida do doador.

A questão do anencéfalo poderia ser tratada em seção autônoma.

5.4 ANENCÉFALO: POSSIBILIDADE DE DOAÇÃO DE ÓRGÃOS?

O termo “anencefalia” refere-se a não formação de parte do sistema nervoso central, caracterizado pela ausência do cérebro, apesar da existência do tronco encefálico e do cerebelo. Esses seres, no entanto, apresentam a formação dos outros órgãos e sistemas de maneira independente, mantendo suas funções de respiração e circulação.

No Brasil, verifica-se um grande número de situações que ensejam a necessidade de transplante de órgãos a bebês recém-nascidos, os quais apresentam alguma patologia ou insuficiência funcional nos órgãos vitais, principalmente, coração e pulmão. Em razão do aprimoramento das técnicas médicas relativas aos transplantes de órgãos, e buscando uma alternativa para possibilitar a sobrevivência desses bebês, surgiu, no panorama atual, o questionamento sobre ser possível ou não o transplante de órgãos do anencéfalo neonato.

Ocorre que, sobre esta matéria, é preciso observar preceitos relativos à Medicina e ao Direito Positivo, no que diz respeito a critérios para a constatação da morte, consentimento dos pais, leis e resoluções do Conselho Federal de Medicina atinentes a esse tema.

Maria Helena Diniz entende que:

Faz-se necessária uma “biologização” ou “medicalização” da lei, pois não há como desvincular as ciências da vida do direito. Assim, a bioética e o biodireito caminham pari passo na difícil tarefa de [...] determinar, com prudência objetiva, até onde as “ciências da vida” poderão avançar sem que haja agressões à dignidade da pessoa humana [...] (2006, p.10).

No bojo dessa discussão, é fundamental que se faça referência à ADPF 54, interposta frente ao Supremo Tribunal Federal, com o fim de pleitear a autorização para que se promova a antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico, tendo em vista a sua restrita potencialidade de vida, o que gera na gestante um imenso sofrimento. O STF ainda não julgou definitivamente a ação, o que faz a questão continuar em um terreno de incerteza, influenciando os pontos referentes à futura possibilidade ou não de realizar transplantes de órgãos desses bebês anencefálicos.

Na referida ação judicial, o argumento dos proponentes é a inexistência real da vida do feto anencefálico. Vale dizer, configuraria a antecipação do parto fato atípico, pois não se poderia tirar a vida de quem não a tem, efetivamente.

No que se refere ao tema dos transplantes, a discussão se modifica um pouco. Isso porque os defensores da tese sugerem a manutenção da gestação de feto anencéfalo, com o intuito de possibilitar a completa formação de determinados órgãos, os quais poderiam, posteriormente, ser transplantados para outros bebês ou crianças maiores, cuja sobrevivência dependesse disso.

Lucena, Gomes, Vital e Rego (2009) fizeram comparação acerca dos posicionamentos adotados no que se refere à interrupção de gestação oriunda de estupro e a permanência da gestação de feto anencéfalo, com o fim de um futuro transplante de seus órgãos.

É incongruente que se tolere o aborto por estupro, previsto em lei, e se impeça esse procedimento quando é diagnosticada a anencefalia. [...] Se existe amparo legal para cercear a vida de um feto viável, no caso de gestação completamente saudável, visando preservar a saúde psicológica da gestante, como na gravidez por estupro, como pode o legislador desconsiderar o lado emocional e psicológico diante de uma gestação conturbada em decorrência da anencefalia?

É comprovado que o feto anencéfalo, malgrado não ter a completude do encéfalo, é dotado de funções vitais residuais, como a respiração autônoma – se vier a nascer com vida, os batimentos cardíacos e certos atos reflexos (como a deglutição, o vômito, a tosse e o piscar dos olhos). Tudo isso é possibilitado pela ação do bulbo, parte do sistema nervoso central, responsável por atos reflexos independentes do cérebro. Por tudo isso, parte significativa da doutrina especializada entende tratar-se, sim, de um ser dotado de vida.

Se, uma vez logrando êxito em todas as fases da gestação, o anencéfalo nasce, mas falece, o que se mostra uma situação relativamente comum, tratar-se-ia de uma doação *post mortem*, com base no art. 3º da lei 9.434/97, o que dependeria apenas da manifestação inequívoca da vontade dos pais, no sentido de autorizar a doação. Não obstante, se o sujeito permanecer com vida, a discussão se prolonga: seria possível abreviar a vida deste sujeito, retirando órgão vital seu, a fim de transplantar em outro sujeito?

A esse questionamento alguns respondem de modo afirmativo, defendendo que o anencéfalo já estaria fadado a uma vida breve, independente da realização do procedimento do transplante, ao passo que o sujeito a quem o órgão estaria sendo doado teria, verdadeiramente, chances de sobrevivência, com esperanças de uma vida longa.

É largamente sustentada, nesse tema, opinião oposta, no sentido de que a Constituição Federal traz como direito fundamental a todos os indivíduos, sem distinção de qualquer natureza, o direito à vida. Assim, não poderia ser dada a ninguém a prerrogativa de tirar a vida de um, ainda que sob a justificativa de fins humanísticos.

Nesse viés, é possível fazer uma comparação do bebê anencéfalo com um idoso. Nesse cenário, seria legítimo tirar a vida de um idoso para doar órgãos a um jovem, sob a justificativa de que este tem mais chances de viver um tempo mais longo do que aquele, que já teria vivido muito? Essa pergunta parece ser absurda, tendo a resposta negativa, com base na garantia do direito fundamental à vida.

Entende-se não ser permitida a modificação dos critérios objetivos de verificação

da morte encefálica só para que se promova um aumento nas possibilidades de realização de transplante. O Conselho Federal de Medicina brasileiro versa, na sua Resolução nº 1.480/97, no art. 3º: “A morte encefálica deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida.”

