

ANO IV – N.º 08



# JUS SCRIPTUM

**Boletim do Núcleo de Estudantes Luso-brasileiros da  
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**

*Edição Comemorativa em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*



**JAN/MAR  
2008**

# Jus Scriptum





jusscriptum.pt

REVISTA JURÍDICA  
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO  
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA

EDIÇÃO ESPECIAL DOS VOLUMES 1 A 5

Lisboa – Portugal

Periodicidade Trimestral

ISSN 1645-9024

Diretor da Revista – Editor-In-Chief  
Cláudio Cardona

Conselho Editorial – Editorial Board

André Brito, Presidente do NELB  
Cláudio Cardona, Diretor da JusScriptum  
Paulo Rodrigues, Diretor Científico do NELB  
Laura Viana, Diretora Científica interina do NELB  
Thiago Santos Rocha, Observador Externo

Conselho Científico – Scientific Advisory Board

Ana Rita Gil  
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

André Saddy  
Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense

Edvaldo Brito  
Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia

Eduardo Vera-Cruz Pinto  
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Fernanda Martins  
Universidade do Vale do Itajaí

Francisco Rezek  
Francisco Resek Sociedade de Advogados

Janaina Matida  
Faculdade de Direito da Universidade Alberto Hurtado

Lilian Márcia Balmant Emerich  
Faculdade Nacional de Direito - UFRJ

Luciana Costa da Fonseca  
Universidade Federal do Pará

Maria Cristina Carmignani  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Maria João Estorninho  
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Rosado Pereira  
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Vaz Freire  
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Pedro Romano Martinez  
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Rute Saraiva  
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Sergio Torres Teixeira  
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco

Susana Antas Videira  
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Corpo de Avaliadores – Review Board

Camila Franco Henriques  
Eduardo Alvares de Oliveira  
Francine Pinto da Silva Joseph  
Isaac Kofi Medeiros  
J. Eduardo Amorim  
José Antonio Cordeiro de Oliveira  
Leonardo Bruno Pereira de Moraes

Marcelo Ribeiro de Oliveira  
Marcial Duarte de Sá Filho  
Maria Vitoria Galvan Momo  
Plínio Régis Baima de Almeida  
Rafael Vasconcelos de Araújo Pereira  
Rafaela Câmara Silva  
Silvia Gabriel Teixeira

REVISTA JURÍDICA  
NELB  
Jus  
Scriptum

NELB  
Núcleo de Estudo  
Luso-Brasileiro

  
FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE LISBOA

REVISTA JURÍDICA  
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO  
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA

Ano 4 • Volume 4 • Número 8  
Jan-Mar 2008 • Lisboa – Portugal  
Periodicidade Trimestral  
ISSN 1645-9024

NELB – Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro  
Fundado em 07/06/2001  
Diretoria do Biênio 2007/08

Luciana Lois Santos Rodrigues, Presidente  
Fábio Zech Sylvestre, Vice-Presidente  
Fábio Sampaio Capela, Secretário-Geral  
Felipe Teixeira Neto, Diretor Científica  
Bibiana Brum Ohira, Diretora Social  
Anna Karine Turbay Palodetto, Diretora Financeira

Conselho Editorial:

Prof. Doutor Eduardo Vera-Cruz Pinto  
Prof. Doutor Fernando Araújo  
Prof. Doutor Jorge Miranda  
Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão  
Profa. Doutora Maria Fernanda Palma  
Prof. Doutor Vasco Pereira da Silva

Conselho Deliberativo:

João Hélio Ferreira Pes  
Lauren Lautenschlager  
Raul de Mello Franco Junior

Conselho Executivo:

Julia Pereira Chaves  
Michelle Fontenelle Bezerra Guedes

Correspondência: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa  
Alameda da Universidade, Cidade Universitária - CP 1649014 - Lisboa - Portugal



## **Autodeterminação individual e transplantes de órgãos – entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais**

**Eduardo Rocha Dias,**

Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa, Portugal;

Professor da Universidade de Fortaleza, CE, Brasil;

Procurador Federal, Brasil.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. O direito ao desenvolvimento da personalidade como liberdade de autodeterminação bioética; 1.1. O direito ao desenvolvimento da personalidade como direito fundamental; 1.2. Os direitos de personalidade no novo Código Civil Brasileiro; 1.3. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações. 2. O tratamento da liberdade de autodeterminação na Lei n.º 9.434/1997; 2.1 Órgãos e tecidos extraídos de pessoa viva; 2.2. Órgãos e tecidos extraídos de cadáver; 2.3. A violação ao princípio da proporcionalidade. Conclusões.

### **INTRODUÇÃO**

Na presente homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda, elegeu-se como tema o exame das normas jurídicas que tratam, no Brasil, dos transplantes de órgãos, em especial as relacionadas com a manifestação da vontade do doador. Objetiva-se examinar como a liberdade individual, que se manifesta no assentimento à extração de órgãos e tecidos, em vida ou após a morte, para fins de transplantes, é tutelada sob a perspectiva dos direitos fundamentais e dos direitos de personalidade. Se é certo que as duas abordagens não são excludentes, mas, ao contrário, estão interligadas, cumpre deixar claro que os planos dos direitos fundamentais e do direito privado, no qual se inserem os direitos de personalidade, não se confundem, sob pena de sério risco de desconsideração da autonomia individual e da esfera privada.

Mais especificamente, será examinada a legitimidade constitucional do critério adotado pela legislação brasileira para a doação de órgãos e tecidos extraídos de pessoa falecida, que desde o advento da Lei 10.211, de 23 de março de 2001, que alterou a Lei 9.434/1997, passou a ser o da autorização familiar, não mais se atribuindo relevância às manifestações que a pessoa, em vida, tenha efetuado nesse sentido<sup>1</sup>. No entanto, posteriormente à alteração operada pela Lei 10.211/2001, entrou em vigor o Código Civil de 2002, cujo artigo 14 atribui validade aos atos de disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte, com objetivos científicos ou altruísticos. Como resolver eventual conflito entre o que a própria pessoa decidiu, em vida, a respeito do assunto e a posição dos familiares, adotada após a morte<sup>2</sup>? Eis um dos problemas que se

<sup>1</sup> A Lei 10.211/2001 alterou a redação do artigo 4º da Lei 9.434/1997, que disciplina os transplantes de órgãos e tecidos no Brasil, passando a prever que 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”.

<sup>2</sup> Conflito que há de ser resolvido, conforme será explicitado, não com a alegação de ser a Lei 9.434/1997 especial em relação ao Código Civil, mas sim à luz do direito geral de personalidade como direito fundamental, e sua harmonização com os direitos e interesses dos familiares. Nesse sentido, o Enunciado 277, aprovado por ocasião da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, fixou o entendimento de que o “artigo 14 do Código Civil, ao afirmar a validade da disposição gratuita do próprio corpo, com objetivo científico ou altruístico, para depois da morte, determinou que a manifestação expressa do doador de órgãos em vida prevalece sobre a vontade dos familiares”. O Enunciado 277 concluiu que a aplicação do artigo 4º da Lei 9.434/1997 “ficou restrita à hipótese de silêncio do potencial doador”. Trata-se de interpretação adequada e que pode ser defendida, já que faz prevalecer a liberdade de escolha da pessoa, conciliando o Código Civil e a Lei de Transplantes. No entanto, é de se preferir

pretende examinar.

Ressalte-se que o tema dos transplantes de órgãos, ao lado das experimentações em seres humanos, constitui o “motor” da moderna reflexão e configuração do denominado “Biodireito”<sup>3</sup>. Este compreende o conjunto de normas de diferentes ramos do Direito que enquadram questões bioéticas<sup>4</sup>. Paulo Otero<sup>5</sup> critica essa denominação, preferindo adotar a expressão “Direito da Vida”, por ele definida como o conjunto de regras e princípios, de nível constitucional, relacionados com a intervenção problemática da técnica e da ciência nos momentos de início, desenvolvimento, manutenção e fim da vida humana. O autor rejeita a expressão “Biodireito”, em primeiro lugar, por estar alicerçada sobre a ética da vida, enquanto a denominação por ele proposta se estrutura sobre a vida humana como instituição; em segundo lugar, por poder abranger, o “Biodireito”, setores outros do ordenamento jurídico não relacionados diretamente com os momentos críticos do início, manutenção e termo da vida humana, ao contrário do “Direito da Vida”, que sobre eles incide diretamente. Trata-se, por óbvio, de uma questão terminológica que não é decisiva para os fins do presente estudo, uma vez que o tema dos transplantes, segundo a distinção efetuada pelo mencionado autor, pode muito bem ser considerado como integrante tanto do Direito da Vida como do chamado Biodireito. É forçoso, ainda, reconhecer que é prematuro considerar o “Biodireito” ou o “Direito da Vida” como disciplinas autônomas do saber jurídico, o que, sem desmerecer a necessidade e a utilidade do enfoque que pretendem efetuar, justifica a circunstância de não se empregar tais expressões neste estudo. Os problemas que se pretende examinar, portanto, serão tratados no quadro dos direitos fundamentais e dos direitos de personalidade, já mais bem configurados e definidos doutrinariamente.

A necessidade de intervenção do legislador, tanto por meio de normas de direito privado, como pela concretização de normas de direitos fundamentais, em matérias relacionadas com a Biomedicina, como os transplantes de órgãos, impõe-se em razão: a) da insuficiência da autorregulação por organismos profissionais ou por comitês de ética, que, por carecerem de eficácia vinculante, podem vir a proteger escassamente os bens jurídicos envolvidos; b) da incidência dos direitos fundamentais e, especificamente, do reconhecimento da dignidade da pessoa, a instituir deveres de proteção a cargo dos Poderes Públicos, e a afastar a incidência das puras leis do mercado e a aplicação da pura lógica da pesquisa científica na disciplina de tais matérias<sup>6</sup>.

A intervenção do legislador democraticamente eleito, porém, nem sempre é tarefa simples, em virtude: a) da dependência que ele tem em face dos saberes técnicos específicos, que tendem a evoluir de forma cada vez mais rápida, favorecendo uma linguagem aberta e ampla e, muitas vezes, ambígua; b) do caráter plural das sociedades contemporâneas, que favorece certo relativismo axiológico e dificulta a obtenção de consenso, razão pela qual, muitas vezes, a disciplina normativa em matéria bioética consagra nítidas soluções de compromisso.

Cumprido examinar, portanto, como o legislador brasileiro disciplinou a tutela da liberdade de autodeterminação, no tocante aos transplantes de órgãos, como faculdade de definir o destino a ser dado às partes destacadas do corpo, em vida e após a morte. Em primeiro lugar, a mencionada

---

uma alteração normativa que venha a explicitar tal entendimento, evitando-se insegurança jurídica, já que muitos profissionais da saúde e operadores jurídicos podem continuar a aplicar o artigo 4º da Lei 9.434/1997.

