

TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS: UMA ANÁLISE JURÍDICA E MORAL SOBRE A TEMÁTICA

Rafaella Santana Carnavalli,
Tecnóloga em Gestão Comercial pela Universidade Cidade de São Paulo – UNICID
Bacharel em Direito pela Universidade Paulista – UNIP
Estagiária na Defensoria Pública do Estado de São Paulo (Campinas)
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4911-8574>
e-mail: rafaellasantanacarnavalli@hotmail.com

Recebido em: 12/05/2021
Aprovado em: 08/08/2022

RESUMO

A presente pesquisa possui como objetivo principal realizar uma análise jurídica e moral a respeito da prática de transplante de órgãos. Essa análise envolveu uma abordagem geral, considerando informações a respeito dessa prática em nível mundial e, posteriormente, de modo mais específico, a análise teve o intuito de concentrar o estudo no processo de transplante de órgãos no Brasil. Nos últimos anos, o procedimento de transplante de órgãos passou de um simples experimento para uma verdadeira opção terapêutica, cujo principal objetivo é prolongar e assegurar uma melhor qualidade de vida aos pacientes. O veloz desenvolvimento tecnológico relacionado à Biomedicina, obriga um necessário e frequente repensar dos modelos éticos. Os processos de nascimento e morte se apresentam, cada vez, mais suscetíveis de intervenção humana, de maneira que a Biomedicina surge, nesse campo específico, com a principal finalidade de determinar a viabilidade ou não dessa interferência. Para proporcionar um estudo mais efetivo e direcionado da temática em questão, a pesquisa utilizou a metodologia da revisão bibliográfica, considerando o posicionamento de diversos doutrinadores e da própria legislação, que serviram de embasamento teórico para as constatações apresentadas. Ao final, concluiu-se com o desenvolvimento da pesquisa, que o artigo 4º da Lei 9.434/97 necessita de alteração, para sanar lacunas relacionadas às interpretações legislativas sobre o tema em questão.

Palavras-chave: Transplante de Órgãos. Saúde Pública. Receptores.

ORGAN TRANSPLANTATION: A LEGAL AND MORAL ANALYSIS ON THE THEME

ABSTRACT

The main objective of this research is to carry out a legal and moral analysis regarding the practice of organ transplantation. This analysis involved a general approach, considering information about this practice worldwide and, later, more specifically, the analysis aimed to focus the study on the process of organ transplantation in Brazil. In recent years, the organ transplant procedure has gone from a simple experiment to a true therapeutic option, whose main objective is to prolong and ensure a better quality of life for patients. The rapid technological development related to Biomedicine requires a necessary and frequent rethinking of ethical models. The processes of birth and death are increasingly susceptible to human intervention, so that Biomedicine appears, in this specific field, with the main purpose of determining the feasibility or not of this interference. To provide a more effective and

targeted study of the subject in question, the research used the methodology of bibliographic review, considering the position of various scholars and the legislation itself, which served as a theoretical basis for the findings presented. In the end, it was concluded with the development of the research that article 4 of Law 9.434/97, needs to be changed, to remedy gaps related to legislative interpretations on the subject in question.

Keywords: Organ transplantation. Public health. Receivers.

1 INTRODUÇÃO

No ano de 1964, os transplantes de órgãos passaram a ser uma realidade no Brasil. Em 1968, foram realizados os primeiros transplantes de fígado, coração e pâncreas no país. Apesar da enorme expectativa, os resultados dos primeiros transplantes não foram plenamente satisfatórios e essa realidade se repetiu no Brasil e em muitos outros locais do mundo. O cenário fez com que esse tipo de procedimento cirúrgico fosse suspenso, logo no início da década de 70, com exceção dos transplantes de rins, que demonstravam ser um procedimento em franco progresso.

Com a descoberta da ciclosporina, em meados de 1970, e a expansão de sua aplicação clínica, atuando como um efetivo imunossupressor, foi possível observar melhores resultados no processo de implantação e recuperação dos pacientes submetidos ao transplante renal. Verificada essa possibilidade, o uso do mencionado imunossupressor passou a ser estendido aos demais órgãos, viabilizando, ainda que paulatinamente, o transplante cardíaco, hepático e pancreático, anteriormente suspensos.

A regulamentação que permitiu a prática regular de transplante de órgãos passou por três fases distintas. A primeira se relacionou com a demanda e disposição de órgãos que ficavam sob a responsabilidade dos centros de transplante, no período que correspondeu aos anos de 1964 a 1987, sem qualquer supervisão do Ministério da Saúde.

A fase posterior teve início no ano de 1987 e foi marcada pela atuação do Ministério da Saúde com a publicação do chamado Sistema Integrado para o Tratamento do Paciente Renal Crônico e do Transplante Renal (SIRCTRANS). Esse sistema foi criado com a finalidade de determinar padrões para o funcionamento dos centros de transplante renal.

Anos mais tarde, essa prática de supervisão foi ampliada para alcançar os mais diversos órgãos passíveis de transplante.

A última fase iniciou em 1998, a nova legislação teve como marco principal a criação do Sistema Nacional de Transplantes (SNT), no Distrito Federal. Na oportunidade da criação

desse sistema, todo o gerenciamento administrativo e financeiro referente aos procedimentos de transplante de órgãos passou a ser responsabilidade do governo federal.

A problemática abordada durante esta pesquisa envolveu moralidade e jurisdição, ver-se-á quais são as limitações, estabelecidas por lei, que os profissionais da saúde enfrentam quando tratam do assunto “transplante de órgãos”, bem como as limitações que os próprios doadores de órgãos estão sujeitos, pois mesmo “donos” de seus próprios corpos, não podem dispor deles a seu bel prazer.

Tratou se também sobre o conflito existente entre os artigos 14 do Código Civil e 4º da Lei 9.434 de 1997, isso, porque enquanto o artigo 4º da Lei especial determina a necessidade de autorização de parente para retirada e posterior doação de órgãos e tecidos, o artigo 14 do Código Civil não especifica essa necessidade e aborda a temática de maneira muito abrangente.

Por isso a importância desta pesquisa. Apesar da evolução tecnológica, o mundo da saúde pública ainda enfrenta muitas barreiras jurídicas e morais atualmente, e algumas dessas barreiras serão expostas ao longo do texto, algumas vezes de maneira ampla e, posteriormente, de modo específico.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONCEITUAÇÃO DO TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS: UM BREVE PANORAMA

Os transplantes de órgãos tiveram início na antiguidade, segundo Pereira, há registros, inclusive, bíblicos sobre a intervenção cirúrgica. (PEREIRA, 2002, p. 412).

De acordo com crenças, o primeiro transplante ocorreu na Sicília, no século III, e fora realizado pelos santos Cosme e Damião. Pelo que descreve a história, o sacristão de uma igreja teve sua perna amputada, pois sofria de gangrena, então, os santos foram até um cemitério, onde encontraram a perna de um cadáver disponível e realizaram o transplante com êxito. (WEBER, 2017).

A técnica de transplantes se alastrou pelo mundo, e foi possível encontrar seus primeiros registros no século XIX. Embora as intenções fossem positivas, os resultados na época não eram bons, e os percentuais de êxito eram baixos, tendo em vista, a precariedade com que os procedimentos eram realizados. (WEBER, 2017).

Mas, sem dúvida alguma, o marco na história dos transplantes deu-se no dia 3 de dezembro de 1967, na Cidade do Cabo, África do Sul, onde o médico Cristian Barnard realizou com êxito o primeiro transplante de coração. (PEREIRA, 2002, p. 404).

