



**SOCIEDADE METROPOLITANA DE EDUCAÇÃO, CULTURA
E TECNOLOGIA SÃO CARLOS
FACULDADE METROPOLITANA SÃO CARLOS - FAMESC
CURSO DE GRADUAÇÃO DIREITO**

PÂMELLA DO CARMO SILVA

**SOB A ESPADA DE DÂMOCLES: UMA ANÁLISE DO LIVRE
CONSENTIMENTO CONTIDO NO ART. 4º DA LEI Nº 9.434/97 x O
ART. 14 DO CÓDIGO CIVIL**

Bom Jesus do Itabapoana/RJ
2017

PÂMELLA DO CARMO SILVA

**SOB A ESPADA DE DÂMOCLES: UMA ANÁLISE DO LIVRE
CONSENTIMENTO CONTIDO NO ART. 4º DA LEI Nº 9.434/97 x O ART.
14 DO CÓDIGO CIVIL**

Monografia apresentada como parte dos requisitos necessários para a conclusão do Curso de Graduação em Direito, sob orientação do Professor Mestre Tauã Lima Verdán Rangel, da Faculdade Metropolitana São Carlos – FAMESC.

Bom Jesus do Itabapoana/RJ
2017/2º semestre

FICHA CATALOGRÁFICA

Preparada pela Biblioteca Marelene Henriques Alves – Famesc

10/2017

S586s Silva, Pâmella do Carmo
Sob a espada de Dâmocles : uma análise do livre consentimento contido no Artigo 4º da Lei 9.434/97 x o Art. 14 do Código Civil / Pâmella do Carmo Silva. – Bom Jesus do Itabapoana, RJ, 2017.
135 f.

Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade Metropolitana São Carlos. Bom Jesus do Itabapoana, 2017.
Orientador: Tauã Lima Verdán Rangel.

Bibliografia: f. 120-135.

1. BIOÉTICA 2. DIREITO E BIOLOGIA 3. CONSENTIMENTO CONSCIENTE (LEGISLAÇÃO MÉDICA) 4. TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS, TECIDOS, ETC. 5. PERSONALIDADE (DIREITO) 6. CADÁVERES (DIREITO) I. Faculdade Metropolitana São Carlos
II. Título

CDD 340.112

PÂMELLA DO CARMO SILVA

**SOB A ESPADA DE DÂMOCLES: UMA ANÁLISE DO LIVRE
CONSENTIMENTO CONTIDO NO ART. 4º DA LEI Nº 9.434/97 x O ART.
14 DO CÓDIGO CIVIL**

Monografia aprovada em ____/____/____ para obtenção do título de Bacharelado
em Graduação de Direito.

Monografia avaliada em ____/____/____

Formatação: () _____

Nota final: () _____

Comissão Examinadora

Prof. Tauã Lima Verdán Rangel
Orientador

Profa. Neuza Maria de Siqueira Nunes
Coorientador ou Avaliador de Metodologia

Prof. Esp. Rodrigo Andrade Dias
Avaliador de Conteúdo

Bom Jesus do Itabapoana, 07 de novembro de 2017

Dedico este trabalho a Deus, bem como a minha família por terem me ensinado o valor do esforço, do conhecimento, bem como dos benefícios de ser capaz de ajudar as pessoas.

Dedico ainda a todos os meus professores por terem me ajudado a trilhar o meu caminho dentro do curso de graduação e me ensinarem que, além da necessidade de educação jurídica, quando do confronto da Justiça com o Direito, esta deve sempre prevalecer.

Gostaria de agradecer primeiramente a Deus, por ter me dado forças para superar todos os obstáculos durante o curso desta graduação. Gostaria de agradecer também à minha família por todo apoio e compreensão, principalmente durante a confecção do presente trabalho de conclusão de curso.

Agradeço, também, aos meus queridos professores por me darem a direção, por terem me ensinado a valorizar o esforço e o estudo, em especial aos professores Me. Tauã Lima Verdun Rangel, meu querido orientador, bem como a professora Hideliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral, quem me apresentou a área da Bioética e me incentivou a trabalhar com esta área, vocês dois foram imprescindíveis para que esta monografia existisse, sem vocês isto não seria possível, então, obrigada!

Agradeço, também, a Maria de Fátima Silva Almeida, analista judiciária, conciliadora responsável pelo cartório do juizado especial cível da Comarca de Bom Jesus do Norte - ES, Vara Única, bem como mediadora judicial e gestora responsável pelo 5º CEJUSC (Centro Judiciário de Resolução de Conflitos e Cidadania anexo ao JECível de Bom Jesus do Norte onde estagiei por me ajudar, incentivar, ensinar tanto não apenas sobre direito e serviços cartorários como também sobre vida, me apoiar e até mesmo me liberar quando necessário visando o sucesso da conclusão da minha graduação.

Agradeço aos meus queridos amigos e demais familiares que foram tão compreensivos e solícitos comigo sempre dispostos a ajudar. Este trabalho não seria possível sem a ajuda de todos vocês, então, muito Obrigada!

“Palavras são, na minha não tão humilde opinião, nossa inesgotável fonte de magia. Capazes de ferir e de curar.”

Alvo Dumbledore – Harry Potter e as Relíquias da Morte

SILVA, Pâmella do Carmo. **Sob a espada de Dâmocles:** Uma análise do livre consentimento contido no art. 4º da Lei nº 9.434/97 X o art. 14 do Código Civil. 135f. Trabalho de Conclusão de Curso. Bacharelado em Direito. Faculdade Metropolitana São Carlos - FAMESC, 2017.

RESUMO

O presente feito pauta-se na análise do conflito de consentimento quanto a legitimidade para doação de órgãos e/ou tecidos após a morte expresso no art. 14 do Código Civil Brasileiro e no art. 4º da Lei nº 9.434/97 – Lei de Transplantes de órgãos e/ou tecidos. É sabido que o número de transplantes realizados cresceu nas últimas décadas, sendo, contudo, ainda obstruído por inúmeros fatores como logística, insuficiência de doadores, sendo esta última impactada pela significativa recusa da família a doação de órgãos e/ou tecidos nos casos de doador já falecido, ensejando conflito não apenas legal, como também ético. Por conseguinte questiona-se: a família é a legalmente legítima para conceder ou recusar tal decisão? Não seria o próprio doador o único legítimo para tal decisão? O consentimento familiar contraria direitos da personalidade? Desta forma, a fim de que se procure responder as indagações propostas, serão adotadas as metodologias dedutiva e dialética de pesquisa, analisando-se no presente estudo, conceitos bioéticos, bem como preceitos submetidos a égide do Biodireito. Posteriormente, será revisado a concepção de consentimento informado contido na lei especial (Lei de Transplantes) relacionados aos preceitos bioéticos e do biodireito para então, enfrentar-se a questão em conflito. Isto posto, observar-se-á que existem interpretações diferentes que ensejam respostas diferentes para tal conflito, bem como questiona-se a própria existência do conflito em si, vez que a família agiria apenas como “suplente” do doador falecido, nos casos de óbito sem nenhuma manifestação de vontade deixada em vida, focando-se no entendimento de ser esta a hipótese melhor aceita.

Palavras-Chaves: Bioética; Biodireito; Livre Consentimento; Transplante de órgãos; Direitos da Personalidade; Direitos do Cadáver.

SILVA, Pâmella do Carmo Silva. **Under the sword of Damocles:** An analysis of free consent contained in art. 4 of Law no. 9,434/97 x art. 14 of the Civil Code. 135p. Completion of course work. Bachelor's degree in Law. São Carlos Metropolitan College - FAMESC, 2017.

ABSTRACT

This made is ruled on the analysis of consent's conflict as to the legitimacy for donation of organs and/or tissues after death expressed in art. 14 of Brazilian Civil Code and art. 4 of Law No. 97/9,434 - Law of organ and/or tissues transplants. It is known that the number of transplants performed has grown in recent decades, however, it's still being obstructed by numerous factors such as logistics, lack of donors, the latter path impacted by significant refusal of family organ donation and/or tissues in cases deceased donor, creating the conflict not only legal, but also ethical. Therefore wonders: is the family legally legitimate to grant or refuse such a decision? Wouldn't it be the donor himself the only legitimate for such a decision? Does the family's consent contrary personality rights? This way, in order to look for answers to the proposed inquiries, it will be adopted the deductive and dialectics methods of research, analyzing in the present study, bioethical concepts as well as precepts submitted to aegis of Biolaw. Afterwards, it will be reviewed the concept of informed consent contained in the special law (Transplant Law) relating to bioethical and BioLaw principles to then face the issue in conflict. That said, it will be noticed that there are different interpretations which lead to different answers to such conflict, as well as questioning the very existence of the conflict itself, because the family would act only as the deceased donor's "alternate", in the case of death without any manifestation of will left in life, focusing, the understanding that this is the best accepted hypothesis.

Keywords: Bioethics; Biolaw; Free Consent; Organs Transplant; Personality Rights; Human Body Rights.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. - Artigo

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal da República

CFM – Conselho Federal de Medicina

SUMÁRIO

Resumo

Abstract

Lista de Abreviaturas

INTRODUÇÃO	12
1 PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE BIOÉTICA	15
1.1 DA ORIGEM DA BIOÉTICA.....	16
1.2 CONCEPÇÃO DE BIOÉTICA.....	19
1.2.1 Declaração Universal da bioética e dos Direitos Humanos de 2005	28
1.3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA BIOÉTICA	32
1.4 DOS CONSENTIMENTOS	36
2 O BIODIREITO EM CARACTERIZAÇÃO	43
2.1 DA DELIMITAÇÃO DO BIODIREITO EM RELAÇÃO A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	45
2.2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO BIODIREITO	51
2.2.1 Princípio da Igualdade.....	53
2.2.2 Princípio da Inviolabilidade da Vida.....	58
2.2.3 Princípio da Informação.....	62
2.2.4 Princípio da Proteção à Saúde.....	67
3 A LEI Nº 9.434/97 E SEU EXAME À LUZ DOS PRECEITOS BIOÉTICOS E DO BIODIREITO	72
3.1 DIREITOS DA PERSONALIDADE	76
3.2 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA LEI DE DOAÇÃO DE ÓRGÃOS	83
3.3 ASPECTOS JURÍDICOS DO ART. 4º DA LEI Nº 9.434/97 XXX.....	93
4 SOB A ESPADA DE DÂMOCLES: O APARENTE CONFLITO ENTRE O ART. 4º DA LEI Nº 9.434/ E O ART. 14 DO CÓDIGO CIVIL	100
4.1 DOS DIREITOS DO CADÁVER?	102
4.2 DO DIREITO DE (IN)DISPONIBILIDADE DA FAMÍLIA	106
4.3 HÁ CONFLITO?	110
CONCLUSÃO	116
REFERÊNCIAS	120

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso versa sobre a análise do conflito de legalidade acerca da legitimidade para a concessão ou recusa do consentimento nas doações de órgãos e/ou tecidos quando o indivíduo já veio a óbito previsto no art. 4º da Lei nº 9.434/97 (Lei de Transplantes) e a disposição expressa no art. 14 do Código Civil Brasileiro de 2002. No entanto, para tanto, serão abordadas questões básicas inerentes ao campo da Bioética, assim como do Biodireito, uma vez a temática proposta é relacionada à estas áreas, além de ser realizada a observação do Código Civil, especificamente o artigo 14, dos preceitos constitucionais relativos básicos e da própria lei especial nº 9.434/97. Posteriormente, será revisado o consentimento expresso na legislação específica relacionados aos preceitos bioéticos e de biodireito para que, por derradeiro, seja enfrentado o conflito em si.

A temática proposta é bastante pertinente vez que esta é impreterivelmente benéfica ao ser humano, apesar de ainda pouco corretamente compreendida e aceita pelas pessoas. Esta possui a capacidade de prolongar a vida das pessoas que sofrem com alguma debilidade, aumentando indubitavelmente sua qualidade de vida e, embora pouco adotada pela população brasileira, houve crescimento significativo no número de transplantes, de doadores e, conseqüentemente, de doações nas últimas décadas. Contudo, tal crescimento não fora majorado devido à legitimidade concedida a família pela lei especial para consentir ou recusar a extração e doação de órgãos e/ou tecidos de doador já morto. Decerto, é de inegável importância a questão do consentimento familiar nas doações de órgãos e/ou tecidos após a morte, visto que, este funciona, muitas vezes, como barreira para autorização para doação mesmo em casos nos quais o doador, ora falecido, se manifestou em vida a favor da doação e, mesmo assim, a família decide por não consentir desrespeitando sua vontade e a sua autonomia ao dispor do seu próprio corpo.

Para que o tema proposto seja devidamente analisado, será feita a abordagem dos conceitos básicos necessários, analisar-se-á a lei especial supracitada sob o prisma dos preceitos bioéticos e do biodireito, relacionando-os aos direitos fundamentais. Desta forma, imperioso ditar que transplante se

conceitua como a extração de um órgão ou tecido de um organismo, esteja ele vivo ou morto, e sua posterior implantação em outro organismo, para que exerça as mesmas funções que lhe cabiam a fim de que prolongue a vida deste indivíduo. Relacionados ao conceito de transplante se relacionam conceitos menores, como de órgãos e tecidos, que serão devidamente abordados nos capítulos a seguir.

Contudo, para que seja possível o transplante, deve-se obter o consentimento livre e esclarecido, ou consentimento informado, da pessoa legitimada, nos casos *post mortem* a família. Esta questão do consentimento ressalta a relação existente entre a Bioética e o Biodireito com as condutas médicas, vez que ambas ciência privam pela dignidade da vida humana. A forma de consentimento (informado) fora adotada posteriormente na legislação específica por corroborar não apenas com preceitos constitucionais mas também com conceitos bioéticos e de biodireito.

Imperioso salientar, ainda, que a doação de órgãos e/ou tecidos, bem como o transplante devem observar, conjuntamente com as ciências citadas acima, o princípio maior da dignidade da pessoa humana, os direitos da personalidade e até mesmo os direitos do cadáver. A Lei de transplantes sofrera alterações com o decurso temporal, sendo estas resultados de manifestações doutrinárias e populares acerca da modalidade de consentimento adotada originalmente na redação do art. 4º da mesma. O consentimento trazido pela redação original se embasava na presunção da condição de que todos eram doadores, salvo manifestação em documento de identificação válido em contrário. Logo, como cediço, devido a necessidade de observação e respeito aos direitos da personalidade, a dignidade da pessoa humana, aos direitos de autonomia e autodeterminação, tal consentimento fora rechaçado pelos juristas, pelos profissionais da área da saúde e pela própria população, ensejando sua alteração e posterior substituição pelo consentimento informado.

É sabido que, a modalidade de consentimento adotada é o informado, e que cabe a família consentir (conforme preconiza a lei especial), no entanto, o direito de dispor de partes de corpo para após a morte pode ser considerado como personalíssimo, cabendo apenas ao próprio doador (conforme lei civil), de acordo com os direitos da personalidade. Porém, tais direitos se extinguem, em regra, com a morte, logo, pode-se falar de direitos da personalidade do morto? Na

verdade existe, apesar de não definitivamente concretizado, os direitos do cadáver, sendo que estes não devem ser confundidos nem entendidos como desdobramentos dos direitos da personalidade.

Então, questiona-se a real existência deste conflito legal de legitimidade, vez que há quem entenda que trata-se de um conflito aparente pois a vontade do doador, se manifesta, deve prevalecer a da família, sendo o consentimento familiar necessário apenas na ausência de manifestação do doador em vida. Em contrapartida, há quem entenda que o direito de consentir, como cediço, é personalíssimo e portanto cabe apenas ao próprio doador, não podendo nem na ausência de manifestação ser cedido a família. Nesta hipótese, o silêncio deste seria compreendido como recusa. Ambas correntes possuem fundamentos legais de cunho constitucional, bioético e de biodireito.

Por derradeiro, após a construção dos conceitos necessários para que se enfrente a problemática, analisar-se-á o próprio conflito, tema deste trabalho. Ante ao exposto, induz-se que a questão da legitimação para consentir em doações de órgãos e/ou tecidos após a morte é complexa, sendo ainda controversa no âmbito doutrinário e conflitante até mesmo dentro do próprio ordenamento jurídico vigente, merecendo destaque.

1 PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE BIOÉTICA

Eutanásia, aborto e mapeação genética são alguns dos assuntos vinculados à medicina ou à área da saúde como um todo, que estão gerando debates no mundo atual. Contudo, já em meados do século XX existiam problemas vinculados ao exercício da medicina que resultaram em questionamentos acerca da ética adotada à época. Além do mais, o século XX foi marcado por diversos acontecimentos, principalmente no momento Pós-Segunda Guerra Mundial, em que as atrocidades cometidas durante o holocausto nazista evidenciaram a ausência de ética médica e respeito a dignidade da pessoa. Sendo assim, segundo Júlio Moraes de Oliveira (2013, p. 02) “a vida, a integridade física e a saúde do ser humano passaram a ter uma relevância sem igual na história da humanidade”.