<sup>3</sup> Nesse sentido, CASABONA, Carlos María Romeo. *Tendencias legales sobre los tranplantes de órganos*, in *Transplantes de órganos: problemas tecnicos, eticos y legales*. Madri: Universidad Pontificia Comillas, 1996, p. 101-102.

<sup>4</sup> LOUREIRO, João Carlos. *Les Principes de la Bioconstitution du Type “État Constitutionnel Européen*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXV, Coimbra, 1999, p. 451-453. O autor alude à expressão bioconstituição, parte do biodireito, como designativa dos princípios e regras, material e formalmente constitucionais, que têm como objeto ações e omissões, do Estado ou de entidades privadas, relacionadas com a tutela da vida, da identidade e da integridade pessoal e das saúde do ser humano, especialmente face às ameaças da técnica e da medicina.

<sup>5</sup> OTERO, Paulo. *Direito da Vida – Relatório Sobre o Programa, Conteúdos e Métodos de Ensino*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 27.

<sup>6</sup> MATHIEU, Bertrand (*La nécessité de la norme juridique en matière bioétique*, in *Les Lois “Bioétique” à l’épreuve des faits* Paris: PUF, 1999, p. 21 seg).

liberdade será examinada enquanto direito fundamental, já que, em virtude da supremacia da Constituição, o legislador não poderá ignorar as injunções decorrentes da Lei Maior<sup>7</sup>. Em seguida, será considerada a disciplina traçada pelo Código Civil de 2002, que consagrou significativo avanço ao prever a proteção dos direitos da personalidade, especificando a liberdade de dispor sobre o próprio corpo. Por fim, e à luz do que se examinou previamente, serão testadas as soluções adotadas pela Lei 9.434/1997, buscando definir sua constitucionalidade e apontar alternativas que possam conduzir a um tratamento mais adequado, sob a perspectiva da teoria dos direitos fundamentais, também examinando, em uma perspectiva comparada, como o tema foi disciplinado pela legislação de outros países, como Portugal, Espanha, França, Itália, Alemanha e Argentina.

## **1. O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE COMO LIBERDADE DE AUTODETERMINAÇÃO BIOÉTICA**

### **1.1. O direito ao desenvolvimento da personalidade como direito fundamental**

Encontra-se na gênese histórica da afirmação dos direitos fundamentais a preocupação em tutelar a liberdade, face a ameaças oriundas do Estado. Muito embora essa abordagem inicial tenha sido posteriormente enriquecida, já que os direitos fundamentais, na atualidade, cumprem outras funções<sup>8</sup>, a par da clássica função de defesa, não se pode negar a importância da tutela da esfera individual, manifestação direta da dignidade da pessoa, que se exprime na faculdade de definir os rumos da própria existência.

Nessa perspectiva, há de se ressaltar que os direitos fundamentais não se confundem com a liberdade. A liberdade é um bem jurídico, objeto de tutela por meio da afirmação de direitos fundamentais. Mas, conforme será visto, a liberdade pode também ser objeto de proteção por meio de outra perspectiva, oriunda do Direito Civil, materializada no reconhecimento dos direitos de personalidade.

Encontram-se nas constituições referências a liberdades específicas, como a liberdade de expressão, de consciência e de crença, de locomoção, dentre outras. Mas há também, em algumas leis fundamentais, a referência a um direito geral à liberdade de ação, ou um direito geral de liberdade ou, ainda, um direito ao livre desenvolvimento da personalidade<sup>9</sup>.

O direito ao desenvolvimento da personalidade não encontra formulação expressa na Constituição Federal brasileira de 1988, ao contrário do que sucede em outros ordenamentos jurídicos, como o alemão<sup>10</sup> e o espanhol<sup>11</sup>. No caso de Portugal, somente a partir da Revisão de 1997 é que houve sua consagração explícita<sup>12</sup>. Antes mesmo de tal Revisão, porém, o Tribunal

<sup>7</sup> A Constituição Federal de 1988 é uma das poucas cartas constitucionais que trazem disposições específicas acerca dos transplantes de órgãos. Encontra-se no parágrafo 4º do seu artigo 199 a previsão de que o legislador disporá sobre condições e requisitos que facilitem a remoção de órgãos e tecidos para fins de transplante, vedado todo tipo de comercialização. A Lei Fundamental de Bonn, em seu artigo 74, parágrafo 1º, n.º 26, determina ser matéria de competência concorrente entre a Federação e os Estados a disciplina dos transplantes de órgãos e tecidos.

<sup>8</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direitos Fundamentais e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 405 seg. Além da clássica função de defesa, exercem os direitos fundamentais uma função de prestação social, assegurando ao indivíduo obter algo por meio do Estado. Cumprem, também, o papel de defender o indivíduo perante terceiros, estabelecendo deveres para o Estado. Os direitos fundamentais, por fim, obrigam o Estado a tratar igualmente os cidadãos, proibindo discriminações injustificadas.

<sup>9</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 331 seg.

<sup>10</sup> Artigo 2º, n.º 1, da Lei Fundamental: “Todos têm o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, desde que não vulnerarem os direitos de outrem e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral”.

<sup>11</sup> Artigo 10º, n.º 1, da Constituição Espanhola: “A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos demais são fundamentos da ordem política e da paz social”.

<sup>12</sup> A qual alterou a redação do artigo 26, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa para: “A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção

Constitucional português, no acórdão n.º 6/84, de 18 janeiro<sup>13</sup>, considerou o direito ao desenvolvimento da personalidade uma consequência do princípio da dignidade da pessoa. Por meio de outro acórdão, de n.º 288/98, de 17 de abril<sup>14</sup>, o mesmo Tribunal pronunciou-se sobre o conteúdo de tal direito como incluindo “a autonomia individual e a autodeterminação” e a liberdade de cada um “traçar o seu próprio plano de vida”. Ora, na ordem jurídico-constitucional brasileira, impõe-se considerar: a) em primeiro lugar, a possibilidade e o fundamento de um “direito geral de personalidade”; b) em seguida, admitindo-se sua existência, qual é o seu conteúdo.

Quanto ao primeiro ponto, impõe-se reconhecer a existência de outros direitos fundamentais além dos expressos no Texto Constitucional brasileiro de 1988, o que decorre do parágrafo 2º do artigo 5º da Carta Magna e expressa a textura aberta do sistema de direitos fundamentais traçado pela Lei Maior<sup>15</sup>. O direito geral de personalidade mostra-se uma decorrência do regime e dos princípios adotados pela Constituição, plasmados no reconhecimento: a) da dignidade do ser humano como um dos fundamentos da República (artigo 1º, inciso III, da Lei Maior); b) da liberdade, como um dos direitos fundamentais, a compreender, como corolários, a liberdade de consciência e de crença, além de outras liberdades (artigo 5º, *caput* e inciso VI, da Constituição). O direito ao desenvolvimento da personalidade seria, portanto, uma liberdade dotada de maior generalidade ante as liberdades específicas expressamente referidas pela Carta Magna<sup>16</sup>. Funda-se no reconhecimento da pessoa como razão de ser do direito, o que afasta sua instrumentalização a serviço de alguma ideologia, valor, visão do mundo ou da pessoa. A personalidade, nesta perspectiva, relaciona-se com o caráter dinâmico do ser humano globalmente considerado, ao qual se deve reconhecer a faculdade de auto-desenvolvimento e realização. A personalidade constitui um *prius* em relação ao direito, devendo este reconhecê-la por exigências lógicas e axiológicas. Tem como características sua inadiabilidade, sua inexpropriabilidade, sua indisponibilidade e sua ilimitabilidade<sup>17</sup>.

Como um direito de liberdade, decorrente da dignidade da pessoa, o direito ao desenvolvimento da personalidade apresenta duas dimensões: a primeira, como liberdade geral de ação, em que se protege a livre decisão de agir ou de se omitir; a segunda como um direito à tutela das diferentes dimensões da personalidade contra agressões por terceiros<sup>18</sup>.

---

legal contra quaisquer formas de discriminação”.

<sup>13</sup> Boletim do Ministério da Justiça (BMJ), n.º 340, novembro de 1984, p. 179). Na doutrina, também se defendia o caráter de direito fundamental, materialmente constitucional, do direito geral de personalidade, com fundamento no artigo 16, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa. Neste sentido, RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA (*O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 619-622).

<sup>14</sup> Diário da República de 18 de abril de 1998, I-A, p. 1.714 (21) e 1.714 (24).

<sup>15</sup> A “norma de *fatispecie* aberta” ou a “cláusula aberta” (CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 401-402) presente no n.º 1 do artigo 16 da Constituição da República Portuguesa e no parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988, e que se refere à inclusão entre os direitos fundamentais daqueles decorrentes das leis e do direito internacional, no caso português, e do regime e dos princípios adotados pela Constituição ou dos tratados internacionais, no caso brasileiro, introduz o problema de definir quais são os direitos com dignidade suficiente para merecerem tal qualificação. Ora, somente os direitos cuja importância e objeto sejam equiparáveis aos direitos fundamentais formalmente constitucionais devem a eles ser aproximados. Nesse sentido, JORGE MIRANDA (*Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, Tomo IV, 2000, p. 167-168).

<sup>16</sup> A identificação de um direito fundamental não escrito depende de sua substancial equivalência com relação a direitos fundamentais previstos no catálogo constitucional, como forma de evitar a vulgarização da categoria dos direitos fundamentais. Tal equivalência abrange tanto o conteúdo como a importância do direito em um determinado ordenamento e em um dado momento histórico. Como justificativa para o reconhecimento do direito ao livre desenvolvimento da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro é possível também invocar-se a circunstância de se tratar de uma ampliação do âmbito do direito à liberdade, previsto expressamente no *caput* do artigo 5º da Constituição de 1988, ampliação que se harmoniza com a sistemática adotada pela referida Carta, como entende INGO WOLFGANG SARLET (*A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003, p. 141-142).

<sup>17</sup> PINTO, Paulo Mota, *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*, in *Portugal-Brasil Ano 2000*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 165-166.

<sup>18</sup> ALEXYS, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 333-334; PAULO MOTA PINTO, *O Direito ao Livre*

Quanto ao conteúdo de mencionado direito, destaquem-se duas posições<sup>19</sup>: a) uma concepção ampla, que abrange todas as formas de conduta humana, incluindo as que se revestem de reduzida importância para a formação e a expressão da personalidade; b) uma concepção restrita, em que o conteúdo de tal direito somente abrangeria aquelas condutas essenciais para a personalidade, os “âmbitos de vida especialmente importantes ou postos em perigo, que afixam mais do que o direito de fazer aquilo que não está proibido”<sup>20</sup>.