Apesar do sucesso do transplante, a equipe médica, muito bem-preparada, teve dificuldades para encontrar um doador que fosse compatível. Denise Ann Darval, 25 anos na época, cuja morte encefálica foi provocada por um atropelamento, foi a doadora que possibilitou a realização do transplante cardíaco no paciente Louis Washkansky. No entanto, ele veio a falecer dezoito dias depois, devido a infecções e à fraqueza de seu organismo. (LISSO, 1998, p. 16, 18).

Ainda na cidade de Clive, África do Sul, um rapaz negro doou seu coração para um rapaz branco, na época em que o princípio do *Apartheid* estava instaurado, gerando dúvidas, afinal, se o coração de uma pessoa negra pode salvar uma pessoa branca, deveriam ambas gozar dos mesmos direitos, garantias e deveres. (LISSO, 1998, p. 18).

Mas foi somente pela adoção dos princípios basilares da moderna cirurgia, como o refinamento instrumental, anestesia, antissepsia, antibioticoterapia, combate à rejeição etc., que o transplante de órgãos e tecidos passou a ser considerado um método científico. (DINIZ, 2002, p. 252).

Hodiernamente, os transplantes se tornaram prática rotineira, mas a capacidade de realização ainda é menor que as demandas, afinal, é por meio desses procedimentos que muitos pacientes próximos da morte, podem ter suas vidas recuperadas, ainda que por mais alguns anos. (DINIZ, 2002, p. 252).

2.1 Evolução histórica do transplante de órgãos no mundo

Desde as primeiras civilizações, existiam relatos e lendas que povoavam o imaginário das pessoas e que versavam sobre os procedimentos de transplantes de órgãos. Na obra de Homero, *Ilíada*, há menção sobre o primeiro transplante de tecidos com genética distinta e que resultava em uma quimera criada pelas mãos dos deuses. Além disso, a lenda dos santos Cosme e Damião, que já fora mencionada, explica que, depois de amputar a perna de um senhor, os santos transplantaram a perna de um soldado cujo falecimento havia ocorrido naquele dia. (FARIAS, 2007).

O termo transplante foi utilizado pela primeira vez com o significado que tem hoje, no ano de 1778, por John Hunter, na oportunidade em que descreveu experimentos realizados a partir do uso de enxertos ovarianos e testiculares em animais de espécies distintas. No ano de 1902, a Escola de Medicina de Viena protagonizou o primeiro autotransplante de rins nos vasos localizados no pescoço de um cachorro. (VENOSA, 2014).

Em 1906, na França, foram feitos dois transplantes entre espécies diferentes, por meio de rins de porcos e de cabras. Os transplantes foram realizados no braço e na coxa de seres humanos e tiveram pleno funcionamento por 60 minutos. Com a evolução, em 1909, já em

Berlim, foi transplantado um rim de um macaco para uma criança diagnosticada com insuficiência renal grave. Mesmo com uma grande quantidade de experimentos e a verificação da possibilidade da realização de transplantes, muitos pesquisadores ainda estavam intrigados e buscavam compreender o motivo dos falecimentos dos órgãos pouco tempo depois do procedimento. (MAZZUOLI, 2019).

O questionamento, aparentemente, passou a ter uma solução após a interferência de Guthrie, anos mais tarde, que associou os fracassos à deficiência na resposta imunológica dos pacientes. Essa constatação, serviu para estimular a permanência de estudos em andamento e o surgimento de novos outros que viriam para auxiliar em todo o processo de descoberta. (COHEN; OLIVEIRA, 2020).

Em 1933, foi realizado, por um cirurgião ucraniano, o primeiro alotransplante, ou seja, transplante realizado entre indivíduos pertencentes a uma mesma espécie. O transplante tinha a finalidade de tratar uma insuficiência renal aguda, mas, infelizmente, não foi bem-sucedido e o receptor faleceu após 48 horas de cirurgia. Até então, todos os procedimentos eram realizados sem qualquer droga imunossupressora. (COHEN; OLIVEIRA, 2020).

Em 1952, em Paris, foram descobertos os antígenos de histocompatibilidade, quatro anos mais tarde, uma equipe americana deu início a um programa de transplante renal com gêmeos idênticos e obtiveram sucesso. Os avanços e o uso da terapia imunossupressora, permitiram descobrir a azatioprina como medicamento adequado para a imunossupressão e a viabilidade dos transplantes renais. Em 1963, a azatioprina foi adicionada ao uso de esteroides e essa composição passou a representar um protocolo oficial de tratamento que durou quase 20 anos. (COHEN; OLIVEIRA, 2020).

O primeiro transplante cardíaco ortotópico foi realizado, em 1967, e consistiu na colocação de enxerto no mesmo local da retirada do órgão. Apesar dos esforços, o transplante não foi bem-sucedido. Do mesmo modo aconteceu com os transplantes de fígado, que não tiveram um bom resultado e acabaram por desencorajar os adeptos dos experimentos. (SILVEIRA et al, 2009).

2.2 Evolução histórica do transplante de órgãos no Brasil

No Brasil, a primeira manifestação legislativa sobre transplante de órgãos foi por meio da Lei 4.280/1963, que regulamentava a utilização de órgãos e tecidos de pessoas falecidas para transplantes. Essa lei determinava que o doador deveria relatar por escrito o seu interesse em doar, e possibilitava a escolha do receptor, bem como não proibia a venda dos órgãos e tecidos. (MOURA, 2009).

Posteriormente, essa lei foi revogada pela Lei 5.479/1968 que passou a autorizar a doação de tecidos e órgãos por menores e incapazes, além de assentir a retirada de órgãos e tecidos do corpo vivo e determinar a gratuidade da doação. (MOURA, 2009).

Todavia, o diploma não foi regulamentado, o que desencadeou a criação de uma série de instrumentos legais referentes ao tema, na tentativa de sanar a alta demanda de solicitações de transplantes e a carência de dispositivos legais efetivos. (PEREIRA, 2002, p. 409).

Mais tarde, a Constituição Federal de 1988, no artigo 199, § 4º, dedicou um dispositivo apenas para esse tema, a fim de fixar o preceito legal e torná-lo efetivo, subsequentemente, foi aprovada pelo Congresso Nacional a Lei 8.489/1992 e, sucessivamente, em 1993, foi regulamentado o Decreto nº 879 que não trouxe numerosas alterações. (PEREIRA, 2002, p. 410).

A expressão “cadáver” foi alterada para “corpo humano”, bem como fora acolhido um critério de morte encefálica. No que diz respeito à intenção do doador, ficou afincado que se este se omitisse sobre a doação, a família estaria autorizada a tomar a decisão, todas essas alterações foram feitas com a pretensão de altear o número de doadores. (PEREIRA, 2002, p. 410).

Grave era a situação que se encontravam aqueles que aguardavam em fila a espera por um doador, não sendo diferente atualmente. Com o intuito de buscar aumentar, de alguma maneira o número de doadores de órgãos, tecidos e partes do corpo humano, o legislador editou a Lei nº 9.434/97. (WEBER, 2017).

Com o inevitável surgimento de críticas advindas de sua interpretação, o legislador editou a Lei 10.211/2001, que fez alterações significativas na Lei dos Transplantes, Lei nº 9.434/97, que será analisada ao longo do desenvolvimento da pesquisa. (PEREIRA, 2002, p. 410).

3 A DINÂMICA ATIVA DA DOAÇÃO E DO TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS NO BRASIL

O transplante de órgãos consiste em um procedimento cirúrgico, que tem como objetivo a reposição de um órgão ou tecido de uma pessoa que possui algum tipo de enfermidade. A doação é proveniente de outro indivíduo que possui tecido ou órgão saudável e que pode estar vivo ou morto. A título de exemplo, um mesmo indivíduo vivo pode doar um dos rins, parte do fígado, do pulmão ou da medula óssea. (SILVEIRA et al, 2009).

