

DIREITOS DA PERSONALIDADE E A PROTEÇÃO À INTEGRIDADE FÍSICA: SEUS ASPECTOS ÉTICOS E JURÍDICOS NA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS E TECIDOS NO BRASIL

Mônica Maria Ferreira Pereira
Marcus Motta Monteiro de Carvalho

RESUMO

O objetivo do presente artigo é discutir sobre a preservação da autonomia do indivíduo em dispor do próprio corpo, perante a ótica da legislação brasileira, e ampliar a visão sobre os aspectos éticos e jurídicos que norteiam a doação de órgãos e tecidos no *pos mortem*, ensejando esta uma exceção ao princípio da indisponibilidade do corpo humano e sua relação quanto ao direito da personalidade, especialmente no que se refere ao direito à integridade física. Será realizado uma análise geral, sobre como se dá a disposição do próprio corpo ou parte dele em vida ou no pós- morte e quais foram as modificações ocorridas no meio social brasileiro, mediante as constantes evoluções das disposições normativas brasileiras que regulamentam a doação de órgãos.

PALAVRA-CHAVE: Doação de órgãos; Direito de Personalidade; Integridade Física.

INTRODUÇÃO

A Medicina nos séculos XV e XVI relata a ocorrência das primeiras tentativas de utilizar tecidos procedentes de pessoas e animais para serem aproveitados, todavia, as operações terminaram em fracasso, devido aos procedimentos adotados na época serem primitivos não levando em conta as infecções advindas dos mesmos. A noção, de transplante de órgãos e tecidos, remonta pelo menos de três mil anos da história mitológica da Medicina.

Os registros mais antigos são da Mesopotâmia, Egito e, especificamente sobre transplante, da Índia antiga e, da China. Entretanto, quanto a questão de transplante o fato mais marcante foi na África do Sul, na Cidade do Cabo em 1967, quando o médico Christian Barnard retirou o coração de uma mulher, falecida em um acidente de trânsito e o transplantou em seu marido, após realizar a retirada do coração doente. Após essa operação sucederam-se várias outras operações, realizadas por vários médicos de outros países.

Atualmente o desenvolvimento científico biomédico tem beneficiado o indivíduo prolongando a vida de vários e garantindo a outros uma melhor qualidade de vida. Porém, os avanços biotecnológicos geram conflitos no campo jurídico e no da bioética, devido a ciência trazer a possibilidade de interferir nestes processos. A bioética, hodiernamente vem surgindo como um importante instrumento definidor da propriedade quanto ao dever de interferir nesses processos.

Nas últimas décadas, o transplante de órgãos e tecidos humanos em conjunto com os avanços dos medicamentos para imunossupressão, tornou-se meio terapêutico na substituição definitiva de órgãos e membros lesados, levando ao prolongamento da vida de pacientes crônicos e terminais, e com isto aumentando a sua sobrevivência.

O indivíduo tem sua dignidade humana preservada e garantida na Carta Magna de 1988, através de princípios, que são: a extrapatrimonialidade, a indisponibilidade, o caráter absoluto, a imprescritibilidade, a intransmissibilidade, a irrenunciabilidade e a impenhorabilidade. E através desses princípios e primordialmente pelo da indisponibilidade, que o nosso ordenamento jurídico protege a integridade física do ser humano, por ser essa um atributo essencial do indivíduo.

No Brasil, a doação de órgãos prevalece sobre os princípios da voluntariedade e da gratuidade na doação, importantíssimo mencionar que a vontade do indivíduo pode ser diferente da vontade de outra pessoa. Não é obrigatório fazer documento por escrito para que a pessoa expresse sua vontade de se tornar um doador, basta a ciência da família de acordo com a legislação brasileira. Porém, com o advento morte, esta vontade fica atrelada aos familiares que se tornam os donos do corpo do *de cujus*, e somente mediante o consentimento dos mesmos, é que os profissionais médicos estarão autorizados ou não para realizar a remoção dos órgãos e posteriormente transplantá-los.

METODOLOGIA

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica realizada no 1º semestre de 2013, como exigência para conclusão da Graduação em Direito da Universidade Salgado de Oliveira de Juiz de Fora, UNIVERSO. A revisão bibliográfica incluiu artigos de periódicos eletrônicos, livros, pesquisa dos trechos da carta constitucional referentes aos biodireitos, legislações que tratam da doação de órgãos no Brasil (Lei 8.489/92, Decreto 879/93, Lei nº 9.434/97, Lei nº 10.211 de 2001) e do Código Civil Brasileiro.