Sem prejuízo da posição mais ampla ou mais restrita que se adote quanto ao direito geral de personalidade, é inegável que a liberdade de dispor do próprio corpo, em vida ou após a morte, inclusive para fins de transplantação, bem como a de consentir ou não a realização de um transplante, nele está inserida. Compreende uma decisão individual acerca de questões fundamentais, relativas à vida e à morte, que se relaciona intimamente com a dignidade da pessoa e que deve ser respeitada mesmo após o óbito. Tal decisão pode ser motivada por fundamentos religiosos ou filosóficos (o que implicaria considerá-la no âmbito da liberdade de crença e de consciência) mas pode também ser decorrente de juízos éticos de outra natureza e do exercício da autodeterminação individual, a qual pode ser até mesmo imotivada e arbitrária. Daí porque se pode fazer referência à liberdade de autodeterminação bioética como reflexo da autodeterminação ético-existencial que se relaciona com o direito ao desenvolvimento da personalidade, independentemente de qualquer motivação religiosa ou filosófica.

## 1.2. Os direitos de personalidade no novo Código Civil Brasileiro

O novo Código Civil Brasileiro<sup>21</sup>, que entrou em vigor em janeiro de 2003, instituiu um capítulo referente aos direitos de personalidade, no qual se inclui expressamente: a) a previsão da licitude dos atos de disposição do próprio corpo em vida para fins de transplantações, nos termos de lei específica (artigo 13); b) a liberdade de disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte, desde que tenha objetivo científico ou altruístico (artigo 14); c) o direito de não ser constrangido a se submeter, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica (artigo 15). As duas últimas disposições também compreendem os transplantes, respectivamente na perspectiva do doador e do receptor de órgãos.

Não foram enumerados os direitos de personalidade, o que, sem dúvida, mostra-se correto, ante a impossibilidade de limitar as múltiplas manifestações da personalidade<sup>22</sup>. Na ordem jurídica portuguesa, a propósito, a maior parte da doutrina tende a afirmar, com fundamento no artigo 70, n.º 1, do Código Civil daquele país, a consagração de um direito geral de personalidade, ao lado de direitos especiais de personalidade, com o que se busca tutelar suas diferentes facetas<sup>23</sup>.

---

**Desenvolvimento da Personalidade**, p. 163-164.

<sup>19</sup> OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *O Direito Geral de Personalidade e a “Solução do Dissentimento” – Ensaio sobre um caso de “Constitucionalização” do Direito Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 79 seg; PINTO, Paulo Mota. **O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade**, p. 167-171. Para este último autor, o direito geral de personalidade constitui uma liberdade geral de ação, defendendo uma concepção ampla para ele no tocante à ordem jurídica portuguesa, que também é a que predomina na jurisprudência e na doutrina alemãs. Entende que qualquer restrição valorativa de seu âmbito de proteção, além de suscitar problemas insolúveis de delimitação, conduziria a uma perda do espaço de liberdade para o cidadão, bem como que os riscos de “banalização” também existem no tocante aos direitos especiais de liberdade. Tal entendimento parece ser o mais correto, diante da ilimitabilidade da personalidade humana e da sua vinculação à dignidade da pessoa, à qual repugna qualquer tentativa de procurar definir aprioristicamente os seus contornos, instaurando uma visão do homem restritiva. É claro, porém, que o direito geral de personalidade não é absoluto, coexistindo com outros bens e valores constitucionais com os quais deve ser coordenado, cabendo ao legislador e ao judiciário procederem à harmonização e à concordância prática entre eles.

<sup>20</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 328.

<sup>21</sup> Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, publicada no DOU de 11 de janeiro de 2002.

<sup>22</sup> Nesse sentido, JOSAPHAT MARINHO (**Os Direitos de Personalidade no Projeto de Novo Código Civil Brasileiro**, in *Portugal-Brasil Ano 2000*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 255).

<sup>23</sup> PINTO, Paulo Mota, **O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade**, p. 171 seg.

Os direitos de personalidade, a propósito, são tradicionalmente regulados pelo direito privado, identificados com os “direitos essenciais”, sem os quais a pessoa não existiria como tal e os demais direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo, constituindo a “medula da personalidade”, o seu conteúdo essencial e imprescindível<sup>24</sup>. Têm por objeto modos de ser físicos e morais da pessoa<sup>25</sup>. Eles não se confundem com os direitos fundamentais, dado que estes pressupõem relações de poder, tendo se afirmado historicamente ao longo da luta pela limitação do arbítrio estatal. Os direitos fundamentais incidem em relações de direito público, muito embora também tenham (alguma) eficácia perante particulares, ao passo que os direitos de personalidade incidem em relações de direito privado, em que tende a haver igualdade. Os direitos fundamentais situam-se na província do Direito Constitucional, ao passo que os direitos de personalidade são estudados no âmbito do Direito Civil<sup>26</sup>.

A disponibilidade do próprio corpo em vida e após a morte e o estatuto jurídico do cadáver e das partes destacadas do corpo são assuntos tradicionalmente tratados pelo direito privado, na perspectiva dos direitos de personalidade, considerando, dentre outros aspectos, a definição da validade das manifestações negociais referentes ao cadáver e às partes do corpo, bem como das disposições de última vontade referentes ao destino a ser dado ao cadáver, inclusive para fins de transplantes<sup>27</sup>.

Também a questão do grau de autodeterminação sobre o próprio corpo, relativamente ao consentimento para cirurgias e tratamentos, e a definição de seus limites, como proibições legais, os bons costumes e a ordem pública, e a sua consideração como causa de justificação que autoriza as intervenções médicas, constituem temas de direito civil e penal<sup>28</sup>.

### 1.3. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações

A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, por outro lado, não pode significar a substituição do direito privado pelo público. Até porque a própria autonomia privada constitui um valor e um direito fundamental a ser tutelado. É defensável a aplicação direta dos direitos fundamentais nas hipóteses em que há desigualdade na relação (como é o caso das relações entre empregados e patrões), variando a intensidade da vinculação proporcionalmente ao grau de desigualdade<sup>29</sup>, ou quando há previsão expressa nessa sentido<sup>30</sup>. O direito privado, porém, é que deve reger a relação em primeira linha, cabendo aos direitos de personalidade concretizar a proteção decorrente da Constituição, dado o caráter “irradiante” dos direitos fundamentais para toda a ordem jurídica<sup>31</sup>. Somente no caso de lacuna, de inconstitucionalidade do direito ordinário e de lesão a aspectos fundamentais da personalidade, relacionados com a dignidade da pessoa, é que caberá sua aplicação direta.

Sob outra perspectiva, é possível afirmar que o cumprimento, pelo Estado, de deveres de proteção, no sentido de instituir normas e atuar faticamente no sentido de proteger direitos

<sup>24</sup> DE CUPIS, Adriano. *Os Direitos da Personalidade*. Lisboa: Livraria Morais, 1961, p. 17-18.

<sup>25</sup> DE CUPIS, Adriano. *Os Direitos da Personalidade*, p. 22-23.

<sup>26</sup> MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, p. 62; CAPELO DE SOUSA, Rabindranath, *O Direito Geral de Personalidade*, p. 581-586.

<sup>27</sup> CAPELO DE SOUSA, Rabindranath, *O Direito Geral de Personalidade*, p. 188-198, 211-228 e 364-367; GOMES, Orlando, *Direitos de Personalidade*, in *Revista Forense*, Vol. 216, ano 62, Rio de Janeiro, 1966, p. 8-10.

<sup>28</sup> CAPELO DE SOUSA, Rabindranath, *O Direito Geral de Personalidade*, p. 218-228; DE CUPIS, Adriano, *Os Direitos da Personalidade*, p. 77 seg.

<sup>29</sup> PINTO, Paulo Mota. *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*, p. 238.

<sup>30</sup> Como ocorre, na Lei Fundamental de Bonn, no seu artigo 9º, nº 3, 2ª frase: “Se garante a todos e a todas as profissões o direito de constituir associações para a preservação e a melhora das condições laborais e econômicas. Serão nulos quaisquer pactos que restrinjam este direito ou tratem de obstaculizar-lo e ilícitas todas as medidas que proponha dito fim”.

<sup>31</sup> Nesse sentido, CLAUS-WILHELM CANARIS (*Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 53-55), que defende a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais em relação a terceiros, salvo exceções como a mencionada na nota anterior.

fundamentais de particulares face a ameaças oriundas de outros particulares, constitui uma abordagem mais adequada do problema relacionado ao controle dos poderes privados e do abuso da autonomia individual. Com efeito, sem incidir em problemas que a tese que defende a vigência, de forma direta, dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas traz, a teoria dos deveres de proteção pode chegar a resultados mais satisfatórios<sup>32</sup>. Não se vai aqui aprofundar o tema da eficácia (ou vigência) dos direitos fundamentais nas relações entre particulares<sup>33</sup>. Mas apenas ressaltar que a defesa da aplicação direta e imediata de normas de direitos fundamentais nas relações privadas, fora de situações de lesão flagrante ao princípio da dignidade da pessoa e de inconstitucionalidade ou inexistência de norma infra-constitucional que concretize um imperativo de proteção, ignora que do outro lado da relação se encontra um particular, também detentor de direitos fundamentais.

Ora, afirmar que os direitos fundamentais podem ser aplicados, de forma ordinária, face a outros particulares, enfraquece a função de defesa de referidas posições jurídicas, o que não ocorre quando se afirma que a sua aptidão natural é defender o indivíduo contra o Estado, já que este não pode invocar direitos fundamentais em seu favor. Por outro lado, a tese da aplicabilidade direta não prescinde da mediação estatal, já que, em última análise, quem vai reconhecer a incidência de um direito fundamental na relação será um órgão do Poder Judiciário. Também o próprio esquema da separação de poderes poderá ser atingido, já que a defesa de um ativismo judicial extremado em matéria de reconhecimento de direitos fundamentais nas relações privadas pode vir a desequilibrar o mencionado princípio, uma vez que incumbe por excelência ao legislador democraticamente eleito a instituição de mecanismos normativos e fáticos de defesa de direitos fundamentais de um particular face a outro. É certo que tal risco sempre estará presente quando se trata do controle jurisdicional da atuação e da omissão dos poderes públicos. Mas no caso de uma intervenção estatal, no intuito de concretizar um dever de proteção de um particular frente a outro, será mais fácil reconhecer e defender posições jurídicas dos particulares. Lembre-se, ainda, o risco para a esfera da liberdade individual que a incidência rotineira e inflacionária dos direitos fundamentais traria, funcionalizando toda a existência e a dignidade humanas, e privando o indivíduo de uma zona de liberdade e mesmo de arbitrariedade legítima que decorre daquela dignidade. Em outras palavras, haveria a inversão da máxima segundo a qual “o que não está proibido é permitido”. Não que o Estado não deva intervir, em primeiro lugar, por meio do legislador, e em segundo lugar, por meio do Judiciário, na tutela do indivíduo, por exemplo, contra discriminações ilegítimas e injustificáveis e violações ao princípio da igualdade, bem como contra abusos de particulares poderosos. Mas deve fazê-lo precipuamente por meio do cumprimento de deveres de proteção – que se manifestam, por exemplo, na edição de leis contra discriminações no mercado de trabalho, de proteção do consumidor e de outros hipossuficientes.