De acordo com a legislação vigente no Brasil, essa doação pode acontecer vinda de parentes até o quarto grau e de cônjuges. As pessoas que não se enquadram nessa relação de parentesco só podem viabilizar a doação de órgãos por meio de autorização judicial. Quando a doação envolve pessoas mortas, são verificados dois tipos de doadores. O primeiro tipo é aquele que pratica doação em decorrência de morte cerebral, identificada de acordo com os

critérios estabelecidos pela lei e desde que não tenha sofrido parada cardiorrespiratória. (MAZZUOLI, 2019).

Em situações como essa, a doação pode ser de coração, fígado, pâncreas, pulmões, intestino, vasos, ossos, pele, córnea e tendões. O segundo perfil de doador é aquele cuja morte foi identificada por meio de critérios cardiorrespiratórios, e que, conseqüentemente, apresentou parada cardiorrespiratória, deixando, assim, o coração de bater. Nesses casos, a doação contempla somente tecidos para transplante de córnea, pele, vasos, tendões e ossos. Independentemente da situação, é fundamental que a morte encefálica seja devidamente constatada pela equipe médica (POTTER, 2017).

De acordo com o Ministério da Saúde, a morte encefálica é representada pela perda integral e irreversível das funções encefálicas, caracterizada pela parada das funções corticais e do tronco cerebral. (MORAIS; MORAIS, 2012).

A Lei nº 9.434/1997 esclarece que a doação de órgãos, depois de constatada a morte, só pode ser realizada quando se tratar de morte encefálica. Quando a morte acontece em casa, a doação só pode ser das córneas. Vale ressaltar, que a declaração de óbito precisa ser providenciada e, da mesma maneira, a intenção em doar precisa ser comunicada imediatamente à Central Estadual de Transplantes. Além disso, De acordo com o Ministério da Saúde, um dos principais critérios que limita a doação de órgãos é a mínima taxa de autorização por meio da família do doador.

Dados mais recentes desse Ministério demonstram que, pelo menos, metade das famílias não estão de acordo com a retirada dos órgãos e dos tecidos de um parente falecido. (COHEN; OLIVEIRA, 2020).

Assim, possuindo, ainda em vida, a intenção de ser doador de órgãos e tecidos após a morte, o Ministério da Saúde orienta que os interessados expressem as suas famílias o claro interesse em realizar a doação. Isso deve acontecer para que, após o falecimento, as famílias tenham plena consciência da vontade do falecido em concretizar a doação dos seus órgãos e tecidos, pois, de acordo com a legislação nacional, a doação de órgãos só pode ser viabilizada por meio da autorização da família. (COHEN; OLIVEIRA, 2020).

É importante destacar que as pessoas que não têm documentação, que sejam indigentes ou que sejam menores de 18 anos e não possuam autorização dos responsáveis, não podem ser doadores de órgãos.

Ademais, é indispensável compreender o funcionamento do Sistema Nacional de Transplantes. Nos casos que envolvem a doação por uma pessoa viva, é plenamente possível escolher a pessoa que irá receber o órgão, porém, nas situações que envolvem a doação após a morte, nem o doador nem a sua família podem fazer essa escolha. (MARINHO, 2011).

Diante disso, em situações em que a escolha não pode ser realizada, o receptor do órgão será a próxima pessoa definida na lista única de espera de cada órgão ou tecido, controlada e definida pela Central de Transplantes da Secretaria de Saúde de cada estado e supervisionada pelo Sistema Nacional de Transplantes.

A posição de cada pessoa nessa lista é determinada por critérios específicos, tais como, a urgência na realização do procedimento e o tempo de espera na lista. Com o objetivo de identificar compatibilidade entre receptor e doador são realizados diversos exames laboratoriais, de modo que, logo depois de confirmada essa compatibilidade, o órgão ou tecido poderá ser devidamente destinado. (MARINHO, 2011).

A partir do momento em que a morte encefálica é confirmada, e após a autorização da família para doação de órgãos, é feita a localização de um receptor compatível e a posterior retirada dos órgãos para transplante. (MARINHO, 2011).

Todo esse procedimento é realizado dentro de um centro cirúrgico capacitado, bem como é realizado em qualquer tipo de cirurgia que envolva doação de órgãos *post mortem*. O Ministério da Saúde destaca ser primordial que a equipe responsável pela retirada do órgão esteja integralmente capacitada para realizar esse procedimento. Depois de feita a extração do órgão ou tecido, o corpo do falecido é recomposto e liberado para que a família possa fazer as despedidas de praxe. Vale ressaltar que não existe qualquer custo para família do doador de órgãos, da mesma maneira, não existe qualquer tipo de pagamento a ser destinado em decorrência dessa doação. (SILVEIRA et al, 2009).

3.1 A morte no direito brasileiro

A morte pode ser compreendida como um produto social, tanto do ponto de vista de sua rejeição, pelas crenças, quanto do ponto de vista de seus estilos peculiares de acometer os indivíduos. Considerando um diferente ângulo, ainda é possível destacar a morte e sua apropriação pelos sistemas de poder. Por esse motivo, inevitavelmente, considera-se a morte um produto da história. (LIMA NETO, 2008).

Ao lidar com a morte, todos são tomados de vários sentimentos, é nesse momento que o ser humano reflete sobre sua existência, ao finalizar a vida. É de costume a preparação do corpo, velório e a despedida do ente querido, essas são etapas que todos iremos enfrentar um dia. Para o direito, esse processo vai muito além, pois com o findar da existência, termina também a personalidade jurídica. (LIMA NETO, 2008).

Para a medicina, a morte é determinada pela parada cardiorrespiratória irreversível, atestada por médico, ou na sua ausência, por duas testemunhas, bem como, pela morte

encefálica, ou seja, a extinção da atividade elétrica encefálica, atestada por critérios clínicos e técnicos. (VENOSA, 2014).

No Direito, a morte extingue a personalidade jurídica civil das pessoas, e pode ser classificada de duas maneiras, morte real ou morte presumida. A morte real é de fácil constatação, pois se tem a existência de um corpo sem vida, já a morte presumida, como o próprio nome informa, tem-se que presumir, porque não há corpo. (LIMA NETO, 2008).

A morte nada mais é do que o momento extintivo dos direitos da personalidade. A morte real se dá com o óbito comprovado da pessoa natural, o critério jurídico de morte no Brasil é a morte encefálica.¹

A regra geral é que, inicialmente, se exige um atestado de óbito (para isso é necessário o corpo) que irá comprovar a certeza do evento morte, devendo este ser lavrado por profissional registrado no Conselho Regional de Medicina. (VENOSA, 2014).

Com esse documento, é lavrada a certidão de óbito, por ato do oficial do registro civil de pessoa natural, sendo está a condição para o sepultamento. Na falta do corpo, recorre-se aos meios indiretos de comprovação morte real (também chamada de justificação judicial de morte real).

3.1.1 Morte real

A morte real se dá pela existência de um corpo, e tem como prova jurídica de constatação o registro de certidão de óbito. Seu acontecimento é atestado por médico, em documento solene, o atestado de óbito, que tem como finalidades principais a confirmação da ocorrência do evento, a definição da *causa mortis* e a satisfação do interesse médico-sanitário, embora tal testemunho possa ser feito por duas testemunhas idôneas, que tenham presenciado ou verificado o falecimento. (VENOSA, 2014).

O documento que contém a declaração médica é o atestado de óbito, que se constitui em garantia à família e à sociedade de que não há possibilidades de o indivíduo estar vivo, podendo ser processado legalmente o inventário.

Para compreender as consequências da extinção da personalidade natural, é preciso rever o artigo 2º, do Código Civil, ele explicita que o início da personalidade se dá com o nascimento com vida. Temos, portanto, que o nascimento com vida traz o início da personalidade e, a morte a extinção da personalidade que, conseqüentemente, extingue determinadas obrigações do indivíduo. (VENOSA, 2014).