Além disso, estabelece procedimentos de verificação da morte encefálica específicos para cada faixa etária. Não obstante, é omissa em relação aos bebês com menos de 7 dias de nascido. Com isso, tem-se uma lacuna no regramento médico, o que dificulta o desfecho dessas situações específicas, quando o anencéfalo falecer antes de completar 7 dias de nascido. Não constatada a morte encefálica, o transplante não é permitido. Essa problemática é altamente relevante, levando-se em conta que esses transplantes são referentes a casos de urgência das crianças receptoras, devendo o procedimento cirúrgico ser realizado sem demora, após a morte do sujeito.

Também no que se refere ao CFM, em 2004, foi publicada a Resolução nº 1752/2004, que autorizava o transplante de órgãos de anencéfalos, mediante autorização dos pais. Não obstante, essa norma foi revogada pela Resolução 1949/2010, que suspendeu essa possibilidade.

A norma revogada trazia as seguintes informações:

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

CONSIDERANDO que para os anencéfalos, por sua inviabilidade vital em decorrência da ausência de cérebro, são inaplicáveis e desnecessários os critérios de morte encefálica.

Ora, também diante da revogação, refuta-se, hoje, a ideia de que o anencéfalo seria um natimorto. Isso porque o que ocorre é a formação incompleta do encéfalo – tendo em vista que há o bulbo -, e não sua inexistência. Além disso, não há uma previsão exata do momento do fim da vida desse sujeito.

Ainda há muito a se discutir sobre a matéria da possibilidade ou não de doação de órgãos do anencéfalo neonato, mas é fundamental que se compreenda que desde 2010, está vedada a realização do procedimento de transplante dos órgãos desses sujeitos.

[...] afronta a dignidade do filho como ser humano, reduzindo-o à condição de meio, e ignorando que o ser humano é um fim em si mesmo, o que torna ilícita a sua instrumentalização a simples meio de alguém ou de alguma coisa. Daí o imperativo categórico posto por Kant: “Age de tal sorte que consideres a humanidade, tanto na tua pessoa como na de qualquer outra, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”. (PEDRA, 2009, p.20).

Faz-se mister, por ora, aguardar o julgamento da ADPF 54, em face do STF, o

qual será, sem dúvidas, um divisor de águas nessa matéria. Não obstante, adota-se, neste trabalho, a manutenção do direito à vida do anencéfalo, ainda que precária, em detrimento da autonomia da vontade.

É verdade que o anencéfalo tem restrita potencialidade para o desenvolvimento da vida, estando fadado a uma existência breve. Entretanto, sua vida deve ser protegida, independentemente da duração. Dessa forma, parece razoável a permissão da realização do transplante apenas quando ocorrer a morte natural, não tendo qualquer cabimento o seu induzimento.

No que se refere à manutenção da gestação de feto anencéfalo apenas visando o transplante futuro de seus órgãos, entende-se ser esta uma situação delicada. Apesar da grande relevância do consentimento dos genitores, adota-se a ideia de que o ser vivo anencefálico não pode ser utilizado como mero instrumento para possibilitar futuros transplantes, uma vez que o ordenamento jurídico assegura direitos ao nascituro.

6 CONCLUSÃO

Com este trabalho pretendeu-se principalmente estabelecer uma discussão do tema que, a despeito de ser cada vez mais necessário ao interesse da sociedade moderna, não tem recebido a devida importância do legislador pátrio. Resta, portanto, analisada em termos gerais, a mitigação da autonomia privada em face da dignidade da pessoa humana.

Mais importante do que as posições que foram adotadas é a promoção do debate constante para atingir, assim, a melhor solução pelo nosso ordenamento, qual seja, aquela que mais respeite o princípio da dignidade da pessoa humana e os demais preceitos insculpidos na Constituição Federal. Insta-se o respeito à vida, à vida digna e a necessidade de uma análise das novas possibilidades dentro da disposição do corpo humano, dentro dos avanços técnicos e dos anseios da população. Preocupa-se com o a supervalorização da autonomia do particular em seu próprio detrimento e com a proteção daqueles que não tem autonomia.

REFERÊNCIAS

ALENCASTRO, Juliana Fernandes. A legislação brasileira no processo doação - transplante de órgãos e tecidos. **Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá**, Cuiabá, v.10, n.1, p.41-62, jan./jun. 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina nº 1.358/92, de 19 de novembro de 1992. Adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida. **Diário Oficial da União**, Brasília- DF, 19 nov. 1992 seção 1, p.1653.

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

BRASIL. Constituição Federal de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed.Salvador: JusPodivm Editora, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 3.ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006.

_____. **Curso de direito civil**. v.I. Teoria Geral do direito civil. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. v. I. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2011.

LUCENA, George Alexandre de Barros; GOMES, Milena Cristiane de Lima Umbelino Gomes; VITAL, Roberto; RÊGO, Delane Maria. Considerações éticas sobre o aborto e a doação de órgãos de fetos anencéfalos. **Revista Bioética**, 2009.

PEDRA, Adriano Sant'Ana Pedra. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 15, n. 61. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

PEREIRA, Walter Antônio. **Manual de Transplantes de Órgãos e Tecidos**. 2.ed. MEDSI Editora Médica e Científica Ltda, 2000.

SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

STF. Habeas Corpus Nº 85237/ DF- Distrito Federal, Tribunal Pleno, Relator: Min. Celso de Mello, Julgado em 17/03/2005. Disponível em: < www.stf.jus.br >. Acesso em: 24 set. 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. v.I. Parte Geral. 8.ed. São Paulo: Atlas S.A., 2008.