DESENVOLVIMENTO

1 Transplante e Remoção de Órgãos e Partes do Corpo Humano no *pos mortem* e a Legislação Brasileira

Para evitar que pessoas sem escrúpulos intermediassem negociações de forma mercantil, mediante a uma possível urgência da condição humana em garantir sua sobrevivência através da doação de órgãos por outros indivíduos, houve a necessidade de intervenção do Estado, com imposição de regras proibindo a disposição de partes dos corpos para fins não altruísticos. Assim, verificamos que a CF/88, em seu artigo 199, § 4º, prediz:

CF/88- 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.

O Código Civil de 2002, em seu artigo 13, prescreve sobre a proibição em dispor do próprio corpo caso venha a culminar em risco de lesão e redução permanente à saúde, referindo-se à indisponibilidade de doação mediante qualquer risco ao doador, mesmo que o receptor esteja em um quadro de urgência em que somente seja viável a manutenção de sua vida com a enxertia de qualquer órgão que seja:

CC/02- 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.

Já em seu artigo 14, o CC/02, prescreve sobre a disposição do próprio corpo, para fins de gratuidade, objetivando a ciência e a filantropia, no *pos mortem*, havendo para isso necessidade de manifestação expressa da vontade do doador ainda em vida, e esta vontade sobrepondo-se ao dos familiares, porém com o advento do art.4º da Lei n. 9.434/97 ficou restrita à hipótese de não manifestação do doador:

CC/02- 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.

A Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, Lei de Transplantes, veio complementar os artigos constitucionais acima citados, após importantes modificações introduzidas pela Lei 10.211, de 23 de março de 2001. A doação de órgãos voluntária era no contexto brasileiro na década de 1990, a única forma de doação sendo regulamentada pela Lei 8.489/92 e pelo Decreto 879/93. Estas normas foram substituídas pela Lei 9.434/97, que em seu art.1º, dispôs sobre a doação gratuita e voluntária, de órgãos e tecidos e partes do corpo, em vida ou pos mortem, e em seu art. 3º, dispôs sobre a obrigatoriedade de diagnostico de morte encefálica, precedendo a retirada do órgão.

Hodiernamente, a legislação que regula a doação de órgãos, tecidos e partes do corpo humano é a Lei nº 9.434/97, sendo que na época de sua publicação, diversos questionamentos foram suscitados, sobre doar ou não órgãos, como também, sobre a necessidade de uma norma vir a regulamentar que todas as pessoas fossem doadoras em potencial, exceto sua manifestação de vontade em contrário. Mediante a presunção, a família deveria ser consultada e o médico precisaria do aval da mesma ou do responsável para que se realizasse a retirada de órgãos do possível doador. A referida lei prescreve em seu Dispositivo Geral, sobre a permissão de disposição gratuita de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Neste rol, não estão compreendidos o sangue, o espermatozoide e o óvulo, pois esses têm tratamento específico na esfera jurídica brasileira:

Lei 9.434/97- Dispositivo Geral:

Art. 1º 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.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, não estão compreendidos entre os tecidos a que se refere este artigo o sangue, o espermatozoide e o óvulo.

Na época da promulgação da Lei 9.434/97, muitos foram os problemas jurídicos, éticos e científicos, que surgiram em torno das situações criadas. Devido a tantos impasses, em 1998, foi publicada a Medida Provisória nº 1718, que acrescentou o § 6º ao artigo 4º da Lei 9.434/97, onde se referiu que, ainda que o doador não houvesse manifestado sua vontade expressamente em vida em doar seus órgãos, a família poderia manifestar-se contrária à extirpação. Com isto, surgiram vários questionamentos quanto a presunção de doação suscitada pelo art.4º da Lei 9.434/97, e em consequência, houve a publicação da Lei nº 10.211/2001, que alterou consideravelmente a lei de transplantes.