¹ BRASIL. Lei n º 9.434, de 04 de fevereiro de 1997. (**Lei de Transplantes**). Brasília, DF: 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm. Acesso em: 22 jun. 2020.

3.1.2 Morte presumida

Há situações em que não é possível encontrar o cadáver para exame, bem como, não há testemunhas que presenciaram ou constataram a morte, mas é extremamente provável que tenha ocorrido. A título de exemplo, temos a morte presumida de quem estava em perigo de vida, não há certeza da morte, entretanto, se houver um conjunto de situações que, não sendo diretamente, induzam a certeza, a lei permite ao juiz a declaração da morte presumida. (DIAS, 2010).

A morte presumida, está prevista na segunda parte do artigo 6º, do Código Civil, que diz:

[...] a existência da pessoa natural termina com a morte e presume-se esta, quanto aos ausentes, no caso em que a lei autoriza a abertura da sucessão definitiva.²

Conforme a disposição legal, presume-se a morte das pessoas ausentes nos casos em que a lei autoriza a abertura da sucessão definitiva, ou seja, ocorre quando uma pessoa desaparece e, depois de um lapso de tempo significativo, não se sabe do seu paradeiro.

Ademais, situações que envolvem desaparecidos após acidentes, catástrofes ou guerra, que no transcorrer do tempo não retornaram, também podem ser declarados como mortos presumidos. (VENOSA, 2014).

Quando se fala sobre morte presumida, deve-se falar também sobre o instituto da comoriência, que é o instituto pelo qual se considera que duas ou mais pessoas morreram simultaneamente. Isso acontece, sempre que não se puder averiguar qual delas pré-morreu, ou seja, quem morreu em primeiro lugar. (VENOSA, 2014).

Art. 8º, do Código Civil:

*Se dois ou mais indivíduos falecerem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se algum dos comorientes precedeu aos outros, presumir-se-ão simultaneamente mortos.*³

Comoriência, é um termo do Direito Civil, que indica presunção legal de morte simultânea, de duas ou mais pessoas ligadas por vínculos sucessórios. (VENOSA, 2014). Como não se consegue identificar quem faleceu primeiro, e os indivíduos considerados simultaneamente mortos, não se cabe direito sucessório entre os comorientes. Vale dizer, comorientes não são herdeiros entre si. (DIAS, 2010).

É importante ressaltar, ainda, que a comoriência somente se aplica quando houver vínculo sucessório entre as partes. Não há transferência de bens entre comorientes. Assim, por exemplo, se um casal morre em um acidente (sem descendentes ou ascendentes) sem saber

² BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (**Código Civil**). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 20 jun. 2020.

³ Ibidem.

qual morreu primeiro, um não herda do outro. A divisão ocorrerá normalmente entre os herdeiros, cada familiar com a meação de uma das partes. (DIAS, 2010).

3. TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

3.1 Constitucionalização do Direito Civil

Maria Berenice Dias ensina que a solução para qualquer tipo de problema jurídico deve, necessariamente, ser analisada, pelo menos em um primeiro plano, sob a ótica constitucional, visto que, considerando a compreensão da hermenêutica moderna, a Constituição precisa ser o centro de toda a ordem jurídica que compõe um determinado Estado. (DIAS, 2010).

Assim, é possível afirmar que a Constituição Federal, está no topo do ordenamento jurídico, e suas normas possuem prevalência legal sobre as demais, consideradas, portanto, normas infraconstitucionais. Se antes não se invocavam os ditames constitucionais para a resolução das questões privadas, com a efetividade na supremacia das normas constitucionais isso passou a ser regra. (MORAIS; MORAIS, 2012).

A prevalência das normas constitucionais pode ser sintetizada em um princípio constitucional de ampla aplicabilidade denominado de princípio da supremacia da constituição. Segundo esse postulado, todas as normas jurídicas constantes em um determinado ordenamento devem, necessariamente, estar de acordo com a Carta Maior do Estado, isto é, a Constituição.

A respeito disso, Maria Berenice conceitua que:

O princípio da supremacia constitucional significa encontrar-se a Constituição no vértice do sistema normativo. Ela é o fundamento de validade de todas as demais normas, pois estabelece em seu corpo a forma pela qual a normatividade infraconstitucional será produzida. Todas as demais leis e atos normativos são hierarquicamente inferiores à Constituição. E se com ela incompatíveis, não têm lugar no sistema jurídico, por não haver possibilidade de coexistência entre a Constituição e a norma inconstitucional. (DIAS, 2010, p. 144).

Nesse sentido, é possível afirmar que o que se encara é um verdadeiro movimento de constitucionalização do direito, de modo que os ditames constitucionais perpassam por todas as demais normas do ordenamento jurídico. Contextualizando esse raciocínio, Maria Berenice, ainda destaca que a constitucionalização do direito infraconstitucional:

[...] não tem como sua principal marca a inclusão da Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional. (DIAS, 2010).

Ao centrar os olhares para o atual Código Civil brasileiro, promulgado em 2002, é possível afirmar, que ele ainda é o norte fundamental para a regulação das relações jurídicas entre os particulares, visto que é a codificação genérica que versa a respeito do direito privado.

Apesar disso, é importante ressaltar que a Carta Magna exerce grande influência na aplicabilidade dos dispositivos constantes no referido código. Ponderar a influência da norma constitucional no texto infraconstitucional não é uma tarefa simples, por isso deve ser exercida com grande cautela e responsabilidade. (VENOSA, 2010).

Nesse contexto, é necessário tecer algumas considerações sobre o fenômeno conhecido como a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Tal fenômeno está relacionado ao fato de que em muitas relações entre particulares se vislumbra uma desigualdade.

Por isso a aplicação dos direitos fundamentais nessas relações não diminuiria, ou apagaria, a autonomia privada, contando que a aplicação seja feita de acordo com a devida análise de cada caso em concreto e, além disso, observando os critérios da razoabilidade e proporcionalidade.

Sobre a temática, Cristiano Farias ressalta que:

Para se evitar a ocorrência de abusos nas relações civis, é necessária, e possível, a aplicação dos direitos fundamentais constitucionais no âmbito do Direito Privado. Sobre o tema, afirma Pietro Perlingieri que o Direito Civil não se apresenta em antítese ao Direito Público, mas é apenas um ramo que se justifica por razões didáticas e sistemáticas, e que recolhe e evidencia os institutos atinentes com a estrutura da sociedade, com a vida dos cidadãos como titulares de direitos civis. Retorna-se às origens do Direito Civil como direito dos cidadãos, titulares de direitos frente ao Estado. Neste enfoque, não existe contraposição entre Direito Privado e Direito Público, na medida em que o próprio Direito Civil faz parte de um ordenamento unitário. O que deve ocorrer é uma interpretação conjunta das leis, sejam elas públicas ou privadas, principalmente entre as hierarquicamente superiores e as inferiores, pois a norma pública superior não pode ser contrariada pela privada inferior, o que demonstra a necessidade de colocar o ordenamento civil brasileiro em harmonia com as normas constitucionais. (FARIAS, 2007, p. 38).

Nesse sentido, é importante contextualizar os direitos fundamentais e compreender as características associadas juridicamente a esses direitos. Os direitos fundamentais são inalienáveis, indisponíveis, relativos e imprescritíveis. Quanto à característica da inalienabilidade, é necessário compreender que não se pode abrir mão desses direitos ou renunciá-los. (FARIAS, 2007).

Dessa maneira, ensina Lima Neto a respeito dos direitos fundamentais que:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. O que parece fundamental numa época histórica e

numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas. (LIMA NETO, 2008, p. 102).