Muito embora afirme-se necessária uma “constitucionalização” do Direito Civil, pela submissão deste último, por razões lógicas e axiológicas, aos valores supremos traçados pela Constituição, tal não significa uma dissolução ou uma indiferenciação entre as duas perspectivas. Pode haver uma sobreposição ou uma subposição entre direitos de personalidade e direitos fundamentais, havendo uma tendência à sua aproximação. Alguns direitos fundamentais são também direitos da personalidade (é o caso do direito à vida, à integridade pessoal e à intimidade). Ou melhor, o bem jurídico protegido é o mesmo. Mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade (é o caso do direito de acesso aos tribunais e dos direitos dos administrados) e há manifestações não-essenciais ou periféricas dos direitos de personalidade que não correspondem a

<sup>32</sup> Sobre o assunto, examinar NOVAIS, Jorge Reis (**Os Direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares**, in *Direitos Fundamentais – Triunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 69 seg).

<sup>33</sup> Dentre outros autores, mencionem-se JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS (*Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado: la noción de State action en la Jurisprudencia norteamericana*. Madrid: McGraw-Hill, 1997), JANE REIS GONÇALVES PEREIRA (*Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 431 e seg.), WILSON STEINMETZ (*A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004) e a obra coletiva *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, organizada por INGO WOLFGANG SARLET (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003).

direitos fundamentais<sup>34</sup>. Mesmo reconhecendo que os direitos de personalidade podem ser objeto de um tratamento dogmático específico sob a perspectiva civilista, é possível abordá-los a partir da Teoria da Constituição e sob a óptica dos direitos fundamentais<sup>35</sup>. Esta óptica, aliás, incorpora e supera, hegelianamente, a perspectiva civilista. Diante da supremacia da Constituição, as normas ordinárias de direito privado devem com ela ser compatíveis. Não se discute, portanto, a circunstância de o direito civil disciplinar não apenas a aquisição da personalidade, mas também direitos a ela relacionados. O que se pretende afirmar é a submissão de tal disciplina efetuada pelo Código Civil à Constituição<sup>36</sup>, o que impõe reconhecer a existência de um direito geral de personalidade como direito fundamental. Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, aliás, encontram-se referências expressas à proteção constitucional dos direitos de personalidade, por meio de suas manifestações, como o direito à intimidade<sup>37</sup>.

O reconhecimento do direito geral de personalidade, como direito fundamental, serve de base para ampliar a proteção do indivíduo, assegurada inicialmente pelo direito civil. Este, inicialmente, se caracterizou por uma tendência de regular, de forma global, toda a vida em sociedade. Pense-se no projeto subjacente às grandes codificações, a tratarem, com a pretensão de não deixar espaço para lacunas, de todos os aspectos da vida da pessoa, então compreendida como o cidadão-burguês e o proprietário. À não aceitação de lacunas no direito – conforme postulado pela Escola da Exegese e pela Jurisprudência dos Conceitos – na perspectiva teórica, do qual são corolários a limitação da criatividade judicial e a técnica da subsunção como modo de aplicação do Direito, corresponde, sob a perspectiva da visão de mundo dominante, a negação da complexidade e do pluralismo social. Ademais, o direito privado deu maior ênfase à defesa da propriedade e do contrato, de certa forma negligenciando a tutela da pessoa, do que decorre a inadequação de seu arcabouço conceitual clássico (por exemplo, a divisão entre pessoas e coisas) para enfrentar os problemas decorrentes dos avanços biotecnológicos e o conseqüente risco de instrumentalização do ser humano. Basta comparar a quantidade de normas contidas no Código Civil consagradas à defesa da propriedade e aos contratos com o número de normas dedicadas à proteção da pessoa<sup>38</sup>. Nessa perspectiva, não deixa de ser um avanço a introdução de um capítulo dedicado aos direitos da personalidade no novo Código Civil brasileiro.

Mas é necessário complementar tal proteção, que decorre do Direito Civil, com a tutela da pessoa e da sua dignidade, com fundamento na Constituição. Com efeito, dada a função de defesa dos direitos fundamentais em face do Estado, deve ser reconhecida ao indivíduo a faculdade de exigir do Poder Público, inclusive do legislador, o respeito à sua liberdade de autodeterminação. Por outro lado, diante do caráter objetivo dos direitos fundamentais, eles estendem sua eficácia para toda a ordem jurídica, inclusive para o direito privado. Fundam também um imperativo de tutela a cargo do Estado, impondo deveres de proteção ao Poder Público. Este deve impedir que terceiros lesem os direitos fundamentais, instaurando-se uma relação triangular em que cabe ao Estado oferecer prestações, inclusive no campo dos direitos de liberdade, como a edição de normas de direito penal e processual, ações administrativas e fáticas<sup>39</sup>.

O pluralismo e a complexidade das sociedades contemporâneas, refletidos nos textos constitucionais, leva à necessidade de uma nova metodologia, que supere o positivismo e incorpore a dimensão axiológica que decorre da afirmação de normas que revestem a natureza de princípios.

<sup>34</sup> CAPELO DE SOUSA, Rabindranath. *O Direito Geral de Personalidade*, p. 584-585.

<sup>35</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 394; MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, p. 58-62; CORDEIRO, António Menezes. *Os Direitos de Personalidade na Civilística Portuguesa*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 61, dezembro de 2001, Lisboa, p. 1229-1256.

<sup>36</sup> OTERO, Paulo. *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 31 seg.

<sup>37</sup> Mandado de segurança 23.669-DF, Relator Min. Celso de Mello (decisão liminar publicada no DJU de 17/04/2000); Recurso Extraordinário 100094/PR, Relator Min. Rafael Mayer, DJU de 24/08/84, p. 13482.

<sup>38</sup> A propósito do tema, examinar Paulo Otero (*Direito da Vida*, p. 25).

<sup>39</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, p. 435 seg; CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 407; PINTO, Paulo Mota. *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*, p. 187-197.

Daí o reconhecimento do caráter criador da interpretação e da aplicação dos direitos fundamentais, e da vinculação do legislador à Constituição. Ante a natural conflituosidade que decorre de tais posições jurídicas, expressas na maior parte das vezes por meio de fórmulas abertas e carentes de concretização, afirma-se a necessidade de operar ponderações e de buscar a justiça do caso, sem prejuízo de se exigir, em Estados Democráticos de Direito, critérios e procedimentos para afastar os riscos de subjetivismos e decisionismos em tal tarefa de interpretação e concretização.

Como todo direito fundamental, o direito ao desenvolvimento da personalidade não é absoluto. Seus limites podem ser encontrados na ordem constitucional, como a vedação de comercialização de órgãos para fins de transplantação (parágrafo 4º do artigo 199 da Constituição Federal brasileira de 1988), e compreendem valores como a dignidade da própria pessoa, direitos de terceiros e o interesse da coletividade, admitindo-se também limitações *a posteriori* pelo legislador.

O direito ordinário (administrativo, civil, penal, etc) também impõe limites à disposição do próprio corpo em vida e após a morte, como exigências de polícia mortuária e de investigação criminal, a moral, os bons costumes, além da gratuidade, e da finalidade científica ou altruística, concretizadas no novo Código Civil brasileiro. Com relação à posição jurídica do receptor, exige-se seu consentimento para a realização de cirurgias e tratamentos, salvo, evidentemente, situações em que tal consentimento não possa ser prestado e a intervenção se mostre necessária para a tutela da vida e da integridade física da pessoa. Relacionado com os limites à liberdade de disposição do corpo em vida encontra-se o problema da limitação da dádiva, em regra, a receptores com parentesco genético com o doador e/ou ao cônjuge ou a companheiro e companheira. Tal providência destina-se a evitar a compra e a venda de órgãos, além de se justificar, no tocante aos parentes, por razões de compatibilidade. Constitui, por outro lado, impedimento à manifestação de um ato de solidariedade do doador em benefício do receptor, mesmo quando este último não é parente daquele.

## **2. O TRATAMENTO DA LIBERDADE DE AUTODETERMINAÇÃO NA LEI N.º 9.434/1997**

Examinar-se-á neste item a disciplina traçada pela legislação brasileira a respeito da liberdade de autodeterminação, no que diz respeito aos transplantes de órgãos e tecidos. Inicialmente será considerado o caso de doadores vivos e em seguida de pessoas falecidas.

### **2.1 Órgãos e tecidos extraídos de pessoa viva**

O parágrafo único do artigo 13 do novo Código Civil Brasileiro admite os atos de disposição do próprio corpo para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial. A Lei 9.434/1997, por sua vez, em seu artigo 9º, considera lícita a disposição, efetuada por pessoa juridicamente capaz, de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, desde que seja gratuita e se destine a fins terapêuticos ou para transplantes.

Podem ser beneficiados o cônjuge e os parentes consangüíneos até o quarto grau. Não se fala em companheiro ou em companheira, mas a proteção dispensada pela Constituição à união estável, em seu artigo 226, e acolhida pelo Código Civil, em seus artigos 1.723 e seguintes, impõe que se estenda a possibilidade de doação também aos conviventes. Na Argentina, o artigo 15 da Lei 24.193/1993 permite expressamente a doação a pessoa que tenha convivido com o doador por pelo menos três anos, prazo que é reduzido para dois se da relação nasceram filhos.

Para a doação a referidas pessoas, exige-se autorização, preferencialmente por escrito e diante de testemunhas, especificando-se os tecidos, órgãos ou partes do corpo objeto da retirada.

Excepcionalmente, admite-se a doação para qualquer outra pessoa, exigindo-se nesse caso, em regra, a autorização judicial. Possibilita-se, assim, a manifestação de sentimentos genuínos de solidariedade. No caso de o tecido a ser transplantado seja a medula óssea, porém, se dispensa a autorização judicial, em virtude dos reduzidos riscos à vida e à integridade do doador, já que se trata de tecido regenerável.