Neste contexto, são estabelecidas as bases alicerçantes da Bioética, também conhecida como a “Ciência da Vida”, conceituada por Barchifontaine (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 1996, p.164) como súplica pela recuperação “da dignidade da pessoa humana em face aos progressos técnico-científicos na área da saúde, bem como em face às condições de vida socioeconômico-políticas, através de um diálogo multiprofissional, multidisciplinar e pluralista”. Nesta senda, aquela é interdisciplinar, atuando como um elemento facilitador de troca entre disciplinas e áreas de conhecimento (CLOTET, 2001). A Bioética estabelece conceitos norteadores das discussões acerca dos temas das mais variadas áreas, uma vez que sem esses conceitos básicos se torna difícil enfrentar um conflito e adotar uma posição ética perante ele (JUNQUEIRA, 2011). Cilene Rennó Junqueira ainda explica que:

Não se pretende impor regras de comportamento (para isso, temos as leis), e sim dar subsídios para que as pessoas possam refletir e saber como se comportar em relação às diversas situações da vida profissional em que surgem os conflitos éticos. (JUNQUEIRA, 2011, p.07)

A bioética possui também uma vertente social, pois expressa a revolução do pensamento, ou seja, a mudança nas aspirações e inspirações, uma nova reflexão de conceitos já enraizados que propiciam a mudança também na esfera

político-social, exigindo ações por parte dos Estados enquanto que enseja movimentação na esfera econômica, científica, social e política. Isto posto, Levon Yeganiantz vai além envolvendo princípios e valores e defende a seguinte proposição:

A Bioética vai de encontro ao culto do sucesso instantâneo, centrado no enriquecimento material. Se por um lado a Bioética exige governança responsável, por outro, uma enérgica mobilização na política econômica, e até mesmo na política de ciência e tecnologia, para que se criem instrumentos de controle sobre os detentores de poderes político e econômico. Ética, em geral, e Bioética, em particular, podem e devem ser as bases de uma revolução das aspirações e inspiração que criam imperativos éticos. A aspiração deve partir de nós e de nosso comportamento profissional e pessoal. (YEGANIANZ, 2001, p. 139)

Por conseguinte, no presente feito será abordado o contexto originário da criação da bioética, assim como os acontecimentos que levaram até a necessidade de uma revisão da ética médica no momento Pós-nazismo. A bioética será explanada nas suas mais célebres concepções, desde a concepção como “ponte” entre a área biológica e a humana, até sua reiteração como bioética profunda, e posteriormente, seus princípios básicos serão abordados (a trindade bioética), sem prejuízo da questão do consentimento, principalmente do consentimento informado com enfoque na área de doação e transplante de órgãos e/ou tecidos. Desta forma, passar-se-á em seguida para a abordagem do histórico originário da bioética e seus responsáveis.

1.1 ORIGEM DA BIOÉTICA

A Bioética possui papel crucial servindo como base e orientação para os debates atuais mais polêmicos. Contudo, para se compreender adequadamente seu papel e importância faz-se necessário abordar sua origem e evolução. Para tanto, deve-se considerar as atrocidades científicas realizadas em pessoas durante a Segunda Guerra Mundial pelos cientistas alemães nos campos de concentração, culminando no julgamento e condenação desses pelo Tribunal de Nuremberg, entre 1945 e 1946, resultando no Código de Nuremberg sobre as

normas para experimentação em humanos, que foi revisado 1964 (XAVIER, 2000, p.219). Este Código foi de extrema importância para o surgimento da Bioética, conforme Xavier explica:

Até a década de 70 o Código de Nuremberg foi o fato mais relevante, pois por muito tempo constituiu-se como indicador da valorização e do respeito ao ser humano no campo da experimentação científica (XAVIER, 2000, p.219)

Os primeiros grupos especializados para discussão e reflexão acerca da ética médica, principalmente, compostos por médicos, pesquisadores ou apenas indivíduos que foram influenciados pela atitude liberal nos Estados Unidos dos anos de 1960 e 1970, surgiram em Baltimore, no Jhons Hopkins Hospital, dirigido pelo Dr. André Hellegers, posteriormente no Hastings Center de Nova York, responsável pela publicação do Hastings Center Report, e na Faculdade de Medicina da Universidade de Wisconsin de acordo com Pessini (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 1996). Os grupos especializados foram, num momento posterior, conhecidos como Comitês de Bioética, sendo que Hellegers foi protagonista por propiciar o diálogo e reflexão interdisciplinar, caracterizado pelo intercâmbio de opiniões entre cientistas e humanistas para uma melhor elaboração de respostas para os problemas éticos em pauta (FERDIN; OLIVEIRA, 2009).

Muitos autores (OLIVEIRA, 2013; BARBOZA, 2000; XAVIER, 2000) defendem que o termo *Bioética* foi utilizado pela primeira vez por Van Rensselaer Potter, em 1971, na sua obra intitulada: *Bioethics: Bridge to the future*. Todavia, segundo Goldim (2006), esse termo foi empregado previamente por Fritz Jah, em um artigo publicado no periódico *Kosmos*, que caracterizava a Bioética como a identificação de obrigações éticas com todos os seres vivos. O artigo escrito por Jah possuía como título “Bioética: uma revisão do relacionamento ético dos humanos em relação aos animais e plantas”, de 1927 (PESSINI, 2013). Goldim (2006), ainda, ressalta que: “No final de seu artigo, Fritz Jahr propõe um “imperativo bioético”: respeitar todo ser vivo essencialmente como um fim em si mesmo e trata-o, se possível, como tal.” (GOLDIM, 2006, p.86)

Como já cediço, o surgimento do termo *Bioética* era, até então, atribuído a Van Rensselaer Potter, porém não referente à obra supracitada, mas sim ao artigo

intitulado *The Science of Survival*. Entretanto, Fernanda Brandão Lapa (2002, p. 33) esclarece que “o termo ficou mais conhecido em seu livro ‘Bioethics: Bridge to the Future’, no qual esse autor, preocupado com a sobrevivência da vida no planeta, propõe que haja uma ‘ponte’ entre o saber científico-biológico e o saber humanista”. Logo, a Bioética deveria ser uma nova disciplina que permitisse a passagem para uma melhor qualidade de vida (BARBOZA, 2000), levando à reflexão sobre as consequências entre o cientificamente desenvolvido e o que a ética julga como adequado. Neste sentido, Cilene Rennó Junqueira explicita:

Van Potter estava preocupado com a dimensão que os avanços da ciência, principalmente no âmbito da biotecnologia, estavam adquirindo. Assim, propôs um novo ramo do conhecimento que ajudasse as pessoas a pensar nas possíveis implicações (positivas ou negativas) dos avanços da ciência sobre a vida (humana ou, de maneira mais ampla, de todos os seres vivos). Ele sugeriu que se estabelecesse uma “ponte” entre duas culturas, a científica e a humanística, guiado pela seguinte frase: “Nem tudo que é cientificamente possível é eticamente aceitável”. (JUNQUEIRA, 2010, p.08)

Paralelamente, na Inglaterra em 1970, André Hellegers fez uso deste vocábulo atribuindo-o a análises propostas no âmbito da reprodução humana, criando o Instituto Kennedy de Ética (GOLDIM, 2006, p.86). Desta feita, diferentemente de Van Potter, Hellegers caracteriza a bioética como ciência da vida, direcionada a espécie humana, enquanto Potter apenas a configura no sentido ecológico, sendo esta caracterização mais próxima da atual (OMMATI, 1998). Apesar de o termo ‘Bioética’ ser recente, a preocupação bioética é antiga, possuindo, portanto, duas condições de formação, as quais Ommati leciona que:

Pode-se dizer que as condições de formação da bioética são de duas ordens principais: uma, de ordem científico-tecnológico (como por exemplo, a descoberta do DNA, por Watson e Crick (1953) e as inovações tecnológicas decorrentes: transplantes, reprodução, genética, ressuscitação, etc), e outra, de ordem sócio-político (pode-se citar a crise da noção de progresso como essencialmente positiva e a intensificação do questionar da ciência). (OMMATI, 1998, s. p.)

Van Potter, no final de década de 80, globalizou a bioética, ressaltando e ampliando sua área de abrangência e sua relação com as demais áreas e/ou

disciplinas restabelecendo, assim, o foco dessa ao confluir as discussões sobre medicina, saúde e ambiente até 1998, ano no qual a redefiniu como Bioética “profunda”, sendo essa a junção de responsabilidade, humildade e interdisciplinaridade (GOLDIM, 2006). Na visão dessa nova forma de Bioética, o homem não é mais visto como o centro das relações biológicas, mas apenas um partícipe dessa, uma vez que as relações objeto são ampliadas para o nível planetário, onde diversos sistemas biológicos subsistem, sendo interdependentes (PESSINI, 2013).

No Brasil, em 1988 foi estruturado o programa de pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (FERDIN; OLIVEIRA, 2009), contudo, a Bioética emergiu na década de 1990, com o lançamento do pioneiro periódico do Conselho Federal de Medicina. Contudo, tem-se como marco a fundação da Sociedade Brasileira de Bioética em São Paulo em 1995 e, posteriormente, a criação de cursos de pós-graduação (SALATTA, 2016). Atualmente, existe uma biblioteca virtual de bioética vinculada à Biblioteca Regional de Medicina em São Paulo com intuito meramente educativo (FERDIN; OLIVEIRA, 2009).

Vários são as temáticas submetidas à análise bioética no Brasil, entre elas estão: o aborto, a clonagem, a eutanásia, ética médica, transgênicos, células-troncos, consentimento informado e transplante de órgãos (SALATTA, 2016). Portanto, a Bioética atual materializa a adequação da ética e dos valores morais ao desenvolvimento de pesquisas científicas e do pensamento político-social sob o prisma da Filosofia, Ética Médica, Teologia, Direito entre outras ciências para que se resguarde o mínimo de dignidade inerente aos seres vivos sem prejudicar os avanços tecnológicos.

1.2 CONCEPÇÃO DE BIOÉTICA

Várias são as concepções de Bioética de acordo com a delimitação da sua área de atuação, com o contexto do período que se encontra e com a

necessidade que surge deste contexto histórico. Partindo dessa premissa, é importante trazer a lume o conceito básico de bioética para que seja alcançada a plena compreensão de suas concepções. Logo, Levon Yeganiantz (2001, p.140), em seu magistério, conceitua Bioética como “um ramo da ética aplicada que reúne um conjunto de conceitos, princípios e teorias, com a função de dar legitimidade às ações humanas que podem ter efeito sobre os fenômenos vitais e a vida em geral”.

O termo *Bioética* surge a partir de um neologismo da junção dos termos gregos *bios* (vida) e *ethike* (ética). Ademais, conforme apontado por diversos autores (SANTOS, 2006; FABRIZ, 2003; CORREIA, 1996) o aludido termo teve sua origem por meio da obra de Van R. Potter intitulada “Bioethics: bridge to the future”. Entretanto, conforme explanado anteriormente, aponta-se que o criador do termo seja o alemão Fritz Jahr. Atualmente, o termo *Bioética* foi atualizado devido às complexidades que o envolvem. Neste sentido, Ana Cláudia Santos leciona:

O vocábulo Bioética hoje indica um conjunto de pesquisas e práticas pluridisciplinares tendentes a solucionar questões éticas que o avanço da tecnociência biomédica tem provocado, ultrapassando os limites da medicina, alcançando a Psicologia, a Biologia, a Antropologia, a Sociologia, a Ecologia, a Teologia, a Filosofia, o Direito, dentre outras. (SANTOS, 2006, s. p.)

Insta salientar que a concepção atual de bioética se deve à adequação das prévias percepções dessa às necessidades momentâneas e que, por este motivo, tais percepções merecem destaque. As concepções de Bioética são subdivididas em duas categorias: a primeira versa sobre o objeto e se caracteriza como macrobioética ou microbioética. A segunda categoria é voltada para as percepções filosóficas por ela abordada, sendo assim, caracterizada como de “Ponte”, Global e Profunda.

No que tange ao objeto, a bioética expandida alcança o nível de *Macrobioética*, voltando-se para questões ecológicas de sobrevivência humana (VILLAS-BÔAS, 2012, p. 90). Em seguida, sobredita percepção foi limitada por Hellegers e entendida em uma acepção *strictu sensu*, pois compreendia apenas o campo médico e biológico, recebendo a denominação microbioética (AZEVEDO, 2010). Quanto às perspectivas filosóficas, a primeira percepção Bioética foi criada

por Van R. Potter, em 1971, sua obra supracitada, conferindo-a um caráter de “ponte” entre a Ciência, a Biologia e a Ética (GOLDIM, 2003). Num segundo momento, a então limitada concepção de bioética foi ampliada atingindo um nível de bioética global.

Há, ainda, a chamada Bioética Profunda, defendida por Potter no final dos anos 90 cuja explicação se dará nas próximas páginas. Merece ainda destaque as formas como a bioética se manifestou, numa visão geral, nos Estados Unidos (famosa bioética *Made in U.S.A.*) (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 1996), na Europa e até mesmo na América Latina, focando nas suas divergências entre uma e outras. Desta senda, no que diz respeito à **Macrobioética**, vinculada a concepção inicial - Bioética como uma “ponte” - criada por Van Potter, envolvendo o homem e a ecologia, Maria Elisa Villas-Bôas explica:

A origem da Bioética foi, assim, primeiramente biocêntrica, voltada para questões que hoje alguns denominam “macrobioética”, fazendo menção à inserção do homem em seu meio, em uma visão holística, em que prepondera a preocupação ecológica e com a qualidade da vida que se está legando às gerações futuras (VILLAS-BÔAS, 2012, p. 90).

Daniela Braga Paiano e Maurem da Silva Rocha (s.d., p.126) definem o campo da macrobioética como o que “estuda a relação homem x ambiente”. Entrementes, Ana Célia de Julio Santos (2006, p. 38 - 39) aprofunda-se e detalha a mencionada concepção entendendo-a como “[...] a ética que visa o bem da vida em sentido amplo, direcionada ao macrossistema da vida, estando ligada diretamente ao meio ambiente e ao direito ambiental”. Julia Pedrosa (2016), oportunamente, acresce estabelecendo que a Macrobioética deve trabalhar com as chamadas questões persistentes, e para melhor compreensão, definindo-a como:

As questões persistentes são aquelas que se manifestam no grupo social e por isso se encontram regulamentadas, por exemplo, a preservação florestal ou de um patrimônio cultural. Também denominada de Macrobiodireito, o mesmo pode abranger questões de cunho ambiental e internacional ambiental, pela amplitude de sua incidência (PEDROSA, 2016, s.p.)

Todavia, é crucial a observância das temáticas englobadas por esta concepção bioética, tais como biopirataria, preservação do meio ambiente, responsabilidade civil por dano ecológico entre outras (DINIZ, 2002). Além disso, tal percepção confere para se confeccionar uma codificação de “condutas modelo” para todas as ações envolvendo humanos, em conformidade com o preceito oportuno de Ana Célia de Julio Santos, a seguir:

Assim, em decorrência da macrobioética ter-se-ia um código de condutas que deveriam ser seguidas em todo tipo de ação humana, principalmente nas experimentações científicas, que pudesse trazer como consequência alterações benéficas ou prejudiciais ao meio ambiente. (SANTOS, 2006, p. 39)

Contudo, graças a Andre Hellegers, fisiologista fetal holandês e colaborador do *Kennedy Institute of Ethics*, o termo *Bioética* foi delimitado, restringido apenas ao âmbito da Medicina e das Ciências Biológicas, tratando-se apenas do ser humano e das biociências humanas (FABRIZ, 2003), sendo assim caracterizada a **microbioética**. As questões submetidas ao crivo da microbioética são, especificamente, as que conflituem entre pesquisa científica e as delimitações da dignidade da pessoa humana (PEDROSA, 2016). A mencionada vertente instituída por Hellegers foi trabalhada por diversos autores como David Roy e Warren Reich. Sobre a temática, pontualmente, Maria Alice da Silva Azevedo leciona:

Os anos setenta foram, por este motivo, a verdadeira rampa de lançamento da Bioética como ciência, em que ela é posta sob dois focos: um microbioético, com André Hellegers, virado essencialmente para a parte clínica da bioética, utilizada em sentido restrito, como o das aplicações da biologia e da medicina à vida humana, devido à crescente repercussão dos avanços tecnológicos na área da saúde, que se manteve predominante durante as décadas de setenta e oitenta, e foi trabalhada nesta perspectiva por vários autores como LeRoy Walters, Warren Reich, Guy Durant e Beauchamp e Childress; (AZEVEDO, 2010, p. 256)

Insta salientar que Warren Reich do *Kennedy Institute of Ethics*, professor, foi o responsável pela organização e elaboração da primeira versão referente a Enciclopédia de Bioética, traçando sua definição como “estudo sistemático da

conduta humana na área das ciências da vida e atenção à saúde, enquanto que esta conduta é examinada a luz dos princípios e valores morais” (FABRIZ, 2003, p. 75). Por conseguinte, conforme Mori (s.d.) vai destacar, após Hellegers e Reich firmarem a bioética como a ética aplicada ao campo de estudo médico e biológico, insurgiu-se a mesma como disciplina que objetiva a reflexão sobre métodos e problemas morais e éticos no âmbito médico ou biológico.

Dessarte, passa-se à análise das concepções bioéticas relacionadas à perspectivas filosóficas, iniciando-se com a concepção original instituída por Potter como **Ponte Bioética**. Segundo Pessini (2013), o referido autor defendia que a aparente impossibilidade de diálogo entre as Ciências Humanas e as Ciências Sociais ocasionava a visão de um futuro duvidoso e que por tal motivo, a bioética agiria como uma ponte interligando essas duas áreas do conhecimento igualmente importantes. A concepção formulada por Potter foi influenciada por Aldo Leopold, que instituiu, à época, a preocupação com a ética da terra, ou seja, a atual ecologia (GOLDIM, 2003). Logo, Pessini explicita essa relação das ciências com a ecologia, estabelecendo que:

As duas margens ligadas por esta ponte são os termos gregos *bios* (vida) e *ethos* (ética), sendo que *bios* representa o conhecimento biológico, a ciência dos sistemas vivos, e *ethos* o conhecimento dos valores humanos. Potter almejava criar uma disciplina em que promovesse a dinâmica e a interação entre o ser humano e o meio ambiente.(PESSINI, 2013, s.p.)