No que diz respeito à indisponibilidade, seguindo o mesmo cerne conceitual da inalienabilidade, essa característica está relacionada à impossibilidade de dispor ou negar a incidência desses direitos. Quanto à relatividade, segundo o autor supracitado, a ideia está relacionada à inexistência de um direito absoluto, de modo que para balizar a aplicação deles, é necessário um coerente exercício de ponderação. Por fim, quanto à imprescritibilidade, o que se tem, é que esses direitos jamais prescrevem ou se perdem, seja pelo decurso do tempo ou por qualquer situação superveniente. (LIMA NETO, 2008).

Ainda nesse sentido, é importante destacar que, antigamente, a única direção para qual seguiam os direitos fundamentais era a vertical ou a também chamada direta. Com o século XX, tendo como precursora a Alemanha, surgiram as primeiras noções de aplicabilidade horizontal ou indireta dos direitos fundamentais. (DIAS, 2010).

Em solo brasileiro, um dos primeiros precedentes expressos que consagrou tal aplicabilidade foi produzido pelo Supremo Tribunal Federal, em 2006, no julgamento do RE 201.819/RJ:

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais (...).⁴

⁴ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 201819**. Relator: Ellen Gracie. Rio de Janeiro, 27 out. 2006. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/762997/recurso-extraordinario-re-201819-rj>. Acesso em: 09 jun. 2020.

R. Curso Dir. UNIFOR-MG, Formiga, v. 13, n. 2, p. 38-62, jul./dez. 2022.

Esse clássico precedente brasileiro, decorrente do Recurso Extraordinário proveniente do Rio de Janeiro, abordou sobre a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares, consagrando, assim, o fenômeno da constitucionalização do direito nacional.

3.2 Análise constitucional: os direitos fundamentais

Analisar os Direitos assegurados pela Constituição Federal Brasileira se faz indispensável, em vista disso, há que se diferir os Direitos Universais dos Direitos Fundamentais, pois é comum a universalização de ambos em um único conceito.

No tocante aos Direitos Universais, destaca-se o seu sentido internacional, pois são Direitos que se encontram assegurados além das políticas de determinado Estado Soberano e, por isso, não precisam estar obrigatoriamente instituídos na ordem jurídica interna do Estado, uma vez que estão previamente reconhecidos internacionalmente. (FARIAS, 2007).

Inobstante, os Direitos Fundamentais são aqueles instituídos internamente, de modo que tais Direitos nem sempre são reconhecidos pelos Estados Soberanos, ou seja, para alcançarem o status de reconhecimento internacional, os Direitos Fundamentais precisam ser constituídos por convenções ou tratados. (FARIAS, 2007).

Esses direitos estão ligados aos Direitos Humanos, tendo em vista que se consideram Direitos Humanos aqueles atribuídos ao homem, isto é, são direitos que visam resguardar os valores mais preciosos da pessoa humana, ou seja, direitos que visam resguardar a solidariedade, a igualdade, a fraternidade, a liberdade, a dignidade da pessoa humana, direitos estes que são protegidos e reconhecidos por uma constituição ou normatização equivalente. (FARIAS, 2007).

Apesar de existirem algumas diferenças, os três possuem pontos em comum que se encontram na dignidade da pessoa humana, ao passo que limitam o poder do Estado.

Tangencialmente se pode mencionar os direitos naturais, que também estão conectados aos Direitos Fundamentais e aos Direitos Humanos. Para os jusnaturalistas, os direitos naturais se originam da natureza das coisas ou da própria natureza humana, o que significa dizer que, se não houver previsão em tratados ou constituições, isso não os invalida, pois são direitos que derivam da razão da natureza humana. Por outro lado, qualquer restrição aos direitos naturais no seu conjunto, quais sejam, vida, liberdade, propriedade privada e busca pela felicidade, é um atentado aos direitos naturais. (VENOSA, 2014).

3.2.1 Disposição do próprio corpo e dignidade da pessoa humana

Ao longo da história da humanidade, pelo menos duas concepções relacionadas ao nascer e ao morrer se fizeram presentes. A primeira assumiu uma postura misteriosa e mágica

que subtraiu a experiência do nascimento e da morte, da própria vontade das pessoas, associando-se a uma vontade divina, o que determinava a razão de ser desses acontecimentos. Na segunda, se observava a tentativa de superar a própria humanidade de forma radical, negando a sua mortalidade e desconstruindo a ideia de uma vida limitada e finita. (LIMA NETO, 2008).

É nesse contexto, que surge a busca pela autonomia humana em relação ao momento de sua morte. A linha que antes dividia atenção entre o abandono da vontade de gênero, e a busca da referida autonomia, ainda continua presente, principalmente na reflexão moral sobre o tema. Em algumas situações, é possível erguer essa discussão sobre um caráter antropológico, muito embora esse não seja o foco da pesquisa. (COHEN; OLIVEIRA, 2020).

Em razão disso, o homem, em alguns casos, é compreendido como o senhor absoluto, de maneira que sua liberdade dependeria da própria vida. Em outros casos, o homem renuncia de sua autonomia, reconhecendo que a sua vida depende essencialmente de Deus. Com fundamento nesse debate, podem ser tecidas considerações a respeito da morte digna e da disponibilidade da vida. (FARIAS, 2007).

Quando se trata de qualquer mecanismo de antecipação da morte, um juízo ético é invocado, considerando a convicção de que somente Deus é capaz de retirar a vida, ninguém poderia intervir nesse direito. A ideia de sacralidade da vida, é compreendida como se fosse absolutamente indisponível para qualquer pessoa, e essa indisponibilidade estaria diretamente associada a um cunho religioso. A igreja católica é diretamente contra os mecanismos de antecipação da morte e, para justificar o seu posicionamento, defende um estado humano e declara o respeito incondicional à vida desde sua concepção. (FARIAS, 2007).

3.2.2 Direito da pessoa humana e direitos da personalidade

Com o advento do regime democrático no Brasil e, posteriormente, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, muitos direitos e garantias ficaram consagrados. Dentre eles, destacam-se as garantias de ordem pessoal e a proteção aos direitos da personalidade. Determinadas prerrogativas individuais, essenciais à pessoa humana, foram, paulatinamente, reconhecidas pela doutrina e, conseqüentemente, pelo ordenamento jurídico, assim como protegidas pela jurisprudência. Tais prerrogativas foram consideradas, portanto, direitos inalienáveis que se encontram fora do poder de comércio e que precisam de proteção legal. (SCHREIBER, 2013).

Os direitos da personalidade visam à integridade física e moral de cada pessoa, protegendo características de sua personalidade, considerando, para isso, o aspecto físico, moral, intelectual e psíquico. A efetivação desses direitos está diretamente relacionada à

busca de respeito pelo ser humano, seja por seus sentimentos, em relação ao emocional ou psicológico, e também com foco em sua integridade física. (FARIAS, 2007).

A dignidade, é um valor constitucional que traz situações jurídicas nas vidas dos indivíduos e tem um vínculo forte com os direitos da personalidade. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso X, consolidou a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, declarando também como direito fundamental a dignidade da pessoa humana, o qual nem sempre é usufruído por todos.

Cristiano Farias, destaca que:

A dignidade humana e os direitos fundamentais da mulher, considerando-se que a vida do feto, em geral, deve ser protegida e reconhecendo que a educação na área da sexualidade e da reprodução é comprovadamente a única política pública que apresenta resultados satisfatórios na redução da incidência do aborto, conclui-se que qualquer legislação que vise a diminuir a realização de abortamentos, deve ser preventiva e não punitiva. (FARIAS, 2007, p. 101).