O parágrafo 3º do artigo 9º da Lei 9.434/1997, a propósito, somente permite a retirada quando se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental, nem cause mutilação ou deformação inaceitável. Não se admite que a liberdade de dispor de partes do corpo implique a morte do doador ou a redução ou comprometimento grave de sua integridade física e de sua saúde, mesmo sob fundamentos religiosos por exemplo. Ainda que um dos ensinamentos católicos mais sublimes predique o sacrifício da própria vida em benefício dos outros, o direito não admite tal possibilidade. Há um direito à vida, não um direito sobre a vida<sup>40</sup>. Cada pessoa tem, em certa medida, um dever para com sua própria saúde (vida, integridade física e dignidade pessoal), o que autoriza, em certos casos, a proteção da pessoa contra si mesma, sobretudo em situações de maior fragilidade e vulnerabilidade, havendo limites para a liberdade individual e para o oferecimento de consentimento, decorrentes da dignidade da pessoa<sup>41</sup>. Por outro lado, a necessidade terapêutica do receptor deve comprovadamente estar presente.

A vontade individual livremente manifestada pode ser revogada a qualquer tempo antes da concretização do transplante, com a implantação do órgão, tecido ou parte do corpo. Caso estes já se tenham incorporado ao receptor, não mais é possível a revogação, uma vez que passam a se sujeitar aos direitos de personalidade deste último. O Decreto 2.268/1997, em seu artigo 15, parágrafo 7º, fixa que a revogação da dádiva somente poderá ocorrer até antes do início do procedimento de retirada do órgão, tecido ou parte do corpo. Normalmente a implantação no receptor se dá logo após a retirada e no mesmo centro cirúrgico. Como o doador se encontra ainda inconsciente e sob efeito de anestesia, não há como revogar seu consentimento. Caso recupere sua consciência, porém, e o órgão, tecido ou parte do corpo ainda não tenha sido implantado, há de se reconhecer a possibilidade de revogação da doação, prevalecendo o direito geral de personalidade do doador face à dicção expressa do referido dispositivo do Decreto 2.268/1997<sup>42</sup>.

Em se tratando de doador incapaz, poderá haver a remoção apenas de medula óssea, desde que tenha sido determinada a compatibilidade imunológica com o receptor, haja consentimento de ambos os pais ou dos responsáveis legais e autorização judicial<sup>43</sup>. O ato não deverá oferecer risco para a sua saúde. Evita-se, destarte, que se instrumentalizem menores e incapazes internados em instituições coletivas, como órfãos, por exemplo. O consentimento, nesse caso, também poderá ser revogado até antes da implantação.

Com vistas a tutelar presos de qualquer natureza, não se mostra lícito conceder benefícios (como redução da pena ou abrandamento das condições carcerárias) como recompensa pela doação de órgãos. Além de não assegurar a liberdade do consentimento, ante a situação em que se encontra o preso, tal solução desvirtua ainda a finalidade educativa da pena, já que, pela simples circunstância de haver doado um órgão, não se pode afirmar que o indivíduo foi reeducado e se encontra apto ao convívio social<sup>44</sup>.

A liberdade de disposição da gestante também é limitada (parágrafo 7º do artigo 9º da Lei 9.434/1997), com vistas a proteger sua saúde e a do feto. Somente é admitida a doação de tecido para ser utilizado em transplante de medula óssea. Problema relacionado com tal disposição é o decorrente de gravidez destinada a gerar um filho que possa vir a tornar-se doador de um irmão já nascido acometido, por exemplo, de leucemia. Sem prejuízo de considerações éticas que tal ato possa gerar, uma abordagem jurídica há de se restringir ao exame dos pressupostos expressamente

<sup>40</sup> LOUREIRO, João Carlos. *Transplantações: Um Olhar Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 41-42.

<sup>41</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*, in *Interesse Público*, n. 12, 2001, p. 95.

<sup>42</sup> Na Argentina, o artigo 15 da Lei 24.193, de 24 de março de 1993, prevê a possibilidade de revogação do consentimento pelo doador ou seu responsável legal até “el instante mismo de la intervención quirúrgica”.

<sup>43</sup> Também nesse sentido é a legislação espanhola, como lembra CARLOS ROMEO CASABONA (*Tendencias legales sobre los transplantes de órganos*, p. 109).

<sup>44</sup> Nesse sentido, REGINA RIBEIRO PARIZI e NEI MOREIRA DA SILVA (*Transplantes*, in *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 163).

previstos pela legislação brasileira. Restrições que ultrapassem referido exame, imiscuindo-se exageradamente na esfera privada dos pais, são, portanto, ilegais.

O auto-transplante também foi admitido, dependendo apenas de consentimento do próprio indivíduo ou de seus pais ou responsáveis legais.

Questão que se poderá suscitar no tocante à revogação do consentimento inicialmente manifestado para a extração de órgãos, tecidos ou partes do corpo é a atinente ao cabimento ou não de indenização. O prejuízo sofrido pelo receptor é passível de ressarcimento? A resposta mais adequada a tal questão implica considerar a liberdade de dispor do corpo, para fins de transplantações, como integrante do direito de livre desenvolvimento da personalidade. Vinculando-se diretamente à personalidade, tal liberdade impede que se considere as partes destacadas do corpo para fins de transplantes como coisas, passíveis de apropriação. Não se aplicando a elas o regime típico das coisas, descabe exigir indenização caso o doador revogue o consentimento inicialmente manifestado. Na Argentina, o artigo 15 da Lei 24.193/1993 expressamente prevê que a retratação do consentimento por parte do doador não gera obrigação de nenhuma classe. Verifica-se, neste ponto, a inadequação da perspectiva civilista clássica, que enquadra as partes destacadas do corpo como coisas, ainda que fora do comércio. É preciso ressaltar uma abordagem personalista do tema, de forma a enquadrar tais partes, se não como pessoa, muito menos como coisa, mas sim como um *tertium genus*: vinculam-se aos fins da personalidade, guardando ainda a dignidade do doador<sup>45</sup>.

## 2.2. Órgãos e tecidos extraídos de cadáver

Reconhecem-se na doutrina<sup>46</sup> e no direito comparado diversos modelos de apreciação do consentimento em matéria de extração de órgãos e tecidos de cadáver para fins de transplantações:

- a) a solução do consentimento, que exige a expressa concordância da pessoa para a licitude da extração, não autorizando o seu silêncio que se proceda à retirada. O consentimento pode ser restrito, se disser respeito apenas ao falecido, ou alargado, se envolver o *de cuius* e/ou os familiares;
- b) a solução do dissentimento, em que é lícita a remoção em caso de silêncio e em que se exige a expressa manifestação contrária para se impedi-la, não admitindo, em sua forma pura, qualquer direito de oposição dos familiares;
- c) o modelo da informação, pelo qual, ante a inexistência de consentimento expresso do falecido, comunica-se aos familiares a intenção de retirada, os quais poderão opor-se, podendo a oposição ser do próprio falecido, caso tenha deixado em vida declaração expressa nesse sentido;
- d) o modelo da declaração obrigatória, em que se exige que todos tenham de se pronunciar a respeito da remoção, assegurando-se as oportunidades para tanto;
- e) o modelo da irrelevância da vontade privada.

Alude-se ainda ao chamado consentimento presumido (*presumed consent* ou *routine removal*), como sinônimo de solução de dissentimento<sup>47</sup>. Trata-se de expressão empregada sobretudo nos Estados Unidos da América. Há algumas diferenças, porém, quanto ao fundamento moral, entre o *presumed consent* e a *routine removal*: no primeiro, se reconhece o poder de disposição do

<sup>45</sup> Examinar, a propósito, o trabalho de MANUEL GOMES DA SILVA (*Esboço de uma Concepção Personalista do Direito – Reflexões em torno da utilização do cadáver humano para fins terapêuticos e científicos*, Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. XVII, 196). Sem prejuízo de se poder eventualmente tratar como coisas algumas partes destacadas do corpo que não originem maiores problemas quanto à dignidade do doador, por não existir riscos à sua saúde e à sua vida, nem ameaças de instrumentalização, como é o caso de cabelos, os quais podem ser objeto de negócios jurídicos.

<sup>46</sup> OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *O Direito Geral de Personalidade e a “Solução do Dissentimento” – Ensaio sobre um Caso de “Constitucionalização” do Direito Civil*, p. 11-30; LOUREIRO, João Carlos. *Transplantações: Um Olhar Constitucional*, p. 26-32; CASABONA, Carlos Maria Romeo, *Tendencias legales sobre los transplantes de órganos*, p. 113-117; MENDES, Gilmar Ferreira. *Doação de Órgãos: Legitimidade Constitucional do Consenso Presumido*, in *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos, 1998, p. 203-206.

<sup>47</sup> OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *O Direito Geral de Personalidade e a “Solução do Dissentimento” – Ensaio sobre um Caso de “Constitucionalização” do Direito Civil*, p. 13.

indivíduo e/ou de sua família sobre o cadáver e suas partes, e que a falta de oposição constitui consentimento; no segundo, se reconhece que a sociedade tem o direito de acesso aos órgãos e tecidos extraídos de cadáver, seja porque estes lhe pertencem seja porque a família e os indivíduos têm o dever de fornecê-los<sup>48</sup>.

A Resolução (78) 29 do Conselho da Europa, que dispõe sobre a harmonização das legislações dos Estados-membros relativas à colheita e ao transplante de órgãos, de 11 de maio de 1978, acolheu como modelo a solução do dissentimento. Seu artigo 10, nº 1, determina que nenhuma colheita de órgãos e de tecidos deve ser efetuada quando houver oposição expressa ou presumida do falecido, consideradas em especial as suas convicções religiosas ou filosóficas. Na ausência de manifestação explícita ou implícita do falecido, a remoção pode ser efetuada. Deixou-se aberta, porém, para cada Estado-membro, a possibilidade de decidir pela não-remoção, no caso de se verificar, mediante uma indagação razoável, em face das circunstâncias, a existência de oposição da família do defunto. A Organização Mundial da Saúde, mediante a Resolução 44.25, de 13 de maio de 1991, também admite a solução do dissentimento como solução alternativa ao consentimento expresso<sup>49</sup>.