Desta sorte, Potter dizia que era necessário um novo relacionamento entre o homem e a natureza, pois apesar desse relacionamento ter sido regulamentado pelo instinto, esse tornou insuficiente (MORI, s.d.). Assim a biologia precisava “expandir” seus horizontes e abarcar normas e valores morais, configurando um caráter científico à ética, logo a partir de tal confluência, a bioética que visava assegurar a sobrevivência humana e até mesmo a qualidade de vida (MORI, s.d.). Tal concepção foi marcada pela interdisciplinaridade das pesquisas envolvendo a área, tendo maior abrangência e, portanto, Potter a definiu como a “ciência da sobrevivência” (FABRIZ, 2003).

Sendo assim, a proposta de Potter era envolver todos os setores da vida em geral na compreensão sob a ótica bioética e sua interdisciplinaridade,

principalmente entre a ciência e a humanidade (FABRIZ, 2003). Observa-se dessa forma que a proposta ora aludida expressava sua preocupação com os progressos obtidos na década de 60 que representavam sérios danos ao meio ambiente (FABRIZ, 2003). Daury Fabriz sintetiza o resultado da importância da preocupação de Potter com o meio ambiente e seu impacto para a bioética, conforme se infere de seu escólio:

Potter concebia originariamente a Bioética como uma grande necessidade ética da Terra que englobasse uma ética para as populações ainda em estado primitivo, uma ética de populações, uma ética do consumo, uma ética urbana, uma ética internacional e, assim por diante. Todas essas éticas confluíam para o campo interdisciplinar da Bioética. (FABRIZ, 2003, p. 74)

Após a delimitação da Bioética por parte de Hellegers, Potter, inconformado com restrição de algo criado para ser mais abrangente, incluiu as discussões e reflexões das áreas de medicina e da saúde as questões ambientais, reestabelecendo o foco da concepção original de bioética (SALATTA, 2015). Goldim (2003) explica que Potter entendia por **global** “como sendo uma proposta abrangente, que englobasse todos os aspectos relativos ao viver, isto é, envolvia a saúde e a questão ecológica”. Por fim, Thiago Cunha e Cláudio Lorenzo realçam o seguinte posicionamento de Potter:

Potter destacou ainda que enquanto a proposta inicial de sua bioética foi a construção de uma ponte entre os conhecimentos humanos e biológicos, a nova abordagem da bioética global propõe que a ponte se estenda entre as próprias éticas fragmentadas, especialmente entre a ética médica, a ética social e as éticas ecológicas (CUNHA; LORENZO, 2014, p.119).

Quanto a Bioética Profunda, Goldim (2006) a define como “a nova ciência ética’, que combina humildade, responsabilidade e uma competência interdisciplinar, intercultural, que potencializa o senso de humanidade”. A cerca da influência para seu surgimento, Pessini explica que:

Em 1998, Potter expõe a ideia da bioética profunda, retomando o pensamento de Whitehouse, da Universidade de Cleveland. Whitehouse assumiu a ideia dos avanços da biologia evolutiva,

em especial o pensamento sistêmico e complexo que comporta os sistemas biológicos. (PESSINI, 2013, p. 12)

Por conseguinte, esta percepção bioética entende que o homem não é mais o centro do objeto, uma vez que o planeta passa a ser entendido como “grandes sistemas biológicos entrelaçados e interdependentes, em que o centro já não corresponde ao homem, como em épocas anteriores, mas à própria vida” (PESSINI, 2013, p. 12). Segundo Carla Zanon (2008), a ideia da Bioética profunda de Potter é tão ampla e abrangente que alcança a religião, e, sendo assim, cria a necessidade que ambas se harmonizem em prol de um objeto imprescindível que é a garantia da vida na Terra. Goldim explica que:

Com o objetivo de resgatar a sua reflexão original, o Prof. Potter propôs, em 1998, a nova definição de Bioética Profunda, em 1998. Esta denominação foi utilizada pela primeira vez pelo Prof. Peter J. Whitehouse, aplicando à Bioética o conceito de Ecologia Profunda, do filósofo norueguês Arne Naess. Esta proposta abrangente e humanizadora da Bioética já vinha sendo defendida por outros autores, tal como o Prof. André Comte-Sponville. (GOLDIM, 2003, s. p.)

Como supracitado, essa percepção foi diretamente influenciada pela ecologia profunda de Arne Naess, do início dos anos 70, a qual induziu a ideia que o homem é apenas um elo na grande rede da vida e que, portanto, as relações deveriam ser analisadas de uma forma mais ampla, com uma visão planetária para que as possíveis soluções fossem as mais adequadas e garantidoras da sobrevivência da espécie humana. (PESSINI, 2013). Por conseguinte, Goldim esboça de forma breve a interação dos elementos referentes à Bioética, a saber:

A Bioética, dessa forma, nasceu provocando a inclusão das plantas e dos animais na reflexão ética, já realizada para os seres humanos. Posteriormente, foi proposta a inclusão do solo e dos diferentes elementos da natureza, ampliando ainda mais a discussão. A visão integradora do ser humano com a natureza como um todo, em uma abordagem ecológica, foi a perspectiva mais recente. Assim, a Bioética não pode ser abordada de forma restrita ou simplificada. É importante comentar cada um dos componentes da definição de Bioética profunda de Potter – ética, humildade, responsabilidade, competência interdisciplinar, competência intercultural e senso de humanidade – para melhor

entender a necessidade de uma aproximação da Bioética com a teoria da complexidade (GOLDIM, 2006, p. 87).

A bioética foi, inicialmente, difundida por meio da fundação de centros, institutos ou da realização de congressos. Logo, os dois pioneiros merecem enfoque por serem os principais responsáveis pela disseminação da discussão bioética, sendo eles: o *Kennedy Institute of Ethics* em Washington e *Hastings Center* em Nova Iorque, fundado em 1969 (PESSINI, 1996). Desta senda, a bioética norte-americana, ou *Made in U.S.A* (PESSINI, 1996), é baseada na teoria pragmática de John Dewey fundamentada na crítica ao emprego de métodos antigos na ética e à visão clássica grega a qual estabelece que os homens são expectadores do mundo imutável em que toda verdade é absoluta e perene (PESSINI, 1996). Elabora-se, portanto, uma ética objetiva que consiste na aplicação de métodos científicos nos problemas éticos para obter como resultados respostas que realmente funcionem (PESSINI, 1996).

Pessini, ainda, leciona que os casos, procedimentos e decisões são originados da bioética norte-americana e foram diretamente influenciados pelo pragmatismo, que não considera a trindade bioética como princípios, mas apenas máximas de atuação prudencial que possibilitem a tomada de decisões sobre os procedimentos mais acertados. James Drane, (1994, *apud* PESSINI; BARCHIFONTAINE, 1996, p. 21), reflete acerca da ética norte-americana, que foi gerada num contexto relativista e pluralista, e concluindo que aquela é parcial, pois se relaciona apenas com a reflexão racional das ações humanas sem se considerar o caráter, na medida em que a ética deve tratar de ações, mas também de hábitos e atitudes. Pessini, ainda, destaca que:

No contexto das instituições americanas, insiste-se muito no seguimento de procedimentos sistemáticos que garantam uma constante interação dos princípios com as circunstâncias concretas, ou nas normas universais aplicadas a situações concretas que originarem os dilemas éticos. [...] Não se fala muito em seguir um modelo teórico formalista, deontológico ou utilitário. O que importa são os fatos. Ao se analisar um caso, busca-se um inventário de todos os elementos envolvidos e devidamente compreendidos. Depois se formulam as opções e se examinam cuidadosamente as consequências de seguir uma ou a outra. (PESSINI, 1996, p. 21)

James Drane, (1994 *apud* PESSINI, 1996, p. 22) ressalta que a ética médica foi a salvadora da ética norte-americana, pois foi responsável pela reflexão entre o lícito e o ilícito em contato com a vida. Por fim, ainda segundo Pessini (1996), os tratados éticos considerados anteriormente como ininteligíveis se tornaram acessíveis. Em contrapartida, a bioética europeia parte da premissa que nada é mais útil que uma adequada fundamentação e nada mais fundamental que um bom procedimento, sendo que os bioeticistas europeus se preocupam com temas voltados a fundamentação de consistência filosófica sendo, por consequência, mais teórica que a norte-americana (PESSINI, 1996).

Diante destas duas derivações de Bioética, é possível se perceber que quando analisadas em conjunto, essas possuem caráter complementar, ou seja, é impossível se alcançar a resolução de um problema procedimental sem abordar a fundamentação, sendo ambos os aspectos inseparáveis. A partir da característica retro mencionada, Diego Garcia (1991; 1988, *apud* PESSINI, 1996, p. 20), questiona se não seria o caso de integrar ambas as tradições. Por derradeiro, fica evidente que quando se trata de Bioética a conjugação de fatos clínicos e valores éticos é imprescindível para que essa possa honrar seu objetivo de obter as melhores soluções para os problemas bioéticos.

Em relação à bioética latino-americana, pode-se afirmar que essa juntamente com a europeia foi responsável pela modificação do estilo norte-americano de bioética, portanto, Pessini (1996) atesta que apesar de a bioética surgir, inicialmente, devido ao desenvolvimento médico, essa se expandiu para problemas dos valores das profissões da saúde e, atualmente, abarca diversos temas sociais além de temas ecológicos, todos voltados à preocupação com o futuro. James Drane (1994 *apud* PESSINI; BARCHIFONTAINE, 1996, p. 17-18), ressalta algumas características da bioética latino-americana fazendo, por vezes, um paralelo com a bioética *Made in U.S.A.*

Entre os pontos de convergência identificados é possível mencionar: sendo estas: a tecnologia médica também foi o impulso gerador da bioética latina, assim como na norte-americana; discernir que são os indivíduos que têm acesso as tecnologias médicas e aos centros de cuidados médicos especializados é o maior desafio da Bioética Latina. Logo, a solidariedade é a substituta, na concepção latina da autonomia advinda da concepção norte-americana, uma vez que na

América Latina o enfoque se dá no princípio da justiça e solidariedade, não prejudicando, todavia a autonomia. Drane, em seu magistério, destaca que:

Os latino-americanos não são tão individualistas e certamente estão menos inclinados ao consumismo em suas relações com o pessoal médico, que os norte-americanos. E seria um erro, sem dúvida, pensar que o consentimento informado e tudo o que com ele se relaciona, não fosse importante para os latino-americanos. O desafio é aprender dos EUA e dos pensadores europeus, sem simplesmente imitar suas perspectivas ou importar seus programas. (DRANE, 1994, p. 35-36 *apud* PESSINI, 1996, p. 18)

É lógica a necessidade de se adequar os preceitos bioéticos norte-americanos e europeus à realidade latina, pois nessa região, segundo Pessini (1996), a bioética enfrenta a pobreza e a exclusão em nível macroético e, se não considerasse esta realidade diferente das demais previamente citadas, não conseguiria responder aos anseios e às necessidades que reivindicam por uma vida mais digna. Desta sorte, é fácil a constatação de que a Bioética apesar de diversidade de concepções, possui pontos em comum como a questão da interdisciplinaridade e do pluralismo. Afora isso sua repercussão em determinado Estado é dependente do nível de desenvolvimento social, político, científico, ambiental e ético, resultando em repercussões específicas que apesar de diferentes, possuem alguns preceitos comuns por importarem conceitos e globalizarem procedimentos.

1.2.1 Declaração Universal bioética e de Direitos Humanos de 2005

A Bioética ganhou destaque nos últimos anos, principalmente a partir da década de 90, em suas diferentes concepções devido aos avanços tecnocientíficos e tecnológicos resultando na necessidade de uma orientação básica dos preceitos a serem utilizados como “nortes” bioéticos, sendo que estes devem ser instituídos relacionados com os direitos humanos para que haja o respeito as pessoas, a dignidade da pessoa humana sem prejuízo dos desenvolvimentos necessários. Logo, no dia 19 de outubro de 2005 foi aprovada a Declaração Universal Sobre Bioética e Direitos Humanos – DUBDH – adotada por 191 países membros da Organização das Nações Unidas, mas

especificamente a UNESCO – Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – visto que esta foi a responsável pela elaboração da declaração (COLUCCI, 2010).

O processo de elaboração contou com a superação de obstáculos significativos, divergências até então irreconciliáveis entre, principalmente, os países pobres e os ricos, além da disposição para enfrentar a desigualdade, de uma maneira geral (CARVALHO; ALBUQUERQUE, 2015). Maria da Glória Colucci (2010) explica que a DUBDH é a última das declarações da UNESCO, sendo seus antecedentes a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos de 1997, e a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos de 2003, levando em consideração preceitos já constantes na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, do Pacto Internacional das Nações Unidas sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos de 1966, além de outros instrumentos no campo da bioética.

Em relação ao texto da DUBDH, essa se organiza em: preâmbulo, “Disposições Gerais”, “Princípios”, “Aplicação dos Princípios”, “Promoção da Declaração” e “Disposições finais”, totalizando 28 artigos dos quais 15 são princípios (CARVALHO; ALBUQUERQUE, 2015). A declaração evidencia que seu objetivo é orientar, conferir princípios, procedimentos que serão internalizados pelos Estados e incorporados à legislação nacional (COLUCCI, 2010). A DUBDH trouxe para a discussão as questões de cunho social, não evitando analisar questões sanitárias, ambientais, de responsabilidade estatal entre outras, abrangendo não apenas as implicações da área da saúde, como também sociais e socioeconômicas (GARRAFA, 2005 *apud* SANTOS; GARRAFA, 2011, p. 132). Em suma, entende-se que:

Em outras palavras, com a Declaração, passou a ser possível aos estudiosos da bioética que defendem a politização da disciplina, traçar novas orientações teóricas e metodológicas no sentido de aprofundamento da análise das contradições existentes entre um desenvolvimento científico e tecnológico acelerado por um lado e, pelo outro, a manutenção de bolsões de exclusão social conformados por indivíduos/cidadãos desempoderados, excluídos, escravizados. [...] Isso significa que, hoje, o arcabouço teórico construído para a bioética, está capacitado a proporcionar ferramentas suficientes àqueles pesquisadores interessados em

que as sociedades humanas – de modo coletivo - alcancem uma qualidade de vida mais justa (SANTOS; GARRAFA, 2005, p. 132)

Desta senda, devido ao seu caráter normativo orientador de políticas públicas enfrenta-se a desigualdade mundial já existente agravada pela globalização. A DUBDH traz o enfoque universal, ultrapassando os limites fronteiriços, caracterizando uma “globalização da bioética” realçando as interligações globais e sua interdependência (CARVALHO; ALBUQUERQUE, 2015). Um dos princípios apregoados pela DUBDH é o da justiça que está expresso no art. 10 da DUBDH, a saber:

Artigo 10 – Igualdade, Justiça e Eqüidade

A igualdade fundamental entre todos os seres humanos em termos de dignidade e de direitos deve ser respeitada de modo que todos sejam tratados de forma justa e eqüitativa. (DUBDH, 2005, s. p.)

Segundo Carvalho e Albuquerque (2015, p. 234), é por meio deste princípio que a DUBDH “ampara a concepção de que qualquer desvantagem entre as pessoas que independa de suas escolhas é injusta”. Isto é, a ideia de justiça plena exige que o bem estar dos mais desfavorecidos seja preconizado na esfera global (Carvalho; Albuquerque, 2015). Desta senda, as referidas autoras afirmam, oportunamente, que:

Por consequência, aqueles que detêm poder na comunidade internacional e modulam os arranjos distributivos internacionais devem considerar a desigualdade como questão moral e tornar a distribuição mais ajustada às exigências da justiça. (CARVALHO; ALBUQUERQUE, 2015, p. 233 - 234)

Outro princípio que merece destaque, segundo Carvalho e Albuquerque (2015), é o da colaboração internacional, expresso no art. 13, *in fine*: “Artigo 13 – Solidariedade e Cooperação: A solidariedade entre os seres humanos e cooperação internacional para este fim devem ser estimuladas” (DUBDH, 2005, s. p.). Este princípio traduz uma ideia de solidariedade entre os Estados, sendo esta colaboração exteriorizada de inúmeras maneiras, como colaborações militares, científicas entre outras.

A instituição do mencionado princípio acaba por formalizar a obrigação dos Estados de 'se ajudarem', principalmente dos países ricos com os pobres, uma vez que enfrentar a desigualdade sem nenhuma forma de solidariedade, de colaboração é inacreditável, do ponto de vista ético, além de ser também uma tarefa um tanto quanto impossível de ser executada, porquanto os Estados e as instituições internacionais são obrigadas a criar e aplicar medidas que objetivem a redução da desigualdade (CARVALHO; ALBUQUERQUE, 2015). Regina Ribeiro Parizi Carvalho e Aline Albuquerque ainda salientam que:

Aos dilemas e questões bioéticas postas globalmente, há que responder por meio da adoção de parâmetros éticos internacionais. O fenômeno da globalização, os problemas transfronteiriços, a fragilidade dos instrumentos normativos dos Estados para lidar com eles, bem como a urgência de efetivar a cooperação internacional, impelem ao reconhecimento de que uma pauta valorativa universal para a bioética global é essencial quando se objetiva a proteção da pessoa humana. É nesse ponto que se encaixa a DUBDH, visto que, ao consistir em um conjunto de normas de conteúdo ético, aceito na comunidade internacional, se revela como o melhor parâmetro axiológico universal a ser adotado na bioética global. A DUBDH é o exemplo de normativa universal alicerçada em uma perspectiva cosmopolita. Ou seja, cada pessoa humana detém uma dimensão universal; e, na condição de cidadã do mundo, é titular de direitos por ser membro da comunidade internacional. (CARVALHO; ALBUQUERQUE, 2015, p. 234)

Ainda assim, quando da interpretação da DUBDH não é possível excluir os valores éticos inerentes a cada tipo de cultura, a identidade de cada indivíduo, além da justiça e a cooperação internacional para que seja resguardado o interesse da humanidade como um todo, sem qualquer exceção individual ou de grupos (COLUCCI, 2010). Portanto, ainda segundo Maria da Glória Colucci (2010), preceitos principiológicos como "Igualdade, justiça, equidade, não-discriminação, respeito pela diversidade cultural e pelo pluralismo, solidariedade, cooperação, respeito pela vulnerabilidade humana, integridade individual, privacidade e confidencialidade, dentre outros direitos, são regulados pela Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos". Somente com a observância e o devido cumprimento dos princípios constados na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos de 2005, assim como das obrigações nela contidas ou dela resultante, será possível o aprimoramento das políticas socioeconômicas para

que a qualidade de vida da sociedade internacional seja majorada, pois quando um Estado colabora com outro, é a sociedade de um modo geral que se beneficia.