Especialistas da ONU afirmam que:

Problemas envolvendo o acesso ao aborto seguro e legal estão no âmago do direito fundamental da mulher à igualdade, à privacidade e à saúde mental e física, e essas são pré-condições para a realização de outros direitos e liberdades. Esperamos que passos importantes dados em alguns países para recuperar os direitos reprodutivos das mulheres por meio de referendos, ação legislativa e judicial, possam ser acompanhados por outros (países).⁵

A personalidade, por ser inerente a todos os seres humanos, apresenta-se como um pressuposto jurídico formal de igualdade. Esse pressuposto se materializa no postulado segundo, em que cada ser humano precisa respeitar a personalidade jurídica dos outros, considerando que ela é um verdadeiro reflexo da sua própria personalidade. (VENOSA, 2014).

Os direitos da personalidade são subjetivos e absolutos, de modo que devem regular os aspectos mais importantes da personalidade humana. Tais direitos, não possuem aspecto patrimonial e, por esse motivo, são inalienáveis, intransmissíveis, irrenunciáveis e imprescritíveis.

Esses direitos são positivados em âmbito nacional e internacional, no Brasil, pelos artigos 11 a 21 do Código Civil de 2002, e pela Carta Constitucional vigente, promulgada em 1988, na qualidade de direitos e garantias fundamentais, e no mundo, por diversas Convenções Internacionais, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU, firmada no ano de 1948, no período pós-Segunda Guerra Mundial.

⁵ _____. **Especialistas da ONU pedem fim da criminalização do aborto em todo o mundo**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/especialistas-da-onu-pedem-fim-da-criminalizacao-do-aborto-em-todo-o-mundo/>> Acesso em: 09 de jun. de 2020. R. Curso Dir. UNIFOR-MG, Formiga, v. 13, n. 2, p. 38-62, jul./dez. 2022.

A respeito da referida Declaração, pode-se destacar o seu artigo 1º, cuja redação dispõe que:

[...] todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.⁶

Assim, ao verificar o ordenamento jurídico brasileiro, é possível afirmar que são direitos da personalidade:

[...] o direito à dignidade; o direito à liberdade (e o direito à livre iniciativa na forma e nos limites estabelecidos pela Lei); o direito à igualdade; o direito à segurança; o direito à cidadania; o direito à vida, o direito à integridade física e psíquica, o direito ao nome; o direito à imagem; o direito à inviolabilidade da vida privada; o direito à liberdade de pensamento e de expressão; o direito à propriedade; o direito a ser submetido ao justo processo; e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (direito novo, difuso e de exclusiva natureza pública). (MAZZUOLLI, 2019, p. 139).

Esses direitos são essenciais para garantir o equilíbrio social e assegurar que todas as pessoas, indistintamente, possam ter os seus direitos respeitados.

A Constituição Federal de 1988 preconiza, em seu artigo 1º, o princípio da dignidade da pessoa humana e o destaca como fundamento da República Federativa do Brasil, nesse contexto, é possível afirmar que esse princípio, conforme defende Maria Berenice, é cerne axiológico do sistema constitucional na atualidade. (DIAS, 2010).

Assim, considerando a sua grande importância para o ordenamento jurídico atual, bem como para esta pesquisa, mostra-se imprescindível um estudo mais detalhado a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana, tecendo breves pontuações teóricas relacionadas à sua origem, evolução e natureza jurídica.

Antes de iniciar o estudo a respeito da definição do princípio da dignidade da pessoa humana e adentrar, propriamente, em seu conteúdo, é fundamental compreender a origem e a evolução conceitual dessa expressão a fim de entender o seu papel no direito hodiernamente.

Inicialmente, conforme explica Cristiano Farias, na antiguidade clássica, a noção de dignidade da pessoa humana estava diretamente relacionada com a posição social que esta ocupava, assim como o seu grau de reconhecimento pelos demais, havendo, dessa maneira, uma verdadeira modulação da dignidade, de forma, que existiam pessoas consideradas mais ou menos dignas. (FARIAS, 2007).

Com o fortalecimento do cristianismo, propagou-se a ideia de que o ser humano foi criado à semelhança de Deus, possuindo, assim, um valor próprio que lhe é natural, o qual não pode ser encarado como um mero objeto.

⁶ _____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 07 dez. 2021.

No medievo, Tomás de Aquino preconizou, imbuído de toda inspiração cristã, que a noção de dignidade estava relacionada à ideia da criação do homem à imagem de Deus, mas, além disso, à ideia de capacidade de autodeterminação, característica da natureza humana. (FARIAS, 2007).

Foi somente no pensamento de Immanuel Kant que se secularizou a construção do ideal de dignidade da pessoa humana. Para melhor análise, cumpre destacar dois conceitos centrais relacionados ao pensamento kantiano: o conceito da autonomia e o da dignidade. (DIAS, 2010).

A visão kantiana era fundamentada na ideia de que somente os seres dotados de racionalidade possuem a característica da autonomia da vontade, a possibilidade de agir por si mesmo, constituindo-se, dessa forma, o fundamento basilar do princípio da dignidade da pessoa humana. (COHEN; OLIVEIRA, 2020).

Compreendendo a origem desses ideais, Maria Berenice afirma que a análise contemporânea da dignidade da pessoa humana engloba consideráveis partes do pensamento kantiano, de forma que essas partes podem ser unificadas na premissa por ele propagada, qual seja:

[...] todo homem representa um fim em si mesmo, não devendo ser funcionalizado a projetos alheios; as pessoas humanas não têm preço nem podem ser substituídas, possuindo um valor absoluto, ao qual se dá o nome de dignidade. (BARROSO, 2010, p. 18).

Diante desse contexto histórico, é possível afirmar que somente em meados do século XX, a dignidade da pessoa humana passou a ter algum significado entre os homens, ainda que de maneira singela, em documentos jurídicos oficiais, tais como a Constituição de Weimar promulgada em 1919, a Constituição Portuguesa datada de 1933 e a Constituição da Irlanda do ano de 1937. (FARIAS, 2007).

Todavia, no período que sucedeu a Segunda Guerra Mundial, houve rápido reconhecimento desse princípio nas Constituições, fato que representa a indignação mundial em relação às atrocidades praticadas nesse período. (FARIAS, 2007).

A previsão expressa da dignidade da pessoa humana pelo direito constitucional positivo nacional, aconteceu com o advento da Constituição Federal de 1988, que foi a primeira carta magna brasileira a reconhecê-lo de forma expressa. Tal reconhecimento se deu em um contexto histórico de redemocratização do país, após as marcas deixadas pelo regime ditatorial militar, que permaneceu dominante no Brasil no período de 1964 a 1985. (VENOSA, 2014).

No aspecto conceitual, é possível destacar que a dignidade da pessoa humana tem por finalidade assegurar qualquer pessoa, pelo simples fato de ser humano, às condições básicas essenciais para uma existência digna. A dignidade é intrínseca à pessoa humana, e este motivo é o bastante para se ter respeitado um conjunto mínimo de direitos considerados essenciais. (VENOSA, 2014).

3.2.3 Direito à vida e a saúde

A tarefa de definir o sentido exato da vida é complexa e depende de uma série de fatores diversos que estão em constante movimento. Os pesquisadores que se dedicam ao estudo das ciências biológicas destacam que a vida representa a continuidade de todas as funções de um organismo. De maneira mais simplória, a vida pode ser compreendida como o período entre a concepção e a morte. (MAZZUOLI, 2019).

De maneira geral, em qualquer definição que se faça não é possível apresentar características inquestionáveis e definitivas. José Afonso da Silva compreende a vida como um processo vital impossível de ser considerado apenas no seu sentido biológico, pois a sua riqueza é de difícil apreensão, já que se trata de algo dinâmico que se transforma incessantemente. (SILVEIRA et al, 2009).