Em Portugal, vige o critério do dissentimento estritamente pessoal<sup>50</sup>, regulado pelos artigos 10 e seguintes da Lei 12/1993, de 22 de Abril, e pelo Decreto-Lei 244/1994, de 26 de Setembro. São considerados potenciais doadores todos os nacionais, apátridas e estrangeiros residentes em Portugal que não tenham manifestado sua oposição e sua qualidade de “não-dadores” junto ao Ministério da Saúde. A total ou parcial indisponibilidade para a doação se dá mediante inscrição no RENNDA – Registo Nacional de Não Dadores, de caráter informatizado. Como prova da oposição, prevêem-se três meios: a inscrição no RENNDA, a cópia do formulário de entrada destinada a provar o requerimento de inscrição no referido cadastro e o cartão individual de não-dador, a ser enviado no prazo de trinta dias a contar da recepção do formulário. No caso de cadáver não identificado, é autorizada a colheita de órgãos, presumindo-se a não-oposição, se outra coisa não resultar dos elementos circunstanciais, conforme determina o artigo 13, nº 6, da Lei 12/1993, de 22 de Abril. A respeito de menores e incapazes, a indisponibilidade para a doação deve ser manifestada, para efeitos de registo, pelos seus representantes legais e pelos menores com capacidade de entendimento e manifestação de vontade.

É nítida a predominância de uma intenção de ampliar a oferta de órgãos para transplantes, intenção que já era presente no diploma anterior referente à matéria, o Decreto-Lei 553/1976, de 13 de Julho. O Tribunal Constitucional, ao apreciar pedido de declaração de inconstitucionalidade do artigo 5º do último diploma citado, não o considerou lesivo à Constituição. Entendeu existir um ônus de zelo a cargo de cada pessoa, colocando-a na posição de, em vida, adotar as providências necessárias a que sua oposição se torne conhecida<sup>51</sup>. Em declarações de voto, os Conselheiros Raul Mateus, Messias Bento e Antero Alves Monteiro Diniz, vencidos no julgamento, manifestaram-se pela inconstitucionalidade do artigo 5º do Decreto-Lei 553/1976, de 13 de Julho, basicamente pela inexistência, no quadro normativo por ele traçado, de medidas procedimentais eficientes que possibilitassem que a vontade do interessado chegasse ao conhecimento dos médicos a que incumbe a retirada dos órgãos e tecidos<sup>52</sup>.

A solução do dissentimento também é consagrada pelas legislações de Espanha, França e Itália. Na Espanha, a Lei 30/1979, em seu artigo 5º, nº 2, admite a extração de órgãos e outras peças

<sup>48</sup> JAMES F. CHILDRESS, *Organ and Tissue Procurement - Ethical and Legal Issues Regarding Cadavers*, in *Encyclopedia of Bioethics*, Revised Edition, Vol. 4. Nova Iorque: Simon & Schuster Mcmillan, 1995, p. 1860.

<sup>49</sup> Resolução OMS 44.25 Guiding Principle 1: “Organs may be removed from the bodies of deceased persons for the purpose of transplantation if: a) any consents required by law are obtained; and b) there is no reason to believe that the deceased person objected to such removal, in the absence of any formal consent given during the person’s lifetime”.

<sup>50</sup> O qual havia sido introduzido inicialmente pela legislação anterior, o Decreto-Lei 553/1976, de 13 de Julho, cujo artigo 5º determinava que “os médicos não podem proceder à colheita quando, por qualquer forma, lhes seja dado conhecimento da oposição do falecido”.

<sup>51</sup> Acórdão 130/88, in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, p. 451-452.

<sup>52</sup> *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, p. 454 seg.

anatômicas, para fins terapêuticos ou científicos, no caso de não existir oposição expressa do doador. No caso de menores e de pacientes com déficit mental, a oposição deve ser feita por quem os represente<sup>53</sup>. Na França, a Lei nº 94-654, de 29 de julho de 1994, modificou a redação do Código de Saúde Pública, cujo artigo L.671-7 passou a prever a possibilidade de remoção de órgãos e tecidos se não há oposição registrada em cadastro nacional automatizado, revogável a todo momento. Se o médico responsável não tem conhecimento da vontade do falecido, deve se esforçar para obter o testemunho de sua família. Para menores e incapazes, exige-se autorização expressa e por escrito de cada um dos titulares do poder paternal ou do seu representante legal<sup>54</sup>. Na Itália, por fim, a Lei nº 91, de 1º de Abril de 1999, passou a adotar a solução do dissentimento estritamente pessoal, qualificada como “silêncio-consentimento informado” (*silenzio-assenso informato*). Prevê-se a necessidade de as autoridades sanitárias locais notificarem os cidadãos residentes em sua área de competência para exprimirem sua vontade. Sem tal informação específica e individualizada, não se pode efetuar a remoção. Se manifestarem seu assentimento ou se não se manifestarem, a remoção pode ser efetuada. Deve ser verificado o que consta em cadastro informatizado ou nos documentos sanitários pessoais. Ainda que não conste qualquer manifestação, o que a princípio autorizaria a colheita, esta não se efetuará se for exibido documento escrito, com a assinatura do defunto, em que este exprima sua oposição. No tocante aos menores, exige-se a concordância de ambos os genitores. Quanto aos nascituros, aos incapazes e aos menores que vivem em institutos de assistência públicos e privados, não é possível consentir na colheita<sup>55</sup>.

Na Argentina, a Lei 24.193, de 24 de março de 1993, em seu artigo 19, prevê que toda pessoa maior de dezoito anos pode autorizar a extração de órgãos ou materiais anatômicos para fins de implantação em pessoas vivas, estudo ou investigação. Tal autorização poderá ser genérica ou especificar os órgãos ou tecidos a serem extraídos e poderá ser revogada a qualquer tempo. A outorga da autorização ou sua negativa será feita perante o Registro do Estado Civil e Capacidade das Pessoas, sempre que se praticar perante ele qualquer ato. A manifestação da vontade será registrada no Documento Nacional de Identidade do declarante e será comunicada ao Instituto Nacional Central Unico Coordinador de Ablación e Implante, entidade responsável pela matéria. Foi previsto pelo artigo 62 do mesmo diploma que, a partir de 1º de janeiro de 1996, se presumirá que toda pessoa capaz maior de dezoito anos que não tenha manifestado sua vontade de forma negativa conferiu autorização tácita para a extração. Os seus familiares, porém, poderão se opor a ela. Em caso de morte violenta, não existindo vontade expressa manifestada e ante a ausência de familiares, deverá ser requerida autorização judicial.

Contrariamente à tendência apontada nas legislações européias, a Alemanha adotou a solução do consentimento mediante a Lei de Transplantações de Órgãos, de 5 de novembro de 1997 (*Transplantationgesetz – TPG*). Exige-se, a princípio, expresse consentimento do doador, sob a forma escrita, sendo ilícita a extração se houver discordância por escrito. Não havendo manifestação expressa, deverá o médico responsável consultar o parente mais próximo do falecido, ou da pessoa expressamente por ele designada, sobre a existência de declaração acerca da remoção ou não de órgãos. Não existindo declaração do doador, a colheita somente pode ser efetuada se o parente nela consentir. A decisão do parente ou da pessoa designada deve respeitar a vontade provável do potencial doador<sup>56</sup>.

<sup>53</sup> CASABONA, Carlos María Romeo. *Tendencias legales sobre los transplantes de órganos*, p. 113-114; LAMADRID, Miguel Angel Soto. *El Transplante de Tejidos y Órganos Humanos en la Legislación Española*, in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXV, Fascículo I, Janeiro/Abril de 1982, p. 77 seg.

<sup>54</sup> THOUVENIN, Dominique. *L'obtention des organes: le don comme finalité et le prélèvement comme modalité*, in *Les Lois "Bioéthique" à L'Épreuve des Faits*. Paris: PUF, 1999, p. 77 seg.

<sup>55</sup> GUERRERA, Ida Nicotra. *Il silenzio legale informato nella recente legge sui trapianti: dalla regola coercitiva alla norma pedagogica*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 3, 1999, Milão, Giuffrè, p. 829 seg; ZIINO, Diego. *Trapianti di organi e principi costituzionali di solidarietà sociale*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 3-4, Vol. XXIX, Luglio-Dicembre 2000, Giuffrè, p. 1409 seg; SICA, Salvatore. *La Volontà alla "Donazione"*, in *La Disciplina Giuridica dei Trapianti*, Milão, Giuffrè, 2000, p. 79 seg.

<sup>56</sup> SIMON, Jürgen. *Legal Aspects of Biomedical Issues in Germany*, in *Journal International de Bioéthique*, Vol. 10, n. 3, setembro de 1999, Paris, Ed. ESKA, p. 37 seg; LUDWIG SIEP, JOHANN S. ACH e MICHAEL

No Brasil, a Lei 9.434, de 04 de fevereiro de 1997, consagrou, inicialmente, a solução do dissentimento<sup>57</sup>. Seu artigo 4º previa que, salvo manifestação em contrário, a ser registrada em documentos pessoais, passíveis de alteração a qualquer momento, a pessoa era considerada doadora. Posteriormente, face a modificações sucessivas por meio de medidas provisórias, finalmente convertidas na Lei 10.211/2001, foi consagrada regra totalmente distinta: a retirada de órgãos e tecidos passou a depender de 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. Nenhuma palavra é dedicada à vontade do falecido. Em face de tal alteração, foi revogada toda a sistemática inicialmente vigente relativa ao registro da vontade da pessoa em Carteira de Identidade Civil ou em Carteira Nacional de Habilitação, de forma que as expressões “doador” e “não-doador” de órgãos nelas apostas perderam sua validade a partir de 22 de dezembro de 2000<sup>58</sup>.

O novo parágrafo único do referido artigo 4º previa que a retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas poderia ser realizada a partir de registro feito em vida, pelo *de cuius*, nos termos do regulamento. No entanto referido parágrafo único foi vetado por S. Exa., o Presidente da República, sob o fundamento de que induziria “o entendimento que, uma vez o potencial doador tenha registrado em vida a vontade de doação de órgãos, esta manifestação em si só seria suficiente como autorização para a retirada dos órgãos. Isto além de contrariar o disposto no *caput* do art. 4º - a autorização familiar, contraria a prática da totalidade das equipes transplantadoras do País, que sempre consultam os familiares (mesmo na existência de documento com manifestação positiva de vontade do potencial doador) e somente retiram os órgãos se estes, formalmente, autorizarem a doação”<sup>59</sup>. Nos termos do artigo 5º do referido diploma legal, a remoção de tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa juridicamente incapaz poderá ser feita desde que permitida por ambos os pais ou por seus responsáveis legais.

O exame das normas de diferentes ordenamentos demonstra a diversidade de tratamentos a que a matéria pode ser submetida. Pode-se identificar na maior ênfase aos direitos individuais ou aos interesses da coletividade, associada a diferentes procedimentos e esquemas organizatórios destinados a dar-lhe efetividade, o ponto fulcral a nortear as soluções legislativas adotadas. Devem estas, no contexto de Estados Democráticos de Direito, pautar-se pela busca do equilíbrio entre o interesse da coletividade na obtenção de órgãos para transplantes e os direitos fundamentais dos cidadãos e de seus familiares, definindo o marco normativo que deve orientar a atuação de médicos e autoridades sanitárias<sup>60</sup>.