1.3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA BIOÉTICA

Devido a experimentações científicas em humanos realizadas entre 1932 e 1972, nos Estados Unidos, o Governo norte-americano e o Congresso instituíram, em 1978, 'a *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research* ', ou seja, uma Comissão que objetivava reconhecer os princípios basilares que devem nortear as experimentações humanas, consolidando-os no *Belmont Report* (BRAZ *et al*, s.d.). Desta senda, em 1979, Beauchamps e Childress expandiram o uso destes princípios para a área médica, criando um paradigma principalista, através da obra "*Principles of biomedical ethics*", visando o bem da humanidade (LAPA, 2002). Os princípios basilares da Bioética, também conhecidos como a trindade bioética, são: beneficência, autonomia e justiça (FABRIZ, 2003, p. 106).

Insta salientar que esses não são os únicos princípios desta disciplina, mas sim os princípios gerais e norteadores, contudo, eles devem ser analisados caso a caso sob o prisma do princípio maior da dignidade da pessoa humana de modo a resguardar o direito à vida (SALATTA, 2016). Fabriz (2003), ainda, ressalta que, na visão de Beauchamps e Childress, não existe hierarquia entre os princípios. Muitos autores (VILLAS-BÔAS, 2012; LAPA, 2002; BARBOZA, 2000; PEDRA, 2008) defendem a existência de um quarto princípio: da não-maleficência; contudo, esse é abordado, por alguns autores (MORAES; PEIXOTO, 2008; OMMATI, 1998), conjuntamente com o princípio da beneficência, por manter estreita relação com o mesmo. Logo, neste feito, elege-se a abordagem dos três princípios básicos supracitados.

Dessarte, passa-se a análise do princípio da beneficência (e não-maleficência). O princípio da beneficência se traduz na obrigação que os profissionais da saúde e os investigadores possuem de fazer o bem para o paciente, maximizando o benefício e minimizando o malefício. Segundo Fabriz (2003) este princípio possui como máximas fazer o bem, não causar dano, cuidar

da saúde, favorecer a qualidade de vida e manter o sigilo médico, sendo, portanto, o princípio mais antigo da ética médica. É importante ressaltar que este princípio está expresso no juramento de Hipócrates, lido nas formaturas do curso de Medicina (LOCH, 2002). Deste modo, Lapa (2002) defende que este princípio não se aplica somente ao tratamento entre médico-paciente, mas também em relação aos avanços das ciências tecnológicas em geral, em suma:

Sempre se deve questionar se a descoberta da técnica científica veio para o bem da Humanidade. Não faz sentido, hoje, defender o incremento da tecnologia se não existe a crença que ela trará benefício. Está na hora de perguntar: precisam-se de clones humanos? Para quê? Deve-se interferir no equilíbrio da natureza? É correto procurar cura para todos os males do planeta fazendo experiências em seres humanos? Enfim, é importante pensar em tecnologia como instrumento para o benefício do Homem, e não como instrumento para simples especulação. (LAPA, 2002, p.57)

A beneficência requer ações positivas, ou seja, ações que visem beneficiar o paciente, sem, contudo, prejudicar a questão da análise entre o benefício e o risco (LOCH, 2002). Neste mesmo, sentido tem-se o princípio da não-maleficência, resultante do desdobramento do princípio da beneficência e, por conseguinte, englobado por esse, que versa sobre a proibição ética de causar danos intencionalmente ao paciente. Ugeda (2016, s. p.) estabelece que “o desempenho das atribuições dos profissionais de saúde não devem ocasionar nenhum dano ao paciente assistido”. Assim, por derradeiro, Lapa define este princípio como:

O princípio do "primum non nocere", não-maleficência, também conhecido como o princípio da caridade, alega que o cientista deve abster-se de prejudicar e de fazer o mal a seu paciente. Nessa situação, como fazer o bem já não é mais possível, o primordial é não provocar mais sofrimento ao paciente. (LAPA, 2002, p. 58)

O princípio da autonomia, ou respeito à pessoa, impõe que o indivíduo em questão, o paciente, possui o direito de decidir, a fazer uma escolha e, por conseguinte, sua decisão deve ser respeitada, assim como seus valores morais e crenças (FABRIZ, 2003). Para tanto, deve-se considerar que existem parâmetros a serem obedecidos para que um indivíduo seja capaz de exercer sua autodeterminação. Segundo Loch (2002), esses seriam divididos em dois:

capacidade para agir intencionalmente e a liberdade, ou seja, sem nenhuma forma de coação que o incline a uma decisão. O aludido princípio mantém estreita relação com o dever de informar do médico, pois apenas após a transmissão do mínimo de informação necessária do médico ao paciente será possível a tomada de decisão, fazendo-se necessário a presença do consentimento informado (LOCH, 2002). Fabriz ainda salienta:

O princípio da autonomia justifica-se como o princípio democrático, no qual a vontade e o consentimento livres do indivíduo devem constar como fatores preponderantes, visto que tais elementos ligam-se diretamente ao princípio da dignidade da pessoa humana. (FABRIZ, 2003, p. 109)

Sendo assim, o impacto do Direito na aplicação do princípio da autonomia é evidente, uma vez que o direito de consentir e a capacidade de se autodeterminar são regidas por leis. Desta forma, como este princípio será aplicado no caso de indivíduos considerados legalmente incapazes, seja absolutamente ou relativamente? A autonomia, segundo Almeida (1996), pode ser dividida em: de pensamento (“pensar por si”), de vontade (liberdade de decisão baseadas nas próprias deliberações) e de ação (relacionado a ideia de força de vontade). O já referido autor, ainda, salienta que é possível que uma pessoa apresente a capacidade de exercer uma ou mais dessas espécies de autonomia sem, contudo, exercer todas, tendo sua autonomia, num sentido geral, limitada. Desta sorte, o Direito deve proteger os que por algum motivo não possuem autonomia suficiente para consentir ou tomar decisões, sendo, numa visão legalista, os absolutamente incapazes, e os relativamente capazes, na forma dos artigos 3^o¹ e 4^o² do Código Civil de 2002, respectivamente, (PEDRA, 2008), delegando a legitimidade de consentir ou não a família do indivíduo ou ao responsável legal pelo mesmo. Insta salientar que os supracitados artigos do Código Civil sofreram alterações recentes, devido a implementação do Estatuto

¹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14 out. 2017. Art. 3^o São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos

² *Ibid.* Art. 4^o São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência) I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)(Vigência); III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência) IV - os pródigos.

da Pessoa com Deficiência (Lei nº13.146/2015), o qual objetiva, nas palavras de Carneiro (s. d.), “inova ao garantir a plena participação da pessoa com deficiência na sociedade. Ainda segundo a já referida autora, o art 6º foi responsável pela desconstrução do antigo conceito de incapacidade civil devido à sua previsão de:

Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

I - casar-se e constituir união estável;

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;

IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;

V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e

VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. (BRASIL, 2015).

Após a leitura dos artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002 juntamente com o art. 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência faz-se evidente o objetivo do legislador de amparar todas as modalidades de deficiência, principalmente os transtornos de ordem psicológica (CARNEIRO, s. d.). Contudo, é primordial a análise dos dispositivos legais supracitados à luz do artigo 2º da Lei 13.146/2015, uma vez que esse traz a definição de deficiência, a saber: “Art. 2º—Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”. Nesta senda, entende-se que:

Surgem alguns questionamentos importantes , quando se trata de pessoas menores de idade ou portadoras de alguma deficiência que impeça a manifestação livre e esclarecida da vontade; de pessoas inconscientes ou doentes incapacitados. [...] Nessas hipóteses, deve-se colocar o Estado como guardião dos direitos indisponíveis, inerentes à vida e à dignidade. (FABRIZ, 2003, p. 109-110)

Por derradeiro, o princípio da justiça se evidencia quando há dúvida entre a prevalência da beneficência ou do respeito à autonomia da pessoa, tratando da

distribuição equitativa dos bens e serviços disponíveis (ALMEIDA, 1996). A justiça possui diversas acepções, sendo considerada como virtude ou como princípio (PEGORARO, 1996), contudo, o que se sabe é que o sentimento de justiça é um ideal absoluto e presente em todas as sociedades (FABRIZ, 2003). Nesta linha de exposição, este princípio aborda a concessão de tratamento igual aos iguais (isonomia formal) e desigual aos desiguais (isonomia material), ou seja, o respeito à imparcialidade do direito de determinado indivíduo (JUNQUEIRA, 2011).

Os três princípios supracitados devem ser observados em conjunto com o princípio da dignidade da pessoa humana quando da discussão, reflexão e prática de temáticas subordinadas a análise da Bioética. De acordo com Junqueira (2011), é necessária a observância da seguinte ordem no tocante a aplicação dos princípios retro apontados: primeiramente o respeito à autonomia da pessoa; em segundo lugar, a beneficência (e a não-maleficência); e por último, a justiça. Outros princípios também devem ser observados para melhor tomada de decisões, tais como o princípio do consentimento informado, da inviolabilidade do corpo humano, entre outros (PEDRA, 2008).

1.4 DOS CONSENTIMENTOS

Como citado previamente, o princípio da autonomia guarda relação com o consentimento, vez que, para que a pessoa exerça sua autonomia deve consentir ou recusar, tomando decisões sem nenhuma forma de coação ou influência acerca do tratamento ou incursão cirúrgica a ser adotada, no caso da área médica. Para tanto, deve-se enfatizar a semântica do termo supramencionado, conforme a conceituação trazida pelo dicionário Aurélio (2017, s. p.), a saber: “1 – Dar licença; 2 – Permitir; 3 – Tolerar; 4 – Admitir; 5 – Dar consentimento; 6 – Concordar; 7 – Anuir”. Em contrapartida, Carvalho (2012) define o consentimento como um meio de expressão da vontade de um paciente de aceitar ou não um tratamento ou intervenção. A já referida autora, ainda, defende que:

Estamos perante o exercício da autonomia da vontade de paciente, de dispor do próprio corpo, sendo um princípio que está

intrínseco ao direito, à dignidade da pessoa humana previsto no artigo 1.º CRP. (CARVALHO, 2012, p. 37)

Por conseguinte, tem-se que o consentimento não se limita apenas ao exercício da autonomia, indo além, pois assegura o respeito à autodeterminação, aos direitos da personalidade e até mesmo à dignidade da pessoa humana. Contudo, Pirajá Bandeira (2009) explana que tal consentimento pode ser presumido ou informado, no que se refere à doação e ao transplante de órgãos e tecidos, que é o foco do presente trabalho e por isso será abordado dentro desta perspectiva. Pedra (2008), de igual modo, acresce mais uma espécie de tratamento em relação à disposição de órgãos e tecidos, a chamada *manifestação compulsória*. Portanto, abordar-se-ão, aqui, as três vertentes de tratamento de disposição de órgãos e tecidos adotadas por diversos países, traçando os pontos de diferenciação entre aquelas.

O consentimento presumido se fundamenta na suposição de que toda pessoa é doadora de órgãos e tecidos enquanto não se manifestar contrariamente a isso. Logo, Pessanha *et al* (2016, p. 12) definem que: “o consentimento presumido se baseia na pressuposição que todos são doadores até que se manifestem em contrário.” Assim, para que um indivíduo fosse desconsiderado como doador seria necessária a exteriorização negativa documento de identificação válido (PESSANHA *et al*, 2016). Esta espécie de consentimento, também denominada dissentimento, consoante Pedra (2008), é subdividida em sistema forte e sistema fraco.

O sistema forte concede a possibilidade do médico extrair órgãos e/ou tecidos de todo e qualquer cadáver, sendo este adotado em países como Áustria, Dinamarca, Polônia entre outros (PEDRA, 2008). Já o sistema fraco possibilita apenas que se retire órgãos e/ou tecidos das pessoas que não se opuserem a este procedimento, sendo este adotado em países como Finlândia, Grécia, Espanha e até mesmo no Brasil no período compreendido entre 1997 e 2001 na legislação específica acerca de doação e transplante de órgãos e/ou tecidos (PEDRA, 2008). Sendo assim, a redação original do art. 4º da Lei nº 9.434/97 expressava:

Art. 4. Salvo manifestação de vontade em contrário, nos termos desta Lei, presume-se autorizada a doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, para finalidade de transplantes ou terapêutica post mortem. (BRASIL, 1997).

Porém, esse tipo de consentimento foi criticado, principalmente, por juristas, pois implica na contradição de princípios constitucionais fundamentais, preceitos básicos, na afronta a intimidade e dignidade da pessoa humana, no prejuízo ao altruísmo e solidariedade (PEDRA, 2008), além de importar intervenção direta estatal ao impor uma condição às pessoas (PESSANHA *et all*, 2016). Entende-se que a presunção da condição de doador não seria uma deliberada intervenção estatal na vida e dignidade do indivíduo, mas tão somente uma forma de ponderar interesses (PESSANHA *et all*, 2016, p.12).

Isto é, trata-se de típica limitação ao direito à autodeterminação da pessoa em detrimento da necessidade de salvaguarda da vida de outrem. Em outras palavras, não evidenciaria intervenção do Estado pois, esse faria apenas uma ponderação entre direito de um indivíduo (doador) e a necessidade de outrem (receptor), harmonizando os direitos e garantias constitucionais em tela. Partindo desta premissa, Gomes explica que, apesar da imposição legal, por motivos éticos, muitos médicos não se subordinavam a essa determinação, conforme argumentação a seguir:

Tratava-se de uma retirada compulsória de órgãos e tecidos humanos, o que é eticamente inaceitável, porque a doação é, antes de tudo, um ato de solidariedade, de altruísmo, e jamais poderia resultar de uma imposição. Entretanto, por questões de ética, os médicos jamais concordaram em retirar os órgãos e tecidos dos falecidos que não haviam manifestado oposição, sem o consentimento da família. Nesse caso, a ética médica se impôs à Lei Federal de transplantes, que acabou sendo modificada no ano de 2001. A doação post mortem deve resultar, sempre, de liberalidade e não de presunção legal. (GOMES, 2015, s.p.)

De maneira breve, é oportuno apontar que Hildeliza Cabral, Margareth Zaganelli e Vanessa Peres resumem todo o conteúdo abordado sobre consentimento presumido da seguinte forma:

A Lei no 9.434 (BRASIL, 1997a) previa a denominada doação presumida como forma de facilitar os procedimentos legais para a

retirada de órgãos e tecidos e estimular a doação, tendo por base o princípio da solidariedade social. Entretanto, tornou-se alvo de muitas críticas ao adotar-se esse sistema e afastou-se qualquer possibilidade de oposição ou de autorização da família nas disposições sobre o cadáver. Diante das discussões suscitadas e causando grande mobilização na mídia e na sociedade civil sem que se resolvesse o problema da escassez de órgãos para transplante a partir do cadáver, o legislador optou por alterar a Lei de Transplantes (BRASIL, 1997a), mudando substancialmente a forma de consentimento post mortem, determinando que somente por meio da autorização da família será permitida a doação de órgãos de pessoas falecidas. (CABRAL; ZAGANELLI; PERES, 2016, p. 375).

Logo, com a evolução da Bioética e do Biodireito, a fim de se solucionar a questão da constitucionalidade do consentimento presumido, o art. 4º da Lei nº 9.434/97 foi alterado instituindo o poder de consentir à família do indivíduo, substituindo o consentimento presumido pelo informado (GOMES, 2015). Dessarte, entende-se por consentimento informado por “decisão voluntária, verbal ou escrita, protagonizada por uma pessoa autônoma e capaz, tomada após um processo informativo, para a aceitação de um tratamento específico ou experimentação” (LOCH, 2002, p. 04), estando consciente dos riscos, benefícios e consequências advindas.

Neste caso, tem-se a figura do dever de informar do médico, uma vez que uma pessoa só poderá tomar uma decisão corretamente, acerca de consentir um procedimento ou não, quando estiver cientes de todas as informações necessárias para esta tomada de decisão. É importante, contudo, fazer um paralelo à crítica do paternalismo médico, que segundo Almeida, consiste em:

[...] é responsabilidade do médico fazer, *segundo seu julgamento e habilidade*, o que for possível no melhor interesse do seu paciente, independentemente de que o paciente concorde, independentemente de que o paciente tenha dado seu consentimento e independentemente de se o paciente conhece as prováveis consequências e as alternativas disponíveis. (ALMEIDA, 1996, p. 61)

O paternalismo médico serve com obstrução para um consentimento verdadeiramente informado, uma vez que o profissional da saúde utilizaria de engodos, evasivas e mentiras diretas para que o mesmo “faça o melhor” para seu paciente num sentido global, evitam-se, portanto, adicionar peso à miséria,

angústia e tristeza do paciente, incluindo, às vezes, a própria família do paciente na mentira, sendo que, em muitos casos esse acaba por descobrir que foi enganado por seus médicos e familiares representando uma tragédia moral (ALMEIDA, 1996). Por isso a informação é crucial para que se alcance o consentimento informado, pois a pessoa tem o direito de ser esclarecida sobre o procedimento, sua duração, sua invasibilidade entre outros aspectos (MUÑOZ; FORTES, s.d.).