Independentemente de qualquer definição, o importante é saber que o direito à vida se apresenta como o mais importante dentre todos os direitos fundamentais do ser humano. Trata-se, do primeiro direito natural que o direito positivo reconheceu, mesmo que não o tenha criado. Dessa maneira, como expressam diversos autores de renome, o direito fundamental à vida é uma lei não criada pelo Estado, mas por ele reconhecida. Essa lei é inerente ao ser humano e já lhe pertence pelo simples fato de ter nascido. (DIAS, 2010).

No ordenamento jurídico brasileiro, esse direito se encontra assegurado na Carta Magna de 1988, no artigo 5º, caput:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do **direito à vida**, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade[...]. (**Grifo nosso**).⁷

Pode-se dizer que este é o direito mais importante, pois sem ele nenhum outro existiria. Mas o que é a vida sem a saúde? Esse direito também é assegurado pela Constituição:

Art. 6º São direitos sociais a educação, **a saúde**, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à

⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 dez. 2021.

R. Curso Dir. UNIFOR-MG, Formiga, v. 13, n. 2, p. 38-62, jul./dez. 2022.

maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (**Grifo nosso**).⁸

No Brasil, diferentemente de muitos outros países do mundo, tem-se o SUS, Sistema Único de Saúde, um sistema gratuito que busca garantir a saúde de todos os brasileiros, mas principalmente daqueles que não podem arcar com despesas médicas. Esse Sistema foi criado pela própria Constituição de 1988, com o intuito de fazer cumprir o que nela mesmo estava escrito, garantindo assim, o direito a saúde de todos.

Esse direito, encontra-se assegurado em muitos outros artigos do ordenamento brasileiro, tendo em vista que a saúde vai além de garantir simples atendimento médico, envolve também políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças, entre outros.

3.3 Análise infraconstitucional

De modo geral, o corpo humano é esfera juridicamente considerada alheia ao comércio. Por esse motivo, não pode ser objeto de qualquer tipo de negociação comercial. Apesar disso, ainda em vida ou após a sua morte, é possível que um indivíduo disponha de partes do seu corpo para doação, visando ao benefício da saúde de outra pessoa, inclusive para fins de pesquisa. (DIAS, 2010).

O artigo 13 do atual Código Civil preconiza que ressalvadas as exigências médicas, a disposição do próprio corpo não pode ser feita quando se tratar de diminuição permanente da integridade física da pessoa. Ainda assim, o parágrafo único desse mesmo dispositivo apresenta uma exceção à essa regra proibitiva e permite a disposição de órgãos para fins de transplante, desde que percebidas as orientações de lei especial. (COHEN; OLIVEIRA, 2020).

O direito ao corpo, incluindo aí os seus tecidos, órgãos e demais partes separáveis, são projeções imediatas do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito a integridade física. Nos casos em que à exigência médica, é possível que aconteça a diminuição da integridade física, desde que a exposição do corpo aconteça com finalidade científica ou altruística. (DIAS, 2010).

O corpo é considerado um verdadeiro bem jurídico, isto é, uma realidade biológica reconhecida pelo direito e que merece total proteção. A maior representação desse intuito protetivo, são os dispositivos penais, que visam à condenação pela prática de crimes relacionados às lesões corporais, perigo para vida e para saúde, além do vilipêndio, destruição, ocultação e subtração de cadáver. (MARINHO, 2011).

⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 dez. 2021.

R. Curso Dir. UNIFOR-MG, Formiga, v. 13, n. 2, p. 38-62, jul./dez. 2022.

Em termos de legislação, toda matéria que envolve especificamente o tema está contemplada na Lei nº 9.434/1997, responsável por dispor a respeito da remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano com a finalidade de possibilitar transplantes e tratamentos médicos. (MARINHO, 2011).

Essa lei permite à pessoa juridicamente capaz a disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo, com a finalidade terapêutica e de transplante. Importante salientar que, para que haja autorização, a lei é expressa, alguns requisitos devem ser preenchidos como, por exemplo, a existência de órgãos duplos, nos casos em que a retirada não prejudique o organismo do doador e que verdadeiramente satisfaça a necessidade terapêutica de quem irá recebê-lo. (COHEN; OLIVEIRA, 2020).

4. DO CONFLITO ENTRE O ARTIGO 14 DO CÓDIGO CIVIL E O ARTIGO 4º DA LEI Nº 9.434/97

Como cita o próprio título, este capítulo correlaciona duas leis distintas, o Código Civil e a Lei de Transplantes. A priori, vamos analisar o que dizem cada um dos artigos, começando pelo artigo 14 do Código Civil:

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.⁹

Já o artigo 4º da Lei 9.434/97 dispõem que:

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.¹⁰

A existência desses dois dispositivos permite a regulamentação dos transplantes e da doação de órgãos e tecidos no Brasil, uma vez que são observadas as necessidades e as possibilidades dos casos específicos, bem como a necessidade dos doadores e dos receptores.

Apesar disso, é inevitável não perceber o conflito existente entre o texto dos dois dispositivos apresentados.

Isso porque enquanto o artigo 4º da Lei especial determina a necessidade de autorização de parente para retirada e posterior doação de órgãos e tecidos, o artigo 14 do

⁹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (**Código Civil**). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 20 jun. 2020.

¹⁰ BRASIL. Lei nº 9.434, de 04 de fevereiro de 1997. (**Lei de Transplantes**). Brasília, DF: 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm. Acesso em: 22 jun. 2020.

Código Civil não especifica essa necessidade e aborda a temática de maneira muito abrangente, mesmo que apresentado ao ordenamento jurídico brasileiro anos depois da vigência da lei especial. (COHEN; OLIVEIRA, 2020).

Tal impasse foi parcialmente resolvido depois da publicação do Enunciado número 277 da IV Jornada de Direito. Em suma, o enunciado dispõe que o artigo 14 do Código Civil, regulamenta a vontade do indivíduo durante a vida, ou seja, este deve deixar por escrito seu desejo de ser doador de órgãos ou tecidos. Na falta dessa declaração expressa de vontade, aplica-se o artigo 4º da Lei Especial, passando o poder de decisão para os familiares.¹¹

A partir dessa análise, tudo parece mais simples, mas não é, veja-se, o Brasil é um país cultural, e apesar de possuir muitas leis, em certas ocasiões, a cultura prevalece.

A problemática deste capítulo está no fato de que, se o indivíduo deixa por escrito seu desejo de ser doador e a família não autoriza a retirada dos órgãos e dos tecidos, de nada valeu a autorização deixada, os médicos respeitarão a vontade da família, e são impedidos, muitas vezes, de salvarem outras vidas. (BARBIERI, 2012).

Considerando a hierarquia normativa, é fundamental destacar que o critério da especialidade permite que a norma específica sobre o assunto prevaleça quando comparada à norma geral, ainda que esta tenha sido publicada posteriormente àquela, ou seja, nesse caso, a Lei dos Transplantes prevalece ao Código Civil, o que dá plenos poderes de decisão aos familiares que podem ou não respeitar a vontade do falecido. (COHEN; OLIVEIRA, 2020).

O que se tem, portanto, é que a vontade do falecido pouco importa, pois prevalece a vontade da família. O artigo 4º da Lei 9.434/97 está em desconformidade com a Constituição Federal, pois, por meio dele, a família do falecido pode ou não desrespeitar um desejo manifesto em vida, que deve ser respeitado, e isso fere princípios constitucionais garantidos a todos os indivíduos.

A título de comparação, pode-se utilizar o testamento, documento pelo qual o falecido, em vida, define para quem ficará seu patrimônio, respeitadas as exigências da lei. Veja-se, o indivíduo deixa por escrito sua vontade, a família não pode opinar, se tudo estiver dentro dos padrões exigidos por lei.

Assim, deveria ser quando se trata da declaração de vontade de ser um doador de órgãos ou tecidos, o doador deixaria por escrito, e a família não teria poder de escolha.