A Lei nº 10.211/2001 regulamenta a necessidade de autorização dos familiares para a retirada de órgãos para fins de transplantes *post mortem*, jogando por terra a presunção de doação, e determinando a ordem de preferência em relação à manifestação da família. Com a sua entrada em vigor, ela alterou o art. 4º da lei de transplantes, surgindo assim, conflito entre este dispositivo e o art. 14 do Código Civil de 2002, advindo do possível descumprimento da família, à vontade expressa do falecido, se assim o desejar, não havendo previsão em nenhuma norma legal, que o faça respeitar a decisão ainda em vida do *de cujus* de ser doador de

órgãos e tecidos. Questiona-se quanto a não limitação ao poder familiar sobrepondo-se a vontade do falecido, mesmo estando protegida constitucionalmente através do direito da personalidade, contrariando assim o seu direito e a sua vontade de dispor do próprio corpo.

O procedimento de retirada de órgãos e tecidos, conforme dispõe o art.9 da Lei nº. 9.434/97, somente será permitida quando houver indispensável necessidade de tratamento do receptor, preconizando também a comprovação dessa necessidade. Assim, em seu parágrafo 3º aduz que a doação somente será permitida quando tratar-se de órgãos duplos ou partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo, e que não cause ao doador comprometimento de suas funções vitais e nem de suas aptidões físicas ou mentais, e nem lhe causem deformações. Quanto à gestante somente é permitida a doação de tecidos, para fins de transplante de medula óssea, desde que, não haja risco à sua saúde ou a do feto.

O Decreto nº 2.268/97, em seu art.20, prevê antes de se realizar a retirada de órgãos, tecidos ou partes do corpo vivo, haja previa comprovação de comunicação ao Ministério Público e da verificação das reais condições de saúde do doador, avaliando assim possíveis conseqüências do ato cirúrgico. Portanto, havendo comprovação, por meios de exames prévios, da debilidade da saúde ou comprometimento das atividades do doador, não será permitida o procedimento de retirada. Há impedimento legal quanto a mutilação ou prejuízo grave à saúde, restringindo o campo de manifestação da vontade do doador ou tornando-a nula, caso for contrario á lei, não podendo o médico realizar o transplante, restando assim, a garantia, ao direito à integridade do indivíduo, não sendo este um direito recente.

Há divergência entre as doutrinas quanto à natureza jurídica do direito à integridade do homem, não havendo unanimidade, pois que alguns tradicionalmente suscitam constituir um direito de propriedade, isto é, a intangibilidade da concepção de que o indivíduo é um ser humano existencial e que a violação do corpo humano somente seria possível mediante consentimento expresso do titular, desde que não haja violação de nenhum direito. Portanto, na doutrina atual, afirma-se não ser aceitável poder tratar o corpo humano e a integridade física como direito de propriedade, porque se o homem fosse proprietário, teria poderes amplos para

dispor de seu corpo, resultando em autorização à mutilação e destruição do próprio corpo, legitimando também o suicídio.

A doutrina atual entende que o direito à integridade do indivíduo torna-se como tipo dos direitos da personalidade que assegura a proteção aos interesses materiais e morais do ser humano em relação ao seu próprio corpo. O direito à integridade física confere a seu titular o poder de dar fim aos atos praticados por alguém contra seu corpo, podendo evitar ou fazer cessar qualquer ato que atente contra seu corpo ou sua saúde. A permissão para retirada será realizada, desde que haja garantia a vida do doador e do receptor, caso contrário, estará admitindo o cometimento de atos criminosos, em face de experimentos científicos indiscriminados.

Já na doação de alguns órgãos no *pos mortem* somente pode ocorrer, após ser constatada a morte encefálica do indivíduo, e com isto, a instituição através de uma equipe multiprofissional entra em contato com o responsável ou com a família informando-lhes do fato, este é o momento mais crítico para a resolução positiva da doação dos órgãos viáveis, como por exemplo, no caso de doação e remoção de coração para transplante.

2 Direito de Personalidade e Remoção de Órgãos e Tecidos Humanos

Cada indivíduo é detentor da garantia ao seu direito da personalidade, através das características deste direito, que são: direito à vida, direito à inviolabilidade e integridade e ao respeito do seu nome, direito a sua reputação e a vida privada, direitos à honra e à auto-estima e, direitos à proteção a vida contra lesão ao corpo ou à sua saúde, sendo cada um deles inalienáveis e garantidores. Estes direitos têm como finalidade, proteger os atributos da pessoa humana, e para isto tem-se que compreender os aspectos relativos às questões legais de transplantes em conflito com os direitos da personalidade.