Por conseguinte, Ivan D. Miziara (2013), baseado nos entendimentos de Vaughn, estipula que o consentimento só será válido quando fundamentado na informação, competência, entendimento e voluntariedade. Acerca da informação supra, insta acrescentar a questão na qual nem sempre uma pessoa informada está esclarecida (MUÑOZ; FORTES, s.d.). Logo, o médico deve usar de um linguajar acessível em relação ao paciente para que as informações sejam claras e compreendidas devidamente, esclarecendo dúvidas e ressaltando questões primordiais (MUÑOZ; FORTES, s.d.). Além disso, há que se observar que até mesmo não ser informado é um direito do paciente, ou seja, esse pode optar por recusar a ser informado, caso no qual o médico o questionará sobre a pessoa usada como canal de informações (MUÑOZ; FORTES, s.d.). Os já referidos autores sintetizam que:

A pessoa autônoma também tem o direito de "não ser informada". Ser informado é um direito e não uma obrigação para o paciente. Ele tem o direito de recusar ser informado. Nestes casos, os profissionais de saúde devem questioná-lo sobre quais parentes ou amigos quer que sirvam como canais das informações. É certo que o indivíduo capaz tem o direito de não ser informado, quando assim for sua vontade expressa. O respeito ao princípio da autonomia orienta que se aceite a vontade pessoal, impedindo os profissionais de saúde de lhe fornecerem informações desagradáveis e autorizando que estes últimos tomem decisões nas situações concernentes ao seu estado de saúde, ou, ainda, que devam preliminarmente consultar parentes ou amigos do paciente. (MUÑOZ; FORTES, s. d., s.p.)

Quanto à competência, a mesma se refere a capacidade da pessoa em proferir decisões acerca de procedimentos médicos. Insta salientar que o Código Civil Brasileiro traz em seu art. 3º e 4º os indivíduos considerados legalmente incapazes, sendo estes incompetentes para consentir, e, portanto, deverão ser

substituídos por um representante legal (MIZIARA, 2013). Algumas situações específicas acabam por limitar a necessária obtenção do consentimento informado, sendo que Loch as reagrupa da seguinte maneira:

- a) a incapacidade: tanto a das crianças e adolescentes como aquela causada, em adultos, por diminuição do sensório ou da consciência, e nas patologias neurológicas e psiquiátricas severas;
- b) as situações de urgência, quando se necessita agir e não se pode obtê-lo;
- c) a obrigação legal de declaração das doenças de notificação compulsória;
- d) um risco grave para a saúde de outras pessoas, cuja identidade é conhecida, obriga o médico a informá-las mesmo que o paciente não autorize;
- e) quando o paciente recusa-se a ser informado e participar das decisões. (LOCH, 2002, p. 05)

Quanto ao entendimento, nem toda informação fornecida é entendida pelo paciente. Portanto se uma informação for de alguma forma inverídica, essa comprometerá a decisão autônoma, podendo induzir o paciente ao erro na tomada de decisão (FORTES, s.d.). Desta maneira, Fortes (s.d.) explica acerca da importância do pleno entendimento da informação recebida pelo paciente através do médico, destacando que:

Mas para que haja um consentimento esclarecido a informação revelada deve ser compreendida, não sendo suficiente que a pessoa seja mera receptora. Informações falseadas, incompletas ou malentendidas (*sic*) podem ocasionar defeitos de raciocínio, por meio dos quais os indivíduos formam suas opiniões baseados em fatos manifestamente implausíveis e comprometem sua decisão autônoma. As informações devem ser adaptadas às circunstâncias do caso e às condições sociais, psicológicas e culturais, utilizando-se um padrão orientado para cada paciente, que denominamos de padrão subjetivo (FORTES, s.d., s.p.).

No que toca à voluntariedade, o consentimento não pode de nenhuma maneira resultar de coação ou qualquer outra forma de intervenção, nem mesmo de práticas enganosas. Fortes (s.d., s.p.) leciona que “para se ter a garantia da liberdade de consentir é preciso que a práxis dos profissionais de saúde esteja imbuída da noção do respeito ao princípio da autonomia individual”. Desta forma, em decorrência do domínio psicológico, conhecimento específico, ou, ainda,

habilidades técnicas das quais seja detentor, o médico pode inviabilizar a real manifestação da vontade da pessoa com que se relaciona. Isto é, há uma aceitação do emprego da persuasão, porém, isso não implica na tolerância à coação ou à manipulação (FORTES, s.d.).

Como cediço, a persuasão, ou seja, o apelo a razão de alguém para que aceite livremente as atitudes, crenças entre outros, de outrem, é admitida como instrumento pelo qual o médico tenta influir a decisão do paciente, contudo a coação ou manipulação, tentativa de induzir uma pessoa a fazer o que outra deseja sem realmente conhecer o intentado, é proibida (FORTES, s.d.). Desta senda, essa é a espécie de consentimento adotado nas doações de órgãos e/ou tecidos *inter vivos*, direcionado ao próprio doador, e *post mortem*, direcionado aos familiares do *de cuius*.

A manifestação compulsória se baseia na escolha que a pessoa, ao alcançar a maioridade, deve fazer formalmente acerca de ser doador ou não de órgãos e/ou tecidos, sendo necessária declaração expressa, segundo Pedra (2008). O referido autor ainda explica que “este sistema exige uma declaração expressa por parte do indivíduo, baseado em uma estrutura binária de consentimento ou oposição, sem que haja uma presunção positiva ou negativa” (PEDRA, 2008, p. 174) sendo, o legislador o responsável pela regulamentação dos efeitos jurídicos resultantes da abstinência de pronunciamento, ou seja, do silêncio. Independente da espécie de consentimento a ser adotada, deve-se frisar o papel deste como executor direto do princípio bioético da autonomia, além de defensor da autodeterminação, do exercício e defesa dos direitos da personalidade e meio de instrumento que viabiliza a concreção da dignidade da pessoa humana. À vista disso, explicita-se que a Bioética apesar de recente é extremamente relevante na reflexão e discussão de temas atuais, visando sempre assegurar a dignidade da pessoa humana e harmonizando a relação do homem com inúmeras áreas de atuação.

2 O BIODIREITO EM CARACTERIZAÇÃO

Como explicitado no capítulo anterior, a Bioética objetiva orientar as discussões e reflexões acerca dos novos desafios impostos pelo avanço das ciências biológicas e biotecnológicas de forma a preservar a vida humana, sendo, portanto, imprescindível para assegurar direitos básicos e fundamentais e impor deveres aos praticantes das já citadas áreas. Assim sendo, ela possui princípios que norteiam a formulação de respostas frente às questões sob análise, em especial a trindade principiológica da bioética, composta pelos princípios da autonomia da vontade, da beneficência (e conseqüente não-maleficência) e da Justiça.

Todavia, Tavares e Franco (s.d.) explanam que a tentativa de controle por parte da Bioética nem sempre é eficaz ou suficiente para regular e corrigir o comportamento das pessoas, ou seja, os preceitos bioéticos não possuem força coercitiva nem sancionatória. Logo, “faz-se necessário estabelecer uma forma de controle jurídico, capaz de coagir aquele que ultrapassar o limite imposto ao mundo científico” (TAVARES; FRANCO, s.d., p. 11). É a partir desta necessidade de normas de cunho coercitivo que visasse limitar, de fato, e até mesmo punir as ações das áreas da biologia, biomedicina e biotecnologia que atentasse contra princípios e direitos básicos, que nasce o Biodireito, novo ramo do Direito que mantém estreita relação com a Bioética.

Neste sentido, Barboza (2000, p. 212) explica que “o Biodireito é o ramo do Direito que trata da teoria, da legislação e da jurisprudência relativas às normas reguladoras da conduta humana em face dos avanços da Biologia, da Biotecnologia e da Medicina”. Tavares e Franco (s.d., p.11) definem Biodireito como “ramo do Direito responsável por estabelecer normas para as questões vinculadas às práticas aplicadas na medicina e às pesquisas científicas que se relacionam direta ou indiretamente com a existência humana”. Por conseguinte, Campos Júnior explica a relação entre este novo ramo do Direito com a Bioética da seguinte forma:

O biodireito tem, por conta de sua íntima relação com a bioética, um campo de investigação amplo. Dessa forma, a bioética desponta como um saber que cuida da vida e do meio ambiente,

de um modo geral, e da vida humana, de maneira particular, ajudando na interpretação dos novos desafios advindos dos avanços das tecnologias. O biodireito, como ramo do direito, e a bioética, como ramo da ética, passam a operar numa unidade relacional de objetivos (CAMPOS JÚNIOR, 2012, p. 225).

Em suma, o Biodireito deve operar em conjunto não só com a Bioética como também com seus preceitos e ensinamentos. Partindo desta premissa, Lapa (2002) estabelece que o Biodireito é orientado mediante a interpretação de duas posições: a judicialização dos princípios bioéticos como inibidores de ações discriminatórias aos seres humanos e como uma disciplina que se propõe a atender a um conceito amplo de Direito. Portanto, o Biodireito não deve se restringir apenas ao conjunto de normas positivadas num ordenamento jurídico, mas trazer a pauta conflitos e reflexões sobre os mais variados temas referentes a vida humana, nas palavras de Lapa:

[...] o Biodireito deve transcender os limites da discussão dogmática do Direito, pois dissertar sobre os aspectos jurídicos de temas como a clonagem humana “é muito mais do que examinar o tema sob o ponto de vista das normas positivas, é fixar seu alcance jusfilosófico, é ‘ubicá-lo’ nas fronteiras da inexorável passagem da ideologia jurídica atual para a nova mentalidade que tende a afirmar-se a despeito da resistência que o novo sempre suscita” (COELHO, s.d., p. 37 *apud* LAPA, 2002, s.p.).

Desta senda, o Biodireito apesar de ainda em fase de construção doutrinária, possui sua base de orientação pautada no olhar bioético conjugado com preceitos do Direito submetidos, sempre, aos ensinamentos básicos expressos na Lei Maior em prol da efetivação dos direitos fundamentais, especificamente, da concreção da dignidade da pessoa humana. Insta salientar, ainda, o conflito doutrinário existente quanto a classificação do Biodireito nas dimensões dos direitos humanos, conforme explana Rubens Peretti, a saber:

A resposta a tal questão trás (*sic*) um debate sem vencedores, vários e renomados estudiosos de direito defendem que é um direito de quarta geração, pois trás (*sic*) consigo, ou surge por, questões inovadoras, jamais pensadas ou pré-estabelecidas nas gerações anteriores. Por outro lado, outros autores e pensadores, não menos importantes, optam por defender que é um direito de terceira geração, é o caso de José Emílio Medauar Ommati. Segundo Ommati (2005, p. 131) grandes autores, dentre eles

Norberto Bobbio e Paulo Bonavides, defendem que o Biodireito pertence ou relaciona-se aos direitos de quarta geração, opinião contrária à do próprio Ommati que, em seu estudo Biodireito: um direito de quarta geração? define que o Biodireito é um direito difuso, caracterizado pela igual importância entre individual e coletivo, da mesma forma que os direitos ao meio ambiente equilibrado, consumidor, patrimônio histórico, etc. (PERETTI, s. p., s.d.)

Como se pode observar, a classificação deste em uma das dimensões de direitos humanos é ainda incerta, entretanto, ressalta-se que este não possui uma codificação específica, sendo, segundo Peretti (s.d.) encontrados seus fundamentos nos princípios constitucionais do Biodireito, em normas contidas em outras Codificações, nas Jurisprudências, bem como em leis esparsas e que poderão surgir (PERETTI, s.d.). É imprescindível salientar que este ramo do Direito é ainda bastante recente e, por conseguinte, se encontra ainda escasso de doutrina bem como de se encontra ainda em construção.

2.1 DA DELIMITAÇÃO DO BIODIREITO EM RELAÇÃO A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O Biodireito, como qualquer outro ramo do Direito, está sujeito à influência do princípio maior da dignidade da pessoa humana, sendo que, para esse já referido princípio funciona também como base para os demais, bem como para a confecção de normas desta área do Direito. Desta feita, é imprescindível sintetizar brevemente a evolução da concepção de dignidade segundo três doutrinadores relevantes em relação ao atual conceito de dignidade humana, sendo eles: São Tomás de Aquino, Immanuel Kant e Jean Paul Sartre. Porém, Jorge Müller (s.d., p.15) explica que “A dignidade humana nem sempre possuiu esta denominação; sua compreensão teve início com a concepção do próprio homem, da razão, da liberdade, do bem e da ética, no entanto, foi alterada diversas vezes”. Por conseguinte, Crosara infere que:

Falando em meios históricos, a concepção da dignidade da pessoa humana passou por um processo de racionalização e laicização, mas manteve o seu foco primordial que era o

conhecimento fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade, bem como, liberdade, e esta por sua vez seria a opção pelo modo de viver, pensar e agir conforme os seus próprios desígnios (CROSARA, 2005, s. p.)

É sabido que São Tomás de Aquino fora o primeiro a se tratar expressamente do termo “dignidade”, sendo, portanto, relevante para a análise desta, bem como a primeira aceção a ser explicitada (LEITE, 2010). Todavia, insta salientar que o foco do presente trabalho não é esgotar o tema da dignidade da pessoa humana, nem mesmo todas as aceções de “dignidade”, sendo apenas tratado neste as aceções mais importantes quando o estudo da temática proposta. Desta feita, São Tomás de Aquino, por ser o precursor efetivo da dignidade da pessoa humana (COTTA; FUNES, s.d.), defende a ideia na qual o homem é composto por dois corpos, sendo estes o material (o corpo em si) e o espiritual (alma), unificados de maneira que se crie um ser dotado de significativo grau de dignidade (COTTA, FUNES, s. d.).

São Tomás de Aquino instituiu a existência de dois mundos distintos, sendo o mundo do direito natural e o mundo do direito positivo, sendo ambos marcados pela liberdade de escolha do homem (FALCÃO *et all*, 2010). Partindo desta premissa, referido filósofo ainda entendia que o fundamento da dignidade nada mais seria que o fato do homem ser a criação da imagem e semelhança de Deus, sendo também possuidor de autodeterminação para exercer seu livre arbítrio em função de sua dignidade, vez que Deus concedeu ao homem a razão para distinguir as leis naturais (MÜLLER, s.d.).

Em suma, Maria de Fátima Esper Leite (2010, p. 26) sintetiza o posicionamento de São Tomás de Aquino explicando que “para Tomás de Aquino a ‘dignidade da pessoa humana’, guarda intensa relação com a concepção de pessoa, nada mais é do que uma qualidade inerente a todo ser humano: a racionalidade”. Supracitado filósofo ainda trata de justiça como a repartição equitativa para cada indivíduo mediante uma lógica geométrica, conforme leciona Caio Spazzapan Meloni:

Mais precisamente, para este filósofo, “justiça é uma vontade perene de dar a cada um o que é seu, segundo uma razão geométrica”. Esta noção de justiça igualitária abordada por Santo Tomás de Aquino mostrou-se de ímpar relevância para a

concepção do princípio da dignidade da pessoa humana. É impossível, portanto, tratar dignamente uma pessoa sem lhe imputar valores como liberdade, igualdade e respeito. É preciso, para o pensamento cristão, tratar o ser humano como ente racional detentor de um valor imutável, inatingível pela lei, e é exatamente neste momento que a dignidade da pessoa humana mostra-se condizente com as doutrinas da Idade Média. (MELONI, s.p., 2015)

Logo, infere-se que, segundo o entendimento de São Tomás de Aquino, a dignidade é algo absoluto pertencente à essência, ou seja, a alma (CORRÊA, 2012). Contudo, apesar de São Tomás de Aquino ser o responsável pela conceituação moderna de dignidade da pessoa humana, outro posicionamento igualmente relevante para a Filosofia Moderna deve ser abordado, sendo este a conceituação de dignidade por Immanuel Kant (COTTA; FUNES, s.d.).

O conceito de dignidade desenvolvido por Kant é o que ainda prevalece no ordenamento jurídico atual, sendo resumido na seguinte acepção: “o homem é um fim em si mesmo e, por isso, tem valor absoluto, não podendo, de conseguinte, ser usado como instrumento para algo, e justamente por isto tem dignidade, é pessoa” (COTTA; FUNES, s.d.). Desta forma, evidencia-se o início da laicização da delimitação de dignidade por parte de Kant, vez que defende que a racionalidade é a responsável pela diferenciação das outras criaturas, visto que ela norteia o agir humano, propiciando ao homem a possibilidade de escolher, considerando-se sempre que o homem livre não se sujeita apenas às leis naturais, mas também às leis morais (MÜLLER, s.d.).