Nesse diapasão, é nítido que o artigo 4º da Lei dos Transplantes deixa uma brecha legislativa, brecha esta que infringe o direito da pessoa humana de escolha, desrespeitando a autonomia da vontade do falecido, expressa e devidamente documentada em vida. É

¹¹ _____. **Enunciados Aprovados IV Jornada de Direito**. Disponível em: <http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/doutrina/direitocivil-geral/1794-enunciados-aprovados-iv-jornada-de-direito-civil>. Acesso em: 07 dez. 2021.
R. Curso Dir. UNIFOR-MG, Formiga, v. 13, n. 2, p. 38-62, jul./dez. 2022.

necessária, portanto, uma alteração do que está escrito no dispositivo ou uma alteração de sua interpretação para que, assim, a vontade daquele que já não se encontra entre nós, seja respeitada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se com esta pesquisa analisar uma temática sensível que contempla uma realidade que, há muitos anos, é vivenciada por toda a sociedade brasileira e pelas mais diversas equipes médicas que cuidam dos transplantes de órgãos e tecidos no Brasil.

O artigo abordou o tema “transplantes de órgãos” jurídica e moralmente, considerou uma abordagem geral, envolvendo a percepção dos transplantes ao redor do mundo, e chegou a uma análise específica, por meio da identificação desse tipo de procedimento no Brasil.

O primeiro ponto analisado foi a evolução histórica e a conceituação de transplante de órgãos. Ao longo da história, desde as primeiras civilizações, já se encontravam lendas e relatos relacionados aos procedimentos de transplante de órgãos. Com o passar dos anos e a evolução da comunidade científica, o mundo percebeu as primeiras tentativas de transplante e a necessidade de se encontrar alternativas terapêuticas que prolongassem e promovessem a qualidade de vida das pessoas.

Muito embora todo o esforço, os primeiros transplantes realizados no mundo não foram bem-sucedidos, todavia com a descoberta de novos medicamentos capazes de viabilizar o tratamento e a qualidade de vida pós-transplante, os procedimentos passaram a ter sucesso.

No Brasil, vários foram os marcos legislativos que demonstraram a evolução social e jurídica do tema. Apesar de muitas tentativas frustradas, o Brasil acompanhou a evolução do mundo, aplicando técnicas terapêuticas específicas e já testadas internacionalmente, chegando, enfim, a obter sucesso nas práticas procedimentais que envolviam os transplantes de órgãos e tecidos.

Explorou-se mais diretamente a prática dos transplantes de órgãos neste artigo com o objetivo de correlacionar, posteriormente, com a interpretação legislativa atual sobre o tema.

Para que isso fosse feito de maneira satisfatória, a pesquisa apresentou a identificação da morte no direito brasileiro e trouxe as compreensões mais comuns e definitivas sobre esse conceito.

No que diz respeito à realização do transplante propriamente dito e a sua correlação com a atual legislação brasileira abordou-se sobre os direitos fundamentais, protegidos pela Constituição Federal de 1988, principalmente, os critérios relativos à autonomia da vontade e a disposição do próprio corpo.

Observou-se também a proteção constitucional à vida e à saúde que tudo tem a ver com a temática, tendo em vista que à vida é o princípio basilar de todos os outros, sem ela, nenhum outro existiria.

Ademais, a problemática que envolve os artigos 14 do Código Civil e 4º da Lei 9.434/97 também foi discutida, de fato, muitas vezes, a autonomia da vontade do falecido é desrespeitada, devido à brecha que o artigo 4º da lei especial deixou, o que torna necessária sua adequação, seja por alteração do escrito ou interpretativa, desde que passe a constar o que determina o Enunciado nº 277 da IV Jornada de Direito. Feito isso, a vontade do falecido seria respeitada e, caso este não deixasse por escrito, o poder de decisão seria da família.

Diante de tudo que foi exposto, é possível concluir que a prática procedimental dos transplantes de órgãos e tecidos no Brasil obedece a protocolos específicos e segue fluxo ordenado, capaz de oportunizar esse tipo de tratamento terapêutico para qualquer pessoa. No aspecto legislativo, ainda existem algumas lacunas a serem preenchidas. Melhoras são necessárias, e elas possuem em único objetivo, tornar esse procedimento cada vez mais desburocratizado e acessível.

REFERÊNCIAS

BARBIERI, Renata Vanzella. **A doação de órgãos post mortem: o diálogo da lei especial e dos direitos da personalidade no tocante a autonomia da vontade sob a luz da bioética e da dignidade da pessoa humana.** 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2012. Disponível em:

<http://tede2.pucgoias.edu.br:8080/bitstream/tede/2678/1/RENATA%20VANZELLA%20BARBIERI.pdf>. Acesso em: 07 dez. 2021.

BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação.** Dezembro de 2010. Disponível em: https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf. Acesso em: 07 dez. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 dez. 2021.

BRASIL. **Lei n.º 9.434, de 04 de fevereiro de 1997.** Brasília, DF: 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 20 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 201819.** Relator: Ellen Gracie. Rio de Janeiro, 27 out. 2006. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/762997/recurso-extraordinario-re-201819-rj>. Acesso em: 09 jun. 2020.

CARNAVALLI, R.S. Transplante de órgãos: uma análise jurídica e moral sobre a temática.

COHEN, Cláudio; OLIVEIRA, Reynaldo Ayer. **Bioética, Direito e Medicina**. 1 ed. São Paulo: Manole, 2020.

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 07 dez. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Sucessões**. 7. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Enunciados Aprovados IV Jornada de Direito**. Disponível em: <http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/doutrina/direitocivil-geral/1794-enunciados-aprovados-iv-jornada-de-direito-civil>. Acesso em: 07 dez. 2021.

_____. **Especialistas da ONU pedem fim da criminalização do aborto em todo o mundo**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/especialistas-da-onu-pedem-fim-da-criminalizacao-do-aborto-em-todo-o-mundo/>. Acesso em: 09 de jun. de 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito civil: teoria geral**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

LIMA NETO, Francisco Vieira. **O direito de não sofrer discriminação genética: uma nova expressão dos direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LISSO, Wladimir. **Doação de órgãos e transplante**. São Paulo: Edições FEESP, 1998.

MARINHO, Alexandre. **Transplante de órgãos no Brasil**. Revista de Direito Sanitário, 2011. Disponível em: <http://www.periodicos.usp.br/rdisan/article/view/13224>. Acesso em: 24 jun. 2020.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Método, 2019.

MORAIS, Taise Ribeiro; MORAIS, Maricelma Ribeiro. **Doação de órgãos: é preciso educar para avançar**. Revista Saúde em Debate, 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/sdeb/v36n95/a15v36n95.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2020.

MOURA, Maria Luciana de Mello Turiani Hourneaux de. **Análise crítica dos 10 anos de regulamentação da Lei de Transplantes nº 9434**. Disponível em http://www.cbcd.org.br/publicacoes/ged/edicao_02/artigo_01.pdf. Acesso em: 17 jun. de 2020.

PEREIRA, Rodrigo Pessoa. **Doação de órgãos: uma análise dos aspectos legais e sociais**. In: SÁ, Maria de Fátima Freire. Biodireito. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 399-435.

POTTER, Van Rensselaer. **Bioética – uma ponte para o futuro**. Rio de Janeiro: Edições Loyola, 2017.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVEIRA, Paulo Victor Portella et al. **Aspectos éticos da legislação de transplante e doação de órgãos no Brasil**. Revista Bioética, 2009. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/3615/361533248007.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

WEBER, Fernanda. Transplante de órgãos e tecidos post mortem e a autonomia da vontade do doador versus autorização da família do de cujus. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, v. 24, n. 5883, 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61234>. Acesso em: 29 jun. 2020.