Os direitos acima relacionados são vinculados à própria personalidade do indivíduo, e dizem respeito ao poder que ele tem de mover a ordem jurídica a favor de seu interesse, definindo assim aspectos da própria pessoa. Portanto, são os poderes que cada um deve exercer sobre si mesmo, não sendo assim, passível de avaliação pecuniária vez que são absolutos, devendo ser rejeitada qualquer ação

que venha a causar dano ou ofensa aos direitos de personalidade, conforme preceitua o Código Civil Brasileiro de 2002, em seus artigos 11 a 20.

Nos aspectos humanos e científicos, colocada a questão dos direitos da personalidade, a princípio, ocorre a autorização, de que o ser humano como indivíduo pode dispor do próprio corpo na obtenção de finalidades altruísticas, não podendo esta atitude ser considerada ilícita ou inválida juridicamente. Entretanto, ressalvam-se aquelas proibidas em que há risco para a vida ou saúde de quem deseja dispor de seu próprio órgão, corpo ou parte dele, e principalmente se decorre da obtenção de existência de qualquer espécie de benefício do ato praticado. Os procedimentos médicos, qualquer que sejam, devem sempre proteger o indivíduo em sua identidade e personalidade, respeitando a integridade e as liberdades fundamentais do ser humano.

As constantes evoluções da medicina no campo técnico-científico trouxe como consequência, uma maior reflexão sobre questões éticas-jurídicas quanto a doação e transplante de órgãos e tecidos ou parte do corpo humano, nos quais estão protegidos por princípios que norteiam os direitos da personalidade, devendo haver uma profunda análise destas questões, de tal forma que revertam em políticas orientadoras para todo o segmento da sociedade brasileira no que concerne a política de doação, transplante ou enxertia.

A decisão tomada pelo indivíduo em uma determinada situação, deve afastar qualquer tipo de ameaça aos direitos da personalidade e a desnecessidade de adoção de medida de tutela preventiva, baseando-se assim, na ética em políticas médicas de solução de conflitos de valores, entre o tratamento médico e a preservação da escolha e liberdade individual da pessoa ficando bem clara e absolutamente explícita a vontade e decisão do paciente.

O direito da personalidade não termina com a morte e não podendo alegar que com a morte da pessoa não haverá personalidade. O Código Civil Brasileiro de 2002 prescreve a garantia aos direitos da personalidade da pessoa morta, atribuindo aos seus herdeiros a possibilidade de aplicação de atos legítimos para impetrar ações de danos morais.

3 Princípio da Indisponibilidade e a Doação de Órgãos como Exceção

O princípio da indisponibilidade não permite ao titular do corpo, a possibilidade de sua disposição, tornando-o irrenunciável e impenhorável. Conforme este princípio, o corpo humano seria como projeção física da individualidade humana e também não havendo possibilidade de sua alienabilidade. Com isto passa a questionar-se a permissão à doação de órgãos e a disponibilidade gratuita, para fins altruísticos, de partes ou de todo o corpo, em vida ou após a morte, acarretada pela proteção à integridade física e à indisponibilidade, irrenunciabilidade e impenhorabilidade, do mesmo.

A doação do corpo ou parte dele fere diretamente ao princípio da indisponibilidade. Entretanto, admitisse a disposição de partes dele, vivo ou morto, caso não ocorra lesão ou prejuízo para o doador, para fins de tratamento, filantropia ou científica, e para isso deve haver uma autorização da família do *de cujus*. Não existe exigência legal de documento assinado pelo doador, ou seja, depende somente de uma simples autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, desde que observada a linha sucessória, reta ou colateral, incluindo o parentesco de 2º grau, firmada pela subscrição de duas testemunhas presentes durante o procedimento para constatação da morte encefálica.

À pessoa juridicamente capaz é permitida a disposição de tecidos, órgãos ou partes do corpo de forma gratuita, para fins terapêuticos ou quando em vida, para transplantes entre parentes consangüíneos até o 4º grau ou entre cônjuges, incluindo-se, para qualquer pessoa, desde que haja autorização judicial, exceto no caso de transplante de medula óssea. Essa permissão será feita, somente no caso de órgãos duplos, partes de órgãos, partes de tecidos ou de partes do corpo quando não houver prejuízo para o doador, ou quando não ocorrer risco de grave comprometimento de seu organismo que possa impedir ou diminuir sua capacidade vital, mental e desde que não ocorra deformação incabível até mesmo mutilação, e mediante a comprovação da real necessidade terapêutica do receptor.