Entretanto, Müller (s.d.) ainda explana que “se a razão confere liberdade, para Kant o bem maior é a boa vontade, pois todas as coisas podem ser circunstanciais, exceto ela”. O direito de liberdade, por ser um direito natural, deve englobar os demais, vez que é inerente a todos os homens devido a sua humanidade, sofrendo limitação apenas pelo direito de liberdade das outras pessoas (SARLET, 2005, p. 47 *apud* FALCÃO *et all*, 2010, p. 2.093). Kant entendia que a razão prática deveria prevalecer sobre a teórica (COTTA; FUNES, s.d.), sendo que razão prática versa sobre “o direito de agir de acordo com apresentação de leis ou princípios” (FALCÃO *et all*, 2010, p. 2092). Em suma, Elisabete Cotta e Gilmar Funes explicam acerca da filosofia kantiana no tocante a dignidade da pessoa humana:

É a razão que deve indicar quais são os deveres e as normas a serem seguidas de uma forma universal, para com isso, impedir que os indivíduos se deixem levar pelos seus desejos, paixões ou motivos particulares. Sendo assim, para a filosofia kantiana, os homens não são seres restritivamente morais, mas também serem submetidos à causalidade necessária da natureza, aos valores, fins e leis morais, que não são expressos nos homens, precisando em razão disso, assumir a natureza de um dever. Significando assim que, o homem deve fazer somente aquilo que também seja possível ser feito pelas demais pessoas, sem prejuízo da humanidade, devendo a conduta humana, buscar tornar uma lei universal. Essa lei universal tem em sua origem, como uma prioridade, o dever de valer para todo o ser racional em geral, devendo esses serem considerados entes de valor absoluto, pois são insubstituíveis, os quais conhecem e têm consciência de tais leis, das quais os mesmos são autores, devendo essas normas seguirem a razão da moral humana (COTTA; FUNES, s.d., p. 03)

Em outras palavras, o homem ao mesmo tempo se subjugava às leis da razão prática, sendo que estas possuem fonte de caráter universal, salientando-se que este sistema possibilita a máxima benesse ao próximo (FALCÃO *et al*, 2010). É neste contexto em que a dignidade surge como base do princípio da isonomia e da defesa do “antiprivilégio”, estando presente nos seres racionais, inclusive nos não-humanos que adquirem razão (COSTA NETO, 2012). Esta diferenciação entre o ser humano dos demais seres resulta na colocação deste numa condição peculiar de sujeito de direitos e deveres assegurando sua autodeterminação (COSTA NETO, 2012). Portanto, segundo o magistério de Cotta e Funes:

Fica evidente, que a pessoa humana deve ser tratada como ente possuidor de dignidade absoluta, pois é um ser racional e insubstituível, e a prerrogativa de legislador universal é que nos torna pessoa, um ser com dignidade, com fim em si mesmo, que nos faz membros de um reino de fins, que liga todos os seres racionais sob leis comuns (COTTA; FUNES, s.d., s.p.).

Destarte, Kant conceitua dignidade ao fazer uma associação entre o reino dos fins e dos meios, sendo que tudo possui ou preço ou dignidade, logo, o que possuir preço pode ser substituído por outra coisa como equivalente, contudo, quando algo não pode ser precificado, por estar acima de todo e qualquer preço, não permitindo equivalente, este sim terá dignidade, ensejando na não valoração da dignidade da pessoa humana (NICOLAO, s.d.). Desta senda, tem-se,

basicamente, a dignidade como requisito universal, inerente a todos os seres humanos possuidores de razão, incapaz de sofrer qualquer espécie de valoração. Entretanto, Sartre desconstrói este entendimento divergindo radicalmente deste.

Jean Paul Sartre é um dos principais filósofos da corrente existencialista, e, esta corrente crê que a existência precede a essência, ou seja, não existe um ser divino responsável pela criação dos homens, mas recai sobre o próprio homem a responsabilidade por sua essência, pela construção do seu próprio ser, vez que só é criado após existir (MOURA, 2012). Partindo deste pensamento, o homem não possui dignidade apenas por ser humano, vez que como não existe um Deus que crie humanos, os homens não são criados fixos a um molde, estes são livres para decidirem acerca da sua própria existência (LIMA JÚNIOR; FERMENTÃO, 2012). Desta senda, Lima Júnior e Fermentão explanam que:

Em Sartre a dignidade humana está ligada ao existencialismo (doutrina filosófica que preconiza a existência metafísica do homem como princípio e fundamento para a solução de todos os problemas) e recusa que a dignidade seja inata ao ser humano, mas que é um valor que está em construção. O homem não está reduzido a um determinismo que faria dele uma coisa, mas ele está em construção, está por fazer, e é por esta capacidade de superar sua própria condição, que o homem tem uma responsabilidade de construir um projeto de vida ao mesmo tempo pessoal e universal (LIMA JÚNIOR; FERMENTÃO, 2012, p. 327).

Isto é, a dignidade da pessoa humana se vincula à constante construção existencial do homem, divergindo das coisas que já possuem uma existência certa, visto que o homem é livre para fazer-se e refazer-se, residindo aí sua dignidade (MARREIRO, 2013). Este entendimento de Sartre consolidou a laicização da dignidade humana por afastar a ideia de criação a imagem e semelhança do Divino, e acabou por ensejar efeitos benéficos as pessoas, conforme preconiza Lima Júnior e Fermentão:

Essa forma de pensar foi importante para separar a Igreja católica das explicações sobre o homem, afastando ele a ideia de que o homem possui dignidade por ser a imagem e semelhança de Deus. É importante observar que esta teoria retirou as penas de morte por crimes ou pecados, posto que o homem que praticava algum crime deveria ser morto, pois este não possuía mais dignidade e era comparado a um demônio por não ser mais digno

de ser a imagem e semelhança de Deus (LIMA JÚNIOR; FERMENTÃO, 2012, p. 327).

A ideologia de dignidade humana defendida por Sartre faz com que o homem seja responsável por si mesmo de maneira que, querendo o bom para si, estará querendo o melhor para toda a coletividade, vez que a soma de todas as consciências individuais resultará no encontro com a consciência coletiva (FONSECA, s.d.). Em outras palavras, a dignidade humana por Sartre desconstrói totalmente as concepções anteriores sendo que, devido a sua radicalidade, prevalece, como cediço, a concepção kantiana. Todavia, a definição de dignidade da pessoa humana ainda é bem ampla, conforme explica Hamilton Pessota Nicolao, citando Ingo W. Sarlet, a saber:

O professor Ingo Wolfgang Sarlet sustenta que, independente da doutrina entender que se trata de uma norma axiológica aberta, ou seja, que não pode ser conceituada de maneira fixista e universal, tendo em vista que cada sociedade possui valores diferentes, e por se tratar de um conceito em constante construção e desenvolvimento. 29 Porém, isto não quer dizer, assim como tantos outros conceitos de contornos vagos e abertos, que não necessite de uma busca incessante pela fundamentação da dignidade da pessoa humana de forma a se manter o seu conceito em constante construção, para com isso alcançar o que, possivelmente, seria um conceito “concreto” (SARLET, 2005, s.p. *apud* NICOLAO, s.d. p. 09).

Logo, apesar de todas as acepções explanadas acima, a dignidade da pessoa humana atualmente é por Moraes (2011, p. 60) como “a dignidade é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito das demais pessoas”. Desta feita, o princípio da dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado Democrático Brasileiro, estando previsto na Constituição Federal da República de 1988, no artigo 1º, inciso III, sendo, portanto, o princípio maior da Carta Magna, servindo de parâmetro para todos os demais. Dessarte, o Biodireito engloba o princípio da dignidade da pessoa humana, vez que atua em conjunto com a bioética em prol da defesa das pessoas em face de eventuais explorações relacionadas aos avanços científicos biotecnológicos (GEWEHR, 2005).

O Biodireito deve primar pela proteção dos direitos mínimos invioláveis das pessoas quando sob intervenções científicas biomédicas, atuando também em maior escala de maneira a reger grandes questões científicas esparsas pelo mundo (GEWEHR, 2005), estando em movimento (FERREIRA, s.d., p. 50), “ruma para a formação de direito cosmopolita até porque no Biodireito já existe a preocupação de um direito ou melhor de uma justiça transgeracional”. Devido as matérias tratadas pelo Biodireito, é exigido a obediência aos princípios constitucionais, conforme explana Gewehr, a seguir:

Deve-se, portanto, utilizar-se como fundamento do biodireito a proteção aos direitos e garantias fundamentais assegurados constitucionalmente. Assim, para tornar efetiva a atuação do biodireito, é necessário que se ampare no conteúdo versado pelo texto constitucional, principalmente no que diz respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inciso III; no direito à vida, à liberdade e à igualdade, previstos no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais; no direito à saúde, previsto no art. 196 e no direito ao meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado, assegurado no art. 225, todos da Constituição Federal de 1988. (VIEIRA, 2005, p. 61 *apud* GEWEHR, 2005, p. 118).

Isto posto, é notório a relação intrínseca entre o Biodireito e o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, visto que este ramo legal visa a proteção de um conjunto mínimo de direitos essenciais à vida com dignidade de uma pessoa, atrelando-se, por conseguinte, as noções de dignidade e a abrangência do próprio princípio maior supracitado. Desta feita, o Biodireito e a dignidade da pessoa humana atuam como barreira em face da desumanização das pessoas através da exploração, cerceamento de direitos, da tortura, bem como outras situações igualmente degradantes.

2.2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO BIODIREITO

Entende-se o Biodireito como o aglomerado “de normas esparsas que têm por objetivo regular as atividades e relações desenvolvidas pelas biociências e biotecnologias, com o fim de manter a integridade e a dignidade humana frente ao progresso, benefício ou não, das conquistas científicas em favor da vida”

(FERREIRA, s.d., p. 52). Partindo desta definição, deve-se observar que o Biodireito se relaciona com outras áreas como: Bioética, Direito Civil, Direito Penal, Direito Ambiental e, principalmente, o Direito Constitucional, mais especificamente o art. 5º, inciso IX da Carta Magna (PERETTI, s.d.).

Devido ao seu surgimento ainda recente, os princípios que norteiam o Biodireito são, basicamente, princípios constitucionais, contudo, segundo Ferreira (s.d.), há ainda, além dos constitucionais, os princípios gerais e os específicos do Biodireito. Contudo, Barboza explica que os princípios constitucionais são os formadores do Biodireito, ao relacioná-los com a Bioética e com a constitucionalização das leis a partir de 1988, da seguinte forma:

A partir de 1988 instaurou-se no Brasil uma nova ordem jurídica que encontra na Constituição da República seus princípios estruturais. Tais princípios compreendem, em sua maioria, direitos fundamentais do homem, traduzindo os valores primordiais de nossa sociedade. Se é certo que a recepção nos textos constitucionais de uma série de valores fundamentais, como a vida, a dignidade humana, a liberdade e a solidariedade e sua proteção enquanto direitos, tornou-os pedras angulares da Bioética moderna, não menos certo é dizer-se que esses direitos devem constituir, por tal razão e, principalmente, por terem natureza jurídica, a rede estrutural do Biodireito. Em consequência (*sic*), não poderão as normas do Biodireito, a qualquer título, preterir esses princípios, verdadeiros balizadores da atuação do legislador (BARBOZA, 2000, p. 214).

Isto é, os princípios constitucionais são considerados basilares do Biodireito, todavia, estes não devem sofrer qualquer forma de restrição a área médica ou da saúde, visto que as normas e princípios devem harmonizar com as demais existentes no ordenamento jurídico pátrio (BARBOZA, 2000). Desta senda, é correto afirmar que os princípios constitucionais são uma das fontes originárias do Biodireito, bem como o desenvolvimento científico das biotecnologias e Medicina e a própria Bioética, como explanado previamente (PARISE, s.d.). Essa diversidade de fontes do Biodireito se dá devido a complexidade do objeto deste ramo do Direito, fazendo com que seja necessário o máximo de informações dos ramos entrelaçados a ele, conforme explana Heloisa Helena Barboza:

Se, de um lado, a existência de princípios já assentes facilita de algum modo o trabalho do legislador, de outro a diversidade da

matéria e sua extrema complexidade a abranger, a um só tempo, direitos aparentemente contraditórios, sem dúvida exigir-lhe-ão aprofundado conhecimento da ciência e do sistema jurídicos que poderão fornecer elementos para a solução mais adequada. Acrescente-se, por fim, que os princípios da Bioética não deverão ser preteridos pelo legislador, na medida em que têm por fundamento valores reconhecidos pelo Direito (BARBOZA, 2000, p. 215).

Por conseguinte, tem-se que toda uma gama principiológica é imprescindível para a formação e direcionamento deste novo ramo do Direito, sendo, no entanto, abordados neste trabalho apenas os princípios constitucionais que norteiam o Biodireito, sendo mais especificamente, os seguintes: o princípio da Igualdade (ou Isonomia), o princípio da inviolabilidade da vida, o princípio da informação, bem como o da proteção a saúde. Por isso, passar-se-á a análise dos princípios supramencionados.

2.2.1 Princípio da Igualdade

O princípio da Isonomia, ou Igualdade, está previsto no *cáput* do artigo 5º da Carta Política de 1988, assegurando a todos a igualdade perante a lei independente de qualquer forma de distinção. Este princípio traduz o símbolo da Democracia, sendo, porém, um princípio complexo, por vezes desrespeitado, o qual necessita ser interpretado à luz da sua evolução histórica (PRINCÍPIO DA ISONOMIA, s.d.). Neste sentido, Larissa Linhares Vilas Boas Santos (2010), divide a evolução histórica de tal princípio em três fases, as quais são: (i) Predominância da desigualdade; (ii) Todos são iguais perante a lei; e (iii) Tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida da sua desigualdade. Todavia, quando se trata do histórico deste princípio, relacionado ao fim da fase da predominância da desigualdade, o autor Rodrigo Eduardo Rocha Cardoso (2006) acredita que seu marco inicial seja nas grandes Revoluções, quais são a Revolução Francesa e a Americana, ambas no século XVIII. Entretanto, já existiam resquícios do ideal de igualdade na antiguidade, mais especificamente na Grécia, embora estes ideais não fossem devidamente respeitados (PRINCÍPIO DA ISONOMIA, s.d.), conforme explicação a seguir:

Na antiguidade, o princípio da isonomia foi utilizado na Grécia antiga, porém ele, em seu sentido real, era pouco praticado. Em Atenas, por exemplo, apenas podiam exercer a cidadania, os cidadãos livres, acima de 20 anos, portanto, o princípio não era válido para estrangeiros, escravos e mulheres. Começou a ser conceituado por Aristóteles e outros filósofos com suas noções de justiça. Aristóteles acreditava que a igualdade e a justiça só seriam alcançadas em sua totalidade quando os individuais iguais, fossem tratados igualmente, na medida da desigualdade de cada um. Em Roma, a desigualdade ainda prevalecia, pois os direitos eram dados de acordo com a classe social, na época era formado por patrícios e plebeus (PRINCÍPIO DA ISONOMIA, s.d., s.p.).

Em outras palavras, embora houvesse igualdade, esta não se concretizava plenamente, sendo, portanto, cada vez mais aprimorada a ideia de igualdade, surgindo ineditamente o princípio da igualdade na Lei das XII Tábuas ao preconizar que não seriam concedidos privilégios em leis, e, posteriormente, fora criada o Édito Caracala (212 d.C.) o qual assegurava a igualdade e a liberdade dos povos no Império Romano (PRINCÍPIO DA ISONOMIA, s.d.). É notória a questão da prevalência da desigualdade neste contexto, visto que esta apenas se exteriorizava teoricamente, a legislação servia apenas como repetidora da desigualdade social existente, na qual o poder, bem como as vantagens estavam centralizados nas mãos dos poderosos, restando aos desfavorecidos o silêncio (SANTOS, 2010). Santos (2010) ainda explica que os privilégios concedidos nesta época foram os responsáveis pela concretização definitiva das desigualdades derivadas da legislação, que invés de resolver as desigualdades primando pela igualdade, acabava por intensificá-la, chegando ao ápice na era Medieval, a saber:

E foi na idade média que a desigualdade social chegou ao clímax, pois cada vez mais a sociedade se enrijecia e adotava aquelas regras desiguais como base das suas leis. Era o tempo dos suseranos e dos vassallos onde o critério de posses de terras servia para distinguir as camadas sociais que formavam o modelo de sociedade estamental, quanto mais terras mais poder concentrado nas mãos e maior superioridade exercida em relação aos menos favorecidos (SANTOS, 2010, s.p.).

Com o declínio do feudalismo, e a conseqüente desvalorização das terras, insurge uma nova necessidade: o alcance de mudanças sociais, contudo, estas só seriam possíveis através da elevação de todos ao mesmo patamar de importância, igualando-os, surgindo um Estado novo (SANTOS, 2010). Neste

momento de clamor por transformações na sociedade, que se concebe as ideologias iluministas, salientando cada vez mais o anseio por igualdade, na medida em que filósofos defendiam “que os homens eram iguais pois faziam parte do mesmo gênero do ser humano sendo diferenciados a partir das condições físicas e psíquicas de cada indivíduo, e qualquer outro tipo de desigualdade deveria ser descartada” (SANTOS, s.p., 2010).

Desta feita, a súplica social eclodiu e resultou na Revolução Francesa, que, como cediço, representa um marco para o nascimento efetivo deste princípio, bem como a Revolução Americana de 1776 (PRINCÍPIO DA ISONOMIA, s.d.). A Revolução Francesa fora baseada no tripé: igualdade, liberdade e fraternidade, sendo a responsável pela incorporação de princípios basilares referentes ao cidadão no âmbito mundial, sendo que “[...] todos deveriam ter os mesmos direitos e deveres dentro de uma sociedade. A ideia do iluminismo era transmitir para o povo uma sociedade igual, sem diferenças entre a burguesia, a nobreza, os escravos e o clero” (PRINCÍPIO DA ISONOMIA, s.d., s.p.).

A abrangência do termo “igualdade” fora posteriormente estendida para compreender classes, gêneros, entre outros, sendo que por meio das revoluções ocorridas, Revolução Francesa e Americana, e a consequente origem das Constituições dos Estados, criou-se o Estado de Direito (PRINCÍPIO DA ISONOMIA, s.d.). Partindo desta premissa, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 consolidou o princípio da Igualdade como alicerce do Estado Moderno (SANTOS, 2010), sendo que a mera previsão desta isonomia não resolvia o problema da desigualdade. Em complemento, segundo Santos:

O problema foi que apenas prever o princípio da igualdade como norma constitucional não foi o bastante para resolver todas as questões existentes na sociedade pelo fato desta ser dinâmica e estar sempre mudando. Naquele dado momento os ideais do iluminismo e do liberalismo estavam em alta, dessa forma o princípio da igualdade estava sendo visto como um preceito extremamente liberal e sem nenhuma intervenção estatal. O Estado liberal não se preocupou em efetivar a igualdade, deixou nas mãos dos aplicadores do direito, que faziam o que melhor lhe conviesse, mais não podemos esquecer que o juiz naquela época era apenas um aplicador positivista, que apenas submetia a lei ao caso sem nenhuma interpretação e avaliação hermenêutica. (SANTOS, 2010, s.p.)