É possível, porém, identificar a existência de conflitos entre bens constitucionalmente protegidos e direitos fundamentais. No Brasil, a alteração a que foi submetido o artigo 4º da Lei 9.434/1997 conduziu à desconsideração da vontade individual, ao passar a exigir exclusivamente a autorização

---

QUANTE, *The Ethics of Organ Transplantation – Features of the German Discussion*, in *Journal International de Bioéthique*, Vol. 10, n. 4, novembro de 1999, Paris, Ed. ESKA, p. 29 seg.

<sup>57</sup> Referido diploma revogou a Lei 8.489, de 18 de novembro de 1992, que exigia manifestação expressa do doador, em vida, autorizando a extração. Na ausência desta última, e desde que não houvesse manifestação em contrário, a remoção poderia ser efetuada mediante manifestação do cônjuge, ascendente ou descendente. Anteriormente, dispôs sobre o assunto a Lei 5.479, de 10 de agosto de 1968, revogada pela referida Lei 8.489/92. Referido diploma exigia uma das seguintes condições: a) manifestação expressa da vontade do “disponente” (a qual deveria ser veiculada por instrumento público se o doador fosse incapaz ou analfabeto); b) autorização escrita do cônjuge, não separado, e sucessivamente, de descendentes, ascendentes e colaterais, ou das corporações religiosas ou civis responsáveis pelo destino dos despojos. Havia a possibilidade de o disponente destinar seus tecidos ou órgãos a instituições ou pessoas. Referido diploma, por sua vez, revogou a Lei 4.280, de 6 de novembro de 1963, a qual dispunha exclusivamente sobre “a extirpação de partes do cadáver, para fins de transplante”, exigindo, alternativamente, autorização escrita do *de cuius* ou não-oposição por parte do cônjuge ou dos parentes até o segundo grau, ou de corporações religiosas ou civis responsáveis pelo destino dos despojos. O Código de Ética Médica (Resolução CFM n. 1246/88) também dispõe sobre os transplantes em seus artigos 72 a 75.

<sup>58</sup> Artigo 2º da Lei 10.211/2001.

<sup>59</sup> Mensagem de veto nº 252, de 23 de março de 2001, publicada no D.O.U. de 24 de março de 2001 (edição extra).

<sup>60</sup> Nesse sentido, CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA (*Tendencias legales sobre los transplantes de órganos*, p. 105).

dos familiares para a extração de órgãos. Tal desconsideração impacta o direito geral de personalidade, como liberdade de decidir acerca do destino a ser dado ao corpo após a morte. O novo Código Civil brasileiro, a propósito, em seu artigo 14, concretizou tal liberdade, admitindo como lícitos os atos de disposição do próprio corpo para após a morte desde que gratuitos e com finalidades científicas e altruísticas. Em Portugal, critica-se a inadequada observância de deveres de informação aos cidadãos e a adoção de soluções procedimentais inadequadas para assegurar eficácia prática à solução do dissentimento<sup>61</sup>.

### 2.3. A violação ao princípio da proporcionalidade

A existência de conflitos entre os bens coletivos e os direitos fundamentais analisados neste estudo aconselha a aplicação do princípio ou da máxima da proporcionalidade, como meio para se concluir pela adequação ou não da solução adotada pelos diversos ordenamentos.

As normas de direitos fundamentais podem ser regras e princípios segundo a conhecida formulação de Robert Alexy<sup>62</sup>. As regras se destinam a ser aplicadas em sua inteireza ou não, ao passo que os princípios são mandatos de otimização, cuja ordenação deve ser cumprida na medida das possibilidades fáticas e jurídicas. As possibilidades jurídicas são determinadas por princípios e regras opostos. Isto impõe considerar, nas relações entre os cidadãos e o Estado, se as limitações impostas a direitos fundamentais são imprescindíveis para a proteção de princípios e valores opostos. É o princípio ou máxima da proporcionalidade.

A idéia de proporção, a rigor, acompanha a própria idéia de direito, segundo os arquétipos do pensamento jurídico ocidental, na Grécia e em Roma<sup>63</sup>. No direito público alemão, a idéia de proporcionalidade seria posteriormente invocada como um limite da atuação do Estado, somente se justificando intervenções nos direitos individuais à medida que fossem necessárias à salvaguarda da liberdade e da segurança de todos<sup>64</sup>. Já se encontrava presente na idéia britânica de razoabilidade (*reasonableness*) e na concepção francesa de excesso ou desvio de poder<sup>65</sup>. Manifestou-se no direito penal, na idéia de proporção entre os crimes e os castigos<sup>66</sup>, passando ao direito administrativo (direito de polícia). Deste último, tal princípio foi transposto, na Alemanha, para o plano constitucional, sobretudo após a edição da Lei Fundamental de Bonn e da interpretação atribuída pelo Tribunal Constitucional alemão ao seu artigo 19, n.º 2<sup>67</sup>.

Tal máxima se decompõe nas exigências de:

- a) adequação da medida (sua idoneidade para alcançar o fim de interesse público pretendido pela limitação);
- b) necessidade da medida (inexistência de outra medida menos limitativa para a satisfação do interesse pretendido);
- c) proporcionalidade em sentido estrito da limitação (deve haver um equilíbrio entre o prejuízo sofrido pelo direito fundamental limitado e o benefício decorrente da limitação para o interesse público, ou seja, as vantagens dela decorrentes devem superar as desvantagens).

<sup>61</sup> OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *O Direito Geral de Personalidade e a "Solução do Dissentimento" – Ensaio sobre um Caso de "Constitucionalização" do Direito Civil*, p. 28-30 e 226 seg.

<sup>62</sup> *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 86-87. A abordagem "principiológica" dos direitos fundamentais muito deve também a RONALD DWORKIN (*Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1999, p. 24 seg).

<sup>63</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*, São Paulo, Celso Bastos Editor, 2000, p. 73.

<sup>64</sup> *Teoria Processual da Constituição*, p. 76 seg.

<sup>65</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 268.

<sup>66</sup> Consagrada na França no artigo 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Nesse sentido, ainda, CESARE BECCARIA (*Dos Delitos e das Penas*, São Paulo, Hemus, 1971, p. 61) e SUZANA DE TOLEDO BARROS (*O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 35).

<sup>67</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*, p. 81 seg. Também PETER HÄBERLE (*Le Libertà Fondamentali nello Stato Costituzionale*. Roma: La Nuova Italia Scientifica, 1993, p. 93-94).

O referido princípio vincula a Administração, o Judiciário e o Legislativo. Apesar da margem de livre apreciação que este último detém, podem ser controladas a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito das medidas legislativas adotadas, levando-se em conta posições subjetivas concretas que venham a ser atingidas por aquelas medidas<sup>68</sup>. O princípio da proporcionalidade mostra-se assim como o “limite dos limites”, servindo para o equacionamento de conflitos e estabelecendo balizas para a concordância prática de valores e bens constitucionais<sup>69</sup>.

Na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, a razoabilidade constitui parâmetro de aferição da constitucionalidade das leis, baseada no princípio do devido processo legal, na sua vertente substantiva (*substantive due process*), servindo para limitar medidas restritivas de direitos e liberdades adotadas pela Administração e pelo Legislativo<sup>70</sup>. Importa considerar se a medida restritiva passa pelos testes da racionalidade e da razoabilidade em sentido estrito: o primeiro leva a considerar se a autoridade de que emanou a medida levou em conta elementos impertinentes ou se omitiu quanto a elementos pertinentes; o segundo leva a que se afastem as soluções que contrariem de forma manifesta o senso comum. Como ensina GERMANA DE OLIVEIRA MORAES, “os conteúdos dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade guardam conexão, detectando-se um ponto comum entre a razoabilidade, na acepção de racionalidade, com o princípio da proporcionalidade, sob as vertentes da adequação e da necessidade, mas nem sempre alcança o princípio da razoabilidade em sua segunda acepção, traduzida pela regra do ‘consenso popular’, que nem sempre abrange a noção de proporcionalidade”<sup>71</sup>.

Apesar de não se encontrar expressamente previsto, o princípio da proporcionalidade mostra-se compatível com os princípios e o regime adotados pela Constituição, nos termos do parágrafo 2º do artigo 5º da Lei Maior, podendo ainda ser reconduzido à cláusula do devido processo legal, em sua vertente substancial (inciso LV do referido artigo 5º)<sup>72</sup>. Cumpre, portanto, verificar se a solução albergada pela Lei 9.434/1997 é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

Tem-se que foi privilegiado o interesse dos familiares em detrimento da liberdade individual<sup>73</sup>. Mesmo admitindo-se que seja uma solução adequada para a obtenção de órgãos e para assegurar o interesse dos familiares, e, seguramente, não sendo uma solução consagrada de um excesso, diante da reduzida carga coativa, já que não se consagra a possibilidade de remoção de órgãos contra a vontade do potencial doador e de seus familiares, é desproporcional em sentido estrito por negar de forma categórica e apriorística a liberdade individual, impedindo o desenvolvimento pleno da personalidade e afetando a dignidade do doador. Diferentes soluções seriam possíveis sem incorrer em tal vício, tais como exigir-se a manifestação da vontade da pessoa e de familiares ou permitir aos familiares apresentar oposição fundada na vontade do falecido em não doar, demonstrada mediante elementos de convicção como pertencer a um grupo religioso cujas crenças

<sup>68</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 272.

<sup>69</sup> BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, p. 172 seg. Referida autora critica a circunstância de o Supremo Tribunal Federal, no Brasil, não haver ainda assimilado o princípio da proporcionalidade como limite da restrição de direitos e garantias constitucionais e como parâmetro de aferição da constitucionalidade de medidas legislativas, prevalecendo muitas vezes a exigência de lesão manifesta e direta a dispositivo constitucional. Há na jurisprudência da Corte Maior, porém, diversos julgados em que foi afirmada a violação à máxima da proporcionalidade, muitas vezes com a denominação de princípio da razoabilidade. Examinar, a propósito, CAIO TÁCITO (A Razoabilidade das Leis, in *Revista de Direito Administrativo*, n. 204, abril/junho de 1996, Renovar, Rio de Janeiro, p. 3-6) e GERMANA DE OLIVEIRA MORAES (*Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 133-141).

<sup>70</sup> TÁCITO, Caio. *A Razoabilidade das Leis*, p. 2.

<sup>71</sup> *Controle Jurisdicional da Administração Pública*, p. 133.

<sup>72</sup> Considerar a falta de razoabilidade de uma norma uma violação ao devido processo legal constitui entendimento já adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADIn's 966-4, 958-3 e 1.158. Nesse sentido, CAIO TÁCITO (A Razoabilidade das Leis, p. 5).