A remoção de órgãos no *pos mortem* do individuo incapaz é permitida desde que haja consentimento expresso de ambos os pais, ou de seus representantes. Existe proibição legal quanto à retirada de órgãos de pessoas não identificadas, devido à ausência de manifestação da vontade familiar, sendo também vedada á

mulher gestante, salvo no caso de doação de transplante de medula óssea, e também não podendo o procedimento oferecer riscos para a gestante ou para o feto.

O doador deverá preferencialmente expressar por escrito seu ato de declaração de vontade em dispor de seu corpo ou partes dele, assim como também deverá ter duas pessoas presentes no momento, para que testemunhem a sua vontade, e para tanto esta declaração deverá especificar o objeto de retirada na doação. Essa autorização antes que se concretize a retirada, pode ser revogada pela família ou responsáveis legais, ou até mesmo pelo próprio doador em vida, a qualquer momento.

Permite-se também o autotransplante, com o consentimento do próprio indivíduo, ou, com o consentimento de um dos pais ou representantes legais, no caso do indivíduo juridicamente incapaz. Quando houver óbito sem assistência médica ou por causa indefinida da morte sem comprovação médica, a remoção somente ocorrerá com autorização de um patologista, constando assim do relatório de necropsia.

O cadáver após a retirada de tecidos, órgãos e partes, após a necropsia deverá ser recomposto e entregue à família ou responsável legal, caso contrário configura-se crime, punido com pena de detenção de seis meses a dois anos. Assim, como também, é proibida legalmente, a veiculação de propaganda com apelo público, com finalidade de arrecadação monetária para financiamento para transplante ou enxertia.

CONCLUSÃO

A Lei nº 9.434/97, “a Lei dos Transplantes”, em seu art. 4º criou vários dilemas e questionamentos éticos, morais e jurídicos que eclodiram na sociedade, suscitando diversas manifestações da Bioética e do Biodireito, devido à presunção de que todos os indivíduos seriam doadores, exceto manifestação de vontade em contrário, sendo que esta foi uma imposição forçada do Estado, sobrepujando os direitos da personalidade. Com a nova redação dada ao artigo 4º da Lei de Transplantes, pela Lei 10211/2001, esse consentimento presumido foi retirado, pois passou a dispor sobre a retirada de órgãos e tecidos dependente da autorização da família para fins de transplantes do *de cujus*.

O corpo humano é considerado um bem da personalidade e, deve ser tutelado pelo direito, sendo que o Código Civil em seu art.14 foi bem claro quanto a previsão da validade da disposição do próprio corpo para depois da morte, havendo assim uma contrariedade legal ao se manter o art. 4º da Lei dos Transplantes, violando o direito da personalidade daquele que em vida deixou expressamente consignada a vontade em ser doador, estabelecendo o direito da família de desrespeitar essa decisão. A doação deve decorrer da vontade do próprio doador e o seu desrespeito pela família, decorre em lesão aos direitos individuais do *de cujus* em conformidade com tal dispositivo legal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A Doação De Órgãos Como Exceção Ao Princípio Da Indisponibilidade Do Corpo Humano Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4240/>: acesso em 08/05/2013.

Aspectos Éticos da Legislação de Transplante e Doação de Órgãos no Brasil. Disponível em: http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/80/84: acesso em 14/05/2013.

Aspectos Jurídicos da Doação de Órgãos e Tecidos. Disponível em: <http://justicasaude.blogspot.com.br/2011/09/html>: acesso em 08/05/2013.

Aspectos Penais do Consentimento Nos Transplantes De Órgãos. Disponível em: <http://intertmas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/60/66>: Acesso em 12/04/2013.

Código Civil Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm: Acesso em 20/05/2013.

Constituição Federal do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/: Acesso em 20/05/2013.

DINIZ, M.H.- **O Estado Atual do Biodireito.** 8ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo. 2011. Pag 272 a 324.

Doação de Órgãos e os Direitos da Personalidade. Disponível em: <http://www.lawinter.com/5winterreview.pdf>: Acesso em 08/05/2013.

SÁ, M.F.F.- **Biodireito e Direito ao Próprio Corpo**- 2ª Edição. Editora Del Rey. Belo Horizonte, 2003. Pag. 75 a 86.

SÁ, M.F.F.; NAVES, B.T.O.- **Manual do Biodireito**- 2ª Edição. Revista, Atualizada e Ampliada. Editora Del Rey. Belo Horizonte. 2011. Pag. 286 a 307.