Assim surgira a concepção de igualdade formal, que, consoante Cardoso (2006), é um dos dois aspectos os quais se compreende o princípio da igualdade. No entanto, num terceiro momento, surgira uma forma de Estado centrado na diminuição das desigualdades sociais, econômicas, culturais e qualquer forma de discriminações injustas, o Estado Social (SANTOS, 2010). Santos (2010, s.p.) reafirma o surgimento do Estado Social esclarecendo que “é a partir do propósito de igualar ou iguais e desigualar os desiguais que o novo modelo constitucional tenta garantir ao cidadão oportunidade de reparar injustiças, dando efetividade e dinamicidade ao princípio da igualdade”. Neste momento, surge a acepção material do princípio da igualdade (SANTOS, 2010), sendo este o outro aspecto de compreensão de já referido princípio, conforme defende Cardoso (2006).

Assim sendo, Silva (2017, s.p.) defende que a igualdade formal, ou jurídica “consiste no tratamento equânime conferido pela lei aos indivíduos, visando subordinar todos ao crivo da legislação, independentemente de raça, cor, sexo, credo ou etnia”. Contudo, o objetivo desta acepção de igualdade, segundo Cardoso (2006), seria o inibir a concessão de privilégios legais, vez que a igualdade jurídica resguarda o direito de qualquer indivíduo de acionar a Justiça uma segurança, pois o tratamento será o mesmo para ambas as partes. Todavia, a concepção meramente formal de igualdade é insuficiente, vez que ignora as peculiaridades que cada indivíduo possui e que o tornam singular, ensejando o advento do Estado social o qual reconstruiu o conceito de igualdade a partir de uma acepção material (SILVA, 2017).

A igualdade substancial, material ou real, é voltada para a equiparação de indivíduos desiguais (SILVA, 2017), sendo o meio pelo qual o Estado deve buscar cumprir com suas finalidades (CARDOSO, 2006). Santos (2010, s.p.) clarifica estabelecendo que esta interpretação de igualdade deve concretizar e complementar a formal “proporcionando aos cidadãos além da igualdade em face do Direito, também assegura a garantia que o Estado será um órgão (sic) preocupado em efetivar a isonomia proibindo aos administrados desigualações injusta“. Portanto, o Estado deve buscar instrumento que efetivem a igualdade entre os indivíduos independente de características subjetivas, já que nenhuma pessoa é igual à outra, todas devem ser tratadas igualmente respeitando-se,

entretanto, suas desigualdades (SILVA, 2017). Em síntese, Cardoso demonstra a transição da concepção formal para a material:

Vale dizer que a concepção formal de igualdade que capta o ser humano de forma abstrata e genérica, é agora contornada pela visão substancial da igualdade, onde o Direito passar a perceber e a tratar o homem em sua especificidade, como ser dotado de características singularizantes (CARDOSO, 2006, s.p.).

No tocante a previsão legal, é primordial a observação de que o art. 5^o³, *cáput* da Lei Maior traz a combinação da isonomia formal com a material, estabelecendo uma “cláusula geral” do princípio da isonomia (SILVA, 2017). Segundo Alexandre de Moraes (2002, p. 65 *apud* SILVA, 2017, s.p.), a igualdade resguardada pela Constituição Federal de 1988 atua em duas vertentes: em relação ao poder legislativo (impossibilitando a criação de leis que violem o preceito de igualdade) e o executivo (aplicação da lei de acordo com este princípio), sendo que, há ainda uma terceira vertente, na qual o princípio da igualdade serve como limitação ao próprio indivíduo (ao inibir condutas discriminatórias) (PRINCÍPIO DA ISONOMIA, s.d.).

A igualdade tanto formal, quanto material está prevista em diversos dispositivos legais constitucionais bem como infraconstitucionais (SANTOS, 2010). Por conseguinte, é possível concluir que o princípio da isonomia possui bojo duplo, no sentido formal e material, além de ser inalienável e imprescritível (SANTOS, 2010). Este deve pregar, ainda, a igualdade não apenas entre os iguais, mas também a igualdade exteriorizada por meio da desigualação dos desiguais, em prol sempre da máxima efetividade da justiça, tarefa compartilhada com o Biodireito quando da análise de cada caso concreto (SILVA; TEIXEIRA FILHO; GOMES, 2016). Ferreira (s.p., s.d.) complementa esta assertiva afirmando que “Cabe ao biodireito à tarefa de bem captar este princípio, que em nosso entendedor, deverá ser analisado em confronto com os graus de emergência, necessidade ou utilidade do caso concreto, trazido a lume”. Logo, incumbe ao

³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 22 jul. 2017. 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, nos termos seguintes:

biodireito a difícil tarefa de implantar ambas as acepções do princípio da igualdade no âmbito da legislação que resguarda os direitos das pessoas em prol de avanços científicos biotecnológicos.

2.2.2 Princípio da Inviolabilidade da vida

No ordenamento jurídico pátrio a inviolabilidade do direito a vida é assegurado constitucionalmente servindo como alicerce de qualquer outro direito, cabendo ao Estado resguardar a vida humana, “desde a vida intraútero até a morte” (ÁVILA, 2012, p. 532-533). A definição de vida tem sido objeto de discussão por muitos anos, podendo ser, contudo, conceituada por Marcel Tenorio de Brito Cano (2010) como o elemento precursor e imprescindível a existência de tudo no universo racional. Assim sendo, inúmeros filósofos intentaram responder a complexa questão: O que é vida?, como, por exemplo, Hipócrates defendia a ideia de que a vida se iniciava com a concepção, Platão que esta se iniciava com o nascimento, por ser este o exato momento em que corpo e alma se juntam.

Já Aristóteles criou a “teoria da animação imediata” a qual explica que a vida do feto se inicia algumas semanas após a concepção, quando este começar a se mover no útero materno (SAMPAIO, 2009). O direito a vida é, segundo Tavares (2011, p. 576), “o mais básico de todos os direitos, no sentido de que surge como verdadeiro pré-requisito da existência dos demais direitos consagrados constitucionalmente. É, por isto, o direito humano mais sagrado”. Neste sentido, Cano explana que:

Ulpiano estabeleceu sua máxima “ubi homo, ibi societas, ubi societas, ibi jus; ergo, ubi homo, ibi jus”, a qual disciplina que: “onde estiver o Homem, aí estará a sociedade; onde estiver a sociedade, aí estará o Direito; logo, onde estiver o Homem, aí estará o Direito”. Em uma perspectiva reversa se deduz que, não há Direito sem a prévia existência de vida humana, o que denota o caráter subsidiário do Direito quanto à própria existência da humanidade (CANO, 2010, s.p.).

A problemática acerca da conceituação do termo “vida” se estende pelo mundo, fazendo com que diferentes definições surjam, como a definição de Kirsten Rabe Smolensky (2006, p.51), “[...] every time something-a fertilized

human egg, an embryo, a fetus, or a newborn-is defined as a person, that person has also been defined as living⁴ [...]”, bem como a de E. Quisbert (2012, s.p.), “En la materia de Derecho normalmente la vida es el espacio de tiempo que corre desde el nacimiento con vida hasta la muerte debidamente verificada y probada”⁵. Todavía, para que se entenda a plena relevância do princípio da inviolabilidade da vida, bem como sua possível relativização, é necessário tratar de sua evolução histórica ao longo do tempo.

Uma das primeiras narrativas da regulamentação do direito a vida foi concebida no Código de Hámurabi, o qual consagrou inúmeros direitos aplicáveis a todos, como a vida, a honra, a família, a propriedade, conforme leciona Cano (2010). Posteriormente, a Carta Magna *Libertatum*, assinada pelo Rei inglês João sem-terra em 1215 d.C., elevou o direito a vida como direito fundamental, consagrando-o como cláusula pétrea, concedida ao ‘homem livre’ (CANO, 2010). A Magna Carta fora assinada devido às pressões dos barões e da Igreja, que insistia que o Rei se submetesse ao Papa, reconhecendo diversas prerrogativas, tais como: “a liberdade eclesial, a não existência de impostos, sem anuências dos contribuintes, a propriedade privada, a liberdade de ir e vir e a desvinculação da lei e da jurisdição da pessoa do monarca” (COMPARATO, 2003, p. 79 e 80 *apud* SIQUEIRA; PICCIRILLO, 2009, s.p.).

Este período caracterizou a natureza do direito a vida como libertadora, não garantidora, pois representou o berço do direito a vida ao separar o Estado do direito a vida em si, retirando a possibilidade de o Monarca intervir diretamente na vida dos súditos (CANO, 2010), sendo importante marco na história do direito a vida referente a primeira dimensão dos direitos humanos.

Já na segunda dimensão destes direitos, se consagrou o ideal de igualdade, o que ensejou na abrangência do direito a vida, que, neste momento, fora estendido a todos, sem distinção, cabendo ao Estado sua devida proteção (CANO, 2010). Nesta mesma época, cuida salientar que eclodiram movimentos constitucionalizantes, os quais fizeram com que o direito a vida ganhasse maior

⁴ Tradução: [...] toda vez que algo - um óvulo humano fertilizado, um embrião, um feto ou um recém-nascido - é definido como pessoa, essa pessoa também tem sido definida como viva.

⁵ Tradução: Em matéria de Direito, normalmente a vida é o espaço de tempo que suporta desde o nascimento até a morte devidamente verificada e provada.

rigor por constar em quase todas as Constituições que se sucederam, expressamente ou não (CANO, 2010).

Já no século XX, alcança-se a fase de desenvolvimento do direito a vida que Cano (2010) caracteriza como “um dos momentos mais tristes da história da humanidade. O momento em que ocorrem as Duas Grandes Guerras Mundiais. Ao lado destas manchas escarlates de sangue, adveio também a puberdade do direito à vida, iniciando assim, a sua adolescência”. Mediante toda a barbárie humana realizada pelo próprio homem, insurge o ideal de fraternidade, caracterizador da terceira dimensão dos direitos humanos, que acaba por instituir direitos a todos os homens, por serem considerados direitos inerentes a condição humana (CANO, 2010). Este momento histórico é primordial, conforme, em seu magistério, exprime Cano:

Importante observar que foi justamente naquele momento, que se incorporou de maneira definitiva à vida, um novo valor de irrefutável relevância. Valor este incumbido de assessorar a vida humana visando garantir que a sua existência seja o mais plena possível. Trata-se da Dignidade da Pessoa Humana, a menina dos olhos do hodierno operador de Direito. (CANO, 2010, s.p.)

Por conseguinte, é claro o efeito intensificador da dignidade da pessoa humana relacionada à definição legal de vida, reforçando sua inviolabilidade (CANO, 2010). Por derradeiro, atualmente, vivenciamos o que a doutrina denomina a quarta dimensão dos direitos humanos, embora não há ainda pacificação acerca disso, na qual o direito a vida possui relação intrínseca com a geração da vida e os métodos científicos relacionados à esta e à reprodução (CANO, 2010).

André Ramos Tavares (2011, p. 575) classifica o direito a vida, estabelecendo que “o conteúdo do direito à vida assume duas vertentes. Traduz-se, em primeiro lugar, no direito de permanecer existente, e, em segundo lugar, no direito a um adequado nível de vida“. Logo, o direito a vida não se esgota no simples “viver”, mas também na questão da qualidade do “viver, ou seja, não basta estar vivo para que se exerça o direito a vida, mas que a vida seja digna, que o Estado proporcione ao indivíduo uma gama mínima essencial de direitos, garantias e instrumentos que ampare o indivíduo, salientando-se a importância da

harmonização do princípio da inviolabilidade da vida com o princípio da dignidade da pessoa humana (TAVARES, 2011). Atualmente, o princípio da inviolabilidade da vida está expresso no *caput* do artigo 5^o da Carta Magna de 1988, bem como em legislações infraconstitucionais, por exemplo, no art. 7^o da Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

No entanto, como nada no Direito é absoluto, o direito à vida apesar de ser o principal entre todos os direitos, vez que os outros decorrem dele, pode sofrer restrições (KRIEGER, 2013). Estas restrições podem se dar mediante dois cenários: quando houver conflito do direito a vida de um indivíduo em relação ao direito a vida de outrem, e quando o direito a vida de uma pessoa embater com a dignidade da pessoa humana de outra (CANO, 2010). Desta senda, Cano (2010, s.p.) elucida que quando a vida de uma pessoa conflite com o direito a vida de outra, uma destas deverá ser violada para que se proteja a outra, em que “cabe ao Direito, enquanto elemento apaziguante de determinada sociedade, a tarefa de expor qual dessas vidas deverá ser verdadeiramente inviolável, e qual terá sua inviolabilidade relativizada”.

O estado de necessidade, previsto no artigo 24, *caput*, do Código Penal Brasileiro; o aborto necessário, bem como o de gravidez resultante de estupro, ambos instituído no artigo 128, incisos I e II, respectivamente, do supracitado Diploma Legal; a legítima defesa, expressa no art. 25 do Código Penal; a pena de morte, prevista constitucionalmente no art. 5^o, inciso XLVII; servem como exemplo da relativização da primazia da vida (CANO, 2010). Isto posto, consoante Ferreira (s.d.), a vida deverá ser protegida pelo Biodireito frente aos avanços tecnocientíficos que envolvam, de alguma forma, seres humanos, na qual a observação conjunta do princípio da inviolabilidade da vida com a tríade bioética se faz imprescindível para a devida análise de cada caso concreto submetido ao crivo do Biodireito.

⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 22 jul. 2017. Art. 5^o 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, nos termos seguintes

⁷ *Idem*. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 22 jul. 2017. Art. 7^o A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

2.2.3 Do Princípio da Informação

A Constituição da República de 1988 instituiu em seu artigo 5º, inciso XXXIII o direito a informação, elevando-o a máxima de direito fundamental (OLIVEIRA, 2013). Todavia, segundo Guerra e Amaral (s.d., s. p.), “o direito de informação é multifacetário e envolve algumas vertentes, sendo uma garantia constitucional de todo ser humano e não apenas para os profissionais jornalistas. O referido dispositivo assegura o direito de auferir, transmitir e buscar informações”. Por conseguinte, em conformidade com a Agência de Notícias dos Direitos da Infância:

A importância do direito à informação na vida de qualquer indivíduo pode ser percebida ao constatar que se trata de um direito reconhecido e consagrado por diversos instrumentos internacionais de direitos humanos: “o artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o artigo 19 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o artigo 13 da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, o artigo 9 da Carta Africana sobre os Direitos Humanos e dos Povos e o artigo 10 da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos” (AGÊNCIA DE NOTÍCIA DOS DIREITOS DA INFÂNCIA, 2009, p. 11 *apud* OLIVEIRA, 2013, s.p.).

Desta feita, o direito de informação não se limita apenas a acessar informações, mas sim um direito mais complexo que possui três desdobramentos. Partindo desta premissa, Guerra e Amaral (s.d.) dividem o direito de informação em três subcategorias, as quais são: o direito de informar; o direito de acesso à informação, bem como o direito de ser informado.

O direito de informar trata da veiculação de informações, possibilitando as pessoas se expressarem e informarem fatos e eventos, porém, tal direito possui aspecto positivo, sendo o direito as comunicações em massa, e o aspecto negativo, proibição de censura e bloqueio intensificando o disposto no artigo 220 da Lei Maior (GUERRA; AMARAL, s.d.). Neste sentido, Roberto Zaccaria (s.d., p. 64-65 *apud* GUERRA; AMARAL, s.d., s.p.) preceitua que este nada mais é que “um direito que todos possuem, mas, para esse estudo, já se estabeleceram parâmetros definidos, atinentes aos órgãos de comunicação, porquanto, a abordagem diz respeito à informação televisiva”.

O art. 5º, inciso XXXIII, da Carta Política garante, consoante Medeiros e Wacheleski (s.d., s.p.), “a todos o direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral, ressalvadas a garantia de sigilo daquelas que sejam imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado”. Contudo, este dispositivo deve ser analisado conjuntamente com o art. 37, *caput* da Lei Máxima, o qual versa sobre a obrigação de respeito do princípio da publicidade pela Administração Pública (GUERRA; AMARAL, s.d.). Logo, este dispositivo constitucional abarca o direito de ser informado, que mantém relação intrínseca com a liberdade das informações, conforme explana Hogemann:

A liberdade de informação, deste modo, se fundamenta nos princípios da publicidade e na eficácia da moralidade pública, que obrigam que os Poderes Públicos comuniquem, isto é, que publicizem as suas ações a fim de que a sociedade se inteire do funcionamento e gestão estatal. Daí se dizer que a notícia é de interesse público sempre que o assunto tenha repercussão na vida da coletividade, por isso, perdendo sua razão de ser quando exercitada em relação às condutas privadas carentes desse interesse, e cuja difusão e juízos públicos são desnecessários para a formação da opinião pública. (HOGEMANN, s.d., s.p.)

Este direito se baseia na ciência do indivíduo de informações de modo absoluto e invariável por intermédio dos meios de comunicação (GUERRA; AMARAL, s.d.). Hogemann (s.d.) defende que o direito de ser informado “é a versão positiva do direito de se informar, consistindo no direito a ser mantido informado”. Desta feita, consoante Guerra e Amaral (s.d., s.p.), ao se realizar a análise conjunta do art. 5º, inciso XXXIII e art. 37, *caput*, ambos da Constituição Federal, “nota-se que a ‘Carta Maior’ confere ao Poder Público a obrigação de informar a todo indivíduo no que tange seu exercício, devendo atingir os particulares, quando estes forem servidores públicos”.