<sup>73</sup> Na Mensagem de Veto presidencial ao novo parágrafo único do artigo 4º da Lei 9.434/1997, foi feita referência à prática da “totalidade das equipes transplantadoras do país”, o que autoriza concluir que também se considerou os interesses dos profissionais médicos na adoção do critério da autorização familiar, na medida em que o critério atualmente adotado evita a possibilidade de conflitos entre médicos e familiares do potencial doador.

são contrárias à doação, por exemplo.

Tais soluções haveriam de ser conjugadas com modelos organizatórios e procedimentais que facilitassem não apenas a manifestação da vontade da pessoa, como de seus familiares, bem como a alteração da vontade inicialmente manifestada. Por ocasião de exames médicos de admissão ao serviço público ou a empregos na iniciativa privada, ou de exames médicos demissionais, ou ainda quando da inscrição perante a Seguridade Social, além dos casos de expedição de carteira de identidade e de carteira nacional de habilitação, poderia ser colhida a vontade da pessoa, a ser registrada em arquivo informatizado para posterior consulta, isso após serem prestados todos os esclarecimentos necessários. Haveria de ser facilitada a alteração da manifestação inicial e mesmo permitida sua veiculação por mecanismos informais, como declarações posteriores e mesmo o testemunho da família, desde que fundado em indícios convincentes.

É de se lembrar, como argumento que justifica o critério da autorização familiar, o da necessidade de proteção de pessoas menos favorecidas. Por ser o Brasil um país com grandes desigualdades sociais e regionais, a adoção da solução do dissentimento levaria à extração de órgãos e tecidos de pessoas que nunca tiveram acesso à educação e à cultura, não tendo sido devidamente informadas de seus direitos e de como torná-los efetivos. Ao falecerem, tais pessoas passariam a “ter um maior valor” do que tiveram em vida e poderiam vir a ser instrumentalizadas, servindo como “bancos” de órgãos. Malgrado a razoabilidade da argumentação, outras soluções seriam possíveis. O critério da autorização familiar impede o exercício da liberdade individual de dispor sobre o destino a dar ao próprio corpo, com intuito altruístico e solidário, de pessoas que têm adequado discernimento e foram devidamente informadas. Ademais, constitui uma capitulação do Estado diante dos fatos, quer por desconsiderar seu dever de reforçar o acesso da maior parte da população brasileira à educação e à cultura, quer por mascarar seu dever de fomentar a solidariedade, por meio de campanhas públicas de esclarecimento. Por fim, conduz à disseminação errônea da idéia de que os familiares teriam “direito” a decidir o destino do corpo do falecido, dificultando o estabelecimento de um sentimento de solidariedade<sup>74</sup>. Os interesses dos familiares são respeitados pela previsão da obrigatoriedade de uma recomposição condigna do cadáver para ser entregue aos parentes do morto ou aos seus responsáveis legais (artigo 8º da Lei 9.434/1997), exigência que também está presente na lei portuguesa (artigo 14), que proíbe mutilações ou dissecações não estritamente indispensáveis à recolha e à utilização de tecidos e órgãos.

A eliminação do procedimento anteriormente previsto pelo artigo 4º da Lei 9.434/1997 (inscrição na carteira nacional de habilitação ou na carteira de identidade da condição de não-doador de órgãos e tecidos) constitui portanto um retrocesso inconstitucional e uma violação ao princípio da proporcionalidade e à garantia da liberdade individual, por haver suprimido um meio para a veiculação da vontade e para o desenvolvimento da personalidade da pessoa sem que fosse oferecida uma via alternativa para tanto.

Não significa que a solução anterior estivesse isenta de críticas. O conflito, nesse caso, era entre o direito geral de personalidade (ou eventualmente a liberdade de crença e de consciência), e o direito à saúde. Não se pode afirmar, aprioristicamente, que os primeiros sempre se sobrepõem ao segundo, sendo necessário verificar-se no caso concreto quais são as razões existentes em favor de uns e de outros, devendo prevalecer os direitos individuais apenas em caso de dúvida ou de igualdade das razões existentes<sup>75</sup>. No entanto, a redação anterior do artigo 4º da Lei 9.434/97 consagrava um déficit procedimental, na medida em que não previa a consulta aos familiares, para se apurar eventual mudança da vontade do falecido, nem a possibilidade de esta mudança ser demonstrada por outros meios além daqueles expressamente previstos. Violava ainda a exigência de uma informação adequada ao potencial doador, para propiciar uma decisão consciente, mesmo que tácita.

<sup>74</sup> Nesse sentido, e com referência à experiência espanhola, ver CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA (*Tendencias legales sobre los transplantes de órganos*, p. 118-120).

<sup>75</sup> OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *O Direito Geral de Personalidade e a “Solução do Dissentimento” – Ensaio sobre um Caso de “Constitucionalização” do Direito Civil*, p. 96.

Crítica semelhante pode ser dirigida à legislação portuguesa<sup>76</sup>. Não são previstos outros meios, além da inscrição no RENNDA (Registro Nacional de Não-Dadores), da cópia do impresso tipo e do cartão individual de não-doador, “susceptíveis de proporcionar pelo menos uma provável eficácia prática à vontade expressa em vida do não dador”<sup>77</sup>. A existência de organizações e procedimentos adequados à veiculação, à modificação e ao conhecimento por parte de autoridades sanitárias da vontade do potencial dador constitui uma dimensão objetiva essencial dos direitos fundamentais relacionados com as transplantações, especialmente o direito ao desenvolvimento da personalidade e a liberdade de crença e consciência<sup>78</sup>.

Também merece crítica a previsão de que as pessoas falecidas não identificadas são consideradas doadoras (artigo 13 da Lei 12/1993, de 22 de Abril). Caso se trate de uma pessoa que se tenha manifestado contrariamente à retirada de órgãos e tecidos ou de um estrangeiro não residente em Portugal sua vontade não será respeitada. A não identificação da pessoa impede totalmente a verificação de sua vontade, violando a referida previsão o princípio da proporcionalidade em sentido estrito: as desvantagens (lesão ao direito geral de personalidade, como liberdade de autodeterminação bioética) superam as vantagens (obtenção de mais órgãos para transplantes). A medida viola ainda o princípio da proibição do excesso, dada sua elevada carga coativa<sup>79</sup>. A lei brasileira veda expressamente a remoção de partes do corpo de pessoas não identificadas (artigo 6º).

Por fim a exigência de uma informação individualizada e específica acerca das consequências da não-oposição, como meio necessário à obtenção de uma manifestação volitiva livre e esclarecida, também não é atendida pela lei portuguesa. Há a previsão de campanhas de informação (artigo 15 da Lei 12/1993, de 22 de Abril), que além de não serem realizadas com a frequência que seria esperada<sup>80</sup>, não asseguram a recepção efetiva da mensagem pelos doadores em potencial.

Interessante, nesse sentido, é o teor da Lei Italiana 91, de 1º de abril de 1999, que autoriza a colheita de órgãos e tecidos nos casos em que o indivíduo a) tenha manifestado em vida sua vontade favoravelmente; b) tenha sido informado de seus direitos e não se tenha manifestado contra a remoção. Ainda nesse segundo caso, porém, a colheita não será feita se for exibido documento, com a assinatura do falecido, em que este exprima a sua oposição. A lei em comento determina ainda às autoridades sanitárias locais que solicitem aos cidadãos a manifestação de sua vontade, notificando-os e informando-os de seus direitos, inclusive da forma de modificar referida manifestação.

A ausência de uma informação adequada ao potencial doador constitui portanto um vício da regulação da matéria. Além das campanhas públicas de esclarecimento, que configuram uma informação “em sentido lato”, cumpria que fosse prevista uma notificação pessoal, tal como faz a lei italiana, com o que se assegura um maior respeito à dignidade da pessoa, informando-a de seus direitos e das consequências de seus atos ou omissões. Tal notificação, com os esclarecimentos devidos, poderia ser feita por ocasião de consultas médicas, da expedição de documentos, da inscrição perante a Seguridade Social e de outros momentos em que a pessoa e o Estado se relacionam.

## CONCLUSÕES

<sup>76</sup> *O Direito Geral de Personalidade e a “Solução do Dissentimento” – Ensaio sobre um Caso de “Constitucionalização” do Direito Civil*, p. 215 seg.

<sup>77</sup> *O Direito Geral de Personalidade e a “Solução do Dissentimento” – Ensaio sobre um Caso de “Constitucionalização” do Direito Civil*, p. 231. No mesmo sentido, JOÃO CARLOS SIMÕES GONÇALVES LOUREIRO (*Transplantações: Um Olhar Constitucional*, p. 32-34).

<sup>78</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 150-151; MENDES, Gilmar Ferreira. **Doação de Órgãos: Legitimidade Constitucional do Consenso Presumido**, p. 204.

<sup>79</sup> OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *O Direito Geral de Personalidade e a “Solução do Dissentimento” – Ensaio sobre um Caso de “Constitucionalização” do Direito Civil*, p. 235-236.

<sup>80</sup> *O Direito Geral de Personalidade e a “Solução do Dissentimento” – Ensaio sobre um Caso de “Constitucionalização” do Direito Civil*, p. 227.

A tutela constitucional da liberdade de autodeterminação, que abrange a liberdade de definir o destino a ser dado ao próprio corpo, após a morte, ou às partes dele destacadas, permite ampliar e complementar a proteção aos direitos da personalidade, tal qual se encontram disciplinados pelo Código Civil. Ressalte-se, a propósito, ser possível justificar a existência de um direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, a abranger a liberdade de autodeterminação bioética, por se tratar de uma ampliação do âmbito das liberdades expressamente consagradas na Constituição Federal de 1988, e também em decorrência da substancial equivalência do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em termos de importância e de proximidade da idéia de dignidade da pessoa, com direitos formalmente fundamentais. A partir dessa perspectiva, tem-se que a alteração operada pela Lei 10.211/2001, que introduziu a autorização familiar como critério para obtenção do consentimento a fim de se extrair órgãos de pessoas falecidas para fins de transplantes, é inconstitucional. Tal critério não deixa nenhum espaço para a liberdade de autodeterminação bioética, já que desconsidera a vontade da pessoa, que mantém eficácia mesmo após seu falecimento, e privilegia a decisão de seus familiares, consagrando um excesso lesivo e desproporcional. Também se faz necessária a introdução de mecanismos eficientes que assegurem o esclarecimento do público e a obtenção, manifestação e alteração da vontade da pessoa, a respeito da doação de órgãos para fins de transplantação, fomentando um autêntico sentimento de solidariedade e ao mesmo tempo respeitando a sua liberdade de autodeterminação.