Guimarães (2002, s. p.) proclama que este direito é resultante do dever de informar de alguém, sendo que fica a encargo da Carta Política tratar do dever de informar dos órgãos públicos e, em relação “ao dever de informar das pessoas em geral e das pessoas jurídicas com natureza jurídica privada, é o Código de Defesa do Consumidor - CDC (Lei no. 8.078/90) que estabelece tal obrigatoriedade ao fornecedor”. Percebe-se, então, que a Carta Constitucional estabelece o acesso à

informação como regra geral, tendo o sigilo caráter excepcional (MEDEIROS; WACHELESKI, s.d.). Quanto às restrições relativos a este direito, Medeiros e Wacheleski lecionam que:

[...] enquanto uma teoria afirma que não existem restrições definidas pelo texto constitucional, uma vez que essas são as próprias delimitações do direito previsto, outra identifica claramente a distinção entre direitos e restrições no texto normativo-constitucional. Importante desse desenho constitucional é que qualquer restrição ou limitação aos direitos fundamentais deve ter autorização expressa na própria Constituição Federal. A autorização pode atribuir ao legislador ordinário a competência para definir os limites do direito fundamental ou colocar em seu próprio texto a restrição pretendida (MEDEIROS; WACHELESKI, s.d., s.p.).

Assim sendo, as pessoas tem direito de obter informações tanto públicas, quanto pessoais, especialmente públicas, vez que o direito de acesso a informação se harmoniza com o princípio da publicidade dos atos administrativos excetuando-se apenas nos casos de sigilo para proteção da segurança do Estado e da sociedade (GUERRA; AMARAL, s.d.). Dessarte, coube ao legislador infraconstitucional regular o acesso à informação assegurado pela Constituição, motivo o qual esse redigiu a Lei nº 12.527 de 18 de Novembro de 2011 – Lei do Acesso à Informação, que é responsável por regular os direitos constitucionalmente previstos, dispostos nos artigos 5º, inciso XXXIII; art. 37, §2º, inciso II e no art. 226, parágrafo segundo (BRASIL, 2011). Então, como cediço, o direito a ser informado é direito de caráter bilateral, vez que é resultante do direito de informar de outrem, não sendo, conseqüentemente, considerado direito incondicional.

Quanto ao direito de acesso à informação, também denominado direito de se informar (GUIMARÃES, 2002, s.p.), está previsto no art. 5º, inciso XIV da Constituição Federal. Guerra e Amaral (s.d., s.p.) explicam que o direito ao acesso à informação é constitucional, inerente a todo indivíduo, baseado na não obstrução do direito de perceber informações “de caráter público e pessoal, especialmente no que tange a coisa pública, considerando a prevalência do princípio da publicidade dos atos administrativos, ressaltando, inclusive, o sigilo

de fonte quando este for indispensável para o exercício profissional”. Guimarães caracteriza o direito de se informar como:

Uma vez exercido o direito de informar, a informação torna-se pública, daí decorrendo o direito de todos receberem-na e exigirem-na. Todavia, o acesso à informação não é absoluto, encontrando limites no próprio inciso XIV, 2ª parte ("resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional") e no inciso X retrocitado. Quando se trata de informação relativa à própria pessoa, a Constituição garante-lhe o habeas data (art. 5º, LXXII) na hipótese de direito líquido e certo de conhecer e/ou retificar a informação existente em registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público (GUIMARÃES, 2002, s.p.)

Destarte, Guerra e Amaral (s.d., s.p.) explicam que este direito se trata de “uma possibilidade assegurada constitucionalmente, na qual não só do profissional, no exercício de suas funções, como também de todo sujeito que pretenda obter as informações que deseje, sem qualquer obstáculo, até mesmo do Poder Público”. Garcia (2007, s.p.) ainda preclui que, apesar deste estar previsto no art. 5º, inciso XIV da CF, “todavia o acesso à informação não é absoluto, limitado no próprio inciso do citado artigo, 2ª parte: ‘resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional’; artigo 5º, X e LXXII”. Neste sentido, Guimarães estabelece que:

A força desse direito de informação, especialmente o de se informar e ser informado, transpassa o topo da escala hierárquica das normas para corresponder à espinha dorsal de todo o sistema protetivo disposto no CDC, o que é comprovado pela simples constatação de que o substantivo "informação" ou o verbo "informar" são citados 28 vezes no corpo dos 119 artigos desse sistema. A informação é princípio (art. 4º, IV); é direito básico do consumidor (arts. 6º, III, e 43); é dever do fornecedor (arts. 8º, parágrafo único, 31 e 52); é dever do Estado e seus órgãos (arts. 10, § 3º, 55, §§ 1º e 4º, 106, IV); responsabiliza (arts. 12 e 14); obriga (art. 30); é proibida se ilícita (art. 37, §§ 1º a 3º); inverte o ônus da prova (art. 38); tipifica crime se omitida (arts. 66, 72 e 73). Tal relevância se justifica uma vez que todo produto ou serviço deve ser amplamente caracterizado a fim de que o consumidor forme adequado discernimento, podendo exercer o seu direito de escolha. Essa imposição legal garante maior segurança ao consumidor, evitando a incorreta utilização do produto ou eventuais danos. (GUIMARÃES, 2002, s.p.)

Desta senda, no âmbito do CDC (Código de Defesa do Consumidor), o dever de informar e o direito a informação (art. 5º, XIV da CF) são correlatos, sendo que aquele “é tido como decorrente do princípio da boa fé objetiva, ‘significante da representação que um comportamento provoca no outro, de conduta matizada na lealdade, na correção, na probidade, na confiança, na ausência de intenção lesiva ou prejudicial’”, conforme expõe Paulo Luiz Neto Lôbo (2001, p. 66 *apud* SOTTO, 2003, s.p.). Partindo desta premissa, o Código de Ética Médica instituiu em seu art. 34 o dever de informar do médico⁸, devido ao respeito a autonomia da pessoa, conforme explica Renê de Castro Silva e Jorge dos Santos Júnior:

O Código de Ética Médica (CEM), vigente desde 13 de abril 2013, trouxe nítida preocupação com a autonomia do paciente, exigindo do profissional médico, evidentemente, o fornecimento das informações relevantes e indispensáveis sobre a enfermidade e os efeitos do respectivo tratamento. Cabe ao médico, na realidade, esclarecer ao seu paciente sobre a doença que o acomete, prescrições a seguir, riscos possíveis e sua natureza, magnitude e probabilidade, tendo como base dados estatísticos. Todavia, se, por algum motivo, não for possível ou, ainda, não seja viável a comunicação com o paciente, incumbe ao profissional médico repassar as respectivas informações ao seu representante legal. Haverá, também, de aconselhá-lo, informando dos riscos e prescrevendo o comportamento que o enfermo deverá adotar (SANTOS JÚNIOR, 2015, s.p.).

O dever de informar do médico, bem como o direito de se informar do paciente, deverá ser regido pela égide do Código de Defesa do Consumidor, visto que a relação médico-paciente é consumerista, na qual o paciente é o consumidor (destinatário final do serviço – art. 2º do CDC) e o profissional médico é o fornecedor (art. 3º do CDC), segundo Silva e Santos Júnior (2015). Todavia, o direito à informação na ceara médica se concretiza mediante o consentimento do paciente, portanto, Sotto esclarece que:

⁸ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009.** Aprova o Código de Ética Médica. Brasília: CFM, 2010. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>. Acesso em 14 out. 2017. Art. 34: É vedado ao médico deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.

Assim, o dever de informar do médico decorre do direito à autonomia do paciente. E como bem aponta CHRISTOPH FABIAN, ao dever de informar corresponde a necessidade do médico obter o **consentimento** do paciente para todo e qualquer procedimento médico – consentimento este que pressupõe o **conhecimento** real ou efetivo do paciente, sob pena de ineficácia. O dito **consentimento esclarecido** é, portanto, manifestação da essência do princípio da autonomia. (FABIAN, 2002, s.p. *apud* SOTTO, 2003, s.p.)

Infere-se da citação acima que, o princípio bioético do consentimento informado atua como complemento do princípio da informação, vez que o paciente só consentirá ou não com um procedimento médico-científico, ou adoção de um determinado tratamento, após a obtenção das informações necessárias e suficientes para sua tomada de decisão (FERREIRA, s.d.). Por fim, Torres (2014, s.p.) ainda exprime que “o princípio da informação prévia permite que todos os consumidores recebam informações claras e precisas, pois trata-se de um direito fundamental do cidadão”. Por derradeiro, é evidente que o direito ao acesso à informações é inalienável, imprescritível, entre outras características pertinentes aos direitos fundamentais (GUERRA; AMARAL, s.d.), sendo essencial na proteção da dignidade da pessoa humana, principalmente no âmbito do Biodireito, quando frente a ameaça do pseudo benefício de determinada intervenção médica-científica.

2.2.4 Princípio da Proteção à Saúde

O direito constitucional à proteção da saúde devidamente positivado na Constituição Federal da República, em seu artigo 6º⁹, é uma das inovações trazidas pela Carta Magna de 1988, visto que anteriormente este era regulado por leis esparsas, logo, sua tutela constitucional era indireta (SARLET; FIGUEIREDO, 2008). Sarlet e Figueiredo (2008) explanam que a relevância do enquadramento do direito a proteção da saúde como direito fundamental social, por sua concepção ampla, acaba por servir como exórdio ao Direito Internacional cujas

⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 22 jul. 2017. 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 maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição;

normas se relacionam com o ordenamento jurídico brasileiro. Como cediço, é notório a importância de determinado direito, vez que este se exprime, também, como relacionado do direito à vida, sendo que a Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS) de 1946 define saúde como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade” (CONSTITUIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE, 1946, s.p.). Neste sentido, Henrique Hoffmann Monteiro Castro defende a seguinte concepção de saúde:

Corresponde a um conjunto de preceitos higiênicos referentes aos cuidados em relação às funções orgânicas e à prevenção das doenças. "Em outras palavras, saúde significa estado normal e funcionamento correto de todos os órgãos do corpo humano", sendo os medicamentos os responsáveis pelo restabelecimento das funções de um organismo eventualmente debilitado (CASTRO, 2005, s.p. *apud* PRETEL, 2010, s.p.).

Em contrapartida, Moacir Scliar (SCILAR, 2007, s. p. *apud* SANTOS, 2011, s.p.) constata que a saúde funciona como um reflexo das articulações sociais, políticas e culturais, por conseguinte, a saúde pode não representar o mesmo para todos os indivíduos, vez que diverge em consonância com fatores como: a época, lugar, classe social, concepções filosóficas, religiosas, científicas e valores individuais. Supracitado autor (SCILAR, 2007, s. p. *apud* SANTOS, 2011, s.p.) ainda explana que os mesmos parâmetros servem para doença, vez que sua concepção varia muito, estendendo-se a simples aceção de “ausência de saúde”. Desta feita, a Lei Maior define com exatidão o direito à proteção da saúde no seu art. 196¹⁰, sendo que Maya sintetiza que o direito à proteção da saúde é:

[...] direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou por meio de

¹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 22 jul. 2017. Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação;

terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (MAYA, 2011, s.p.)

Logo, observa-se que este direito é bastante amplo, não havendo qualquer forma de diferenciação constitucional, resultando no acesso universal e igualitário às ações de promoção, recuperação ou proteção da saúde, nas esferas individual e coletiva (PRETEL, 2010), seguindo-se as coordenadas da Organização Mundial da Saúde. Logo, consoante Santos (2013, s.p.), “em uma sequência lógica o artigo 197 dita ser a saúde serviço de relevância pública“. Portanto, Sarlet e Figueiredo esclarecem que:

De qualquer modo, e na esteira do que já foi dito anteriormente, a Constituição de 1988 alinhou-se à concepção mais abrangente do direito à saúde, conforme propugna a OMS, que ademais de uma noção eminentemente curativa, compreende as dimensões preventiva e promocional na tutela jusfundamental. Nessa direção, parece mais apropriado falar-se não simplesmente em direito à saúde, mas no direito à proteção e à promoção da saúde²¹, inclusive como “imagem-horizonte”²² a ser perseguida. Seguindo as diretrizes do texto do artigo 196 da CF, tem-se a “recuperação” como referência à concepção de “saúde curativa”, ou seja, à garantia de acesso, pelos indivíduos, aos meios que lhes possam trazer a cura da doença, ou pelo menos uma sensível melhora na qualidade de vida (o que, de modo geral, ocorre nas hipóteses de tratamentos contínuos). Já as expressões “redução do risco de doença” e “proteção” reportam-se à noção de “saúde preventiva”, pela realização das ações e políticas de saúde que tenham por escopo evitar o surgimento da doença ou do dano à saúde (individual ou pública), ensejando a imposição de deveres específicos de proteção, decorrentes, entre outros, da vigência dos princípios da precaução e prevenção. O termo “promoção”, enfim, atrela-se à busca da qualidade de vida, por meio de ações que objetivem melhorar as condições de vida e de saúde das pessoas²⁴ – o que demonstra a sintonia do texto constitucional com o dever de progressividade na efetivação do direito à saúde, bem assim com a garantia do “mais alto nível possível de saúde”, tal como prescrevem, respectivamente, os artigos 2º e 12 do PIDESC²⁵ (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 08).

Infere-se, portanto, que o direito à proteção da saúde caracteriza um “direito-dever, em que os deveres conexos ou correlatos têm origem, e são assim reconhecidos, a partir da conformação constitucional do próprio direito fundamental” (SARLET, 2002, p. 86 e ss. *apud* SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 06). A saúde é considerado bem jurídico indissociável do direito à vida, cabendo

ao Estado tutelá-lo, ficando a encargo deste a criação de instrumentos infraconstitucionais necessários à saúde, como, por exemplo, a Lei nº 8.080/90, que regula o Sistema Único de Saúde – SUS – bem como princípios e diretrizes relacionados a saúde (PRETEL, 2008). Então, Santos (2013, s.p.) preconiza que “verifica-se a absoluta imposição constitucional de o Estado garantir a todos o acesso a tudo que se encontra relacionado à Saúde, de modo a não poder abster-se de forma alguma a cumprir tal preceito que lhe fora constitucionalmente imposto”, ou seja, o Estado não pode escusar-se de assegurar o direito à proteção da saúde dos indivíduos vez que esta não pode se mostrar indiferente frente a problemas de saúde de sua população (PRETEL, 2010). Partindo desta premissa, Sarlet e Figueiredo ditam que:

[...] o objeto dos deveres fundamentais decorrentes do direito à saúde guarda relação com as diferentes formas pelas quais esse direito fundamental é efetivado, podendo-se desde logo identificar – sem prejuízo de outras possíveis concretizações – uma dimensão defensiva, no dever de proteção da saúde, que se revela, por exemplo, pelas normas penais de proteção à vida, à integridade física, ao meio ambiente, à saúde pública, bem como em diversas normas administrativas no campo da vigilância sanitária, que regulam desde a produção e a comercialização de diversos tipos de insumos e produtos até o controle sanitário de fronteiras; e uma dimensão prestacional lato sensu, no dever de promoção à saúde, concretizada pelas normas e políticas públicas de regulamentação e organização do SUS, especialmente no que concerne ao acesso ao sistema, à participação da sociedade na tomada de decisões e no controle das ações de saúde e ao incentivo à adesão aos programas de saúde pública (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 06).

Por conseguinte, o dever de proteção da saúde, por ser dever fundamental, é divergente das limitações do direito fundamental, podendo justificá-los, em casos específicos (SARLET; FIGUEIREDO, 2008). Em suma, Ingo W. Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo, resumem a relação dos deveres fundamentais com o direito fundamental à proteção da saúde de forma, brevemente, a saber:

[...] pode-se observar que os deveres fundamentais relacionados ao direito à saúde, a depender do seu objeto, podem impor obrigações de caráter originário, como no caso das políticas de implementação do SUS, da aplicação mínima dos recursos em saúde e do dever geral de respeito à saúde, ou obrigações de tipo derivado, sempre que dependentes da superveniência de

legislação infraconstitucional reguladora, cuja hipótese mais eloqüente talvez se encontre na obediência às mais variadas normas em matéria sanitária (nos campos penal, administrativo, ambiental, urbanístico, etc.). Ademais, se os exemplos demonstram que o principal destinatário dos deveres fundamentais é certamente o Estado, fato reiterado pelas expressões usadas no texto constitucional, isso não afasta uma eficácia no âmbito privado, sobretudo em termos de obrigações derivadas. Neste sentido, aliás, cumpre destacar que a noção de deveres fundamentais conecta-se ao princípio da solidariedade, no sentido de que toda a sociedade é também responsável pela efetivação e proteção do direito à saúde de todos e de cada um [...] (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 07).

Desta feita, por derradeiro, incumbe ao Biodireito orientar as pesquisas, procedimentos e tecnologias científicas que finalizem beneficiar as pessoas, por meio de melhoria na qualidade de vida, preservando-a (FERREIRA *et all*, 2001). Portanto, a proteção à saúde deve ser norma norteadora do Biodireito, vez que os avanços Biotecnocientíficos submetidos à sua apreciação devem se dar sempre em prol da sociedade, ou seja, a favor da manutenção da vida bem como a melhoria da qualidade desta, inibindo-se o estado de contrário a saúde. Os princípios constitucionais aqui abordados são considerados os mínimos orientadores do Biodireito, embora outros sejam aplicados, vez que o Biodireito, como qualquer ramo do Direito, está sujeito à Constituição Federal e aos seus preceitos, consagrando-se a Constitucionalização do Biodireito.

3 LEI Nº 9.434/97 E SEU EXAME À LUZ DOS PRECEITOS BIOÉTICOS E DO BIODIREITO

Durante toda a história o homem se preocupou com a saúde e com a busca de tratamentos que curem doenças, a fim de se prolongar a vida, principalmente quando se trata de enfermidades que atacam os órgãos vitais (DANTAS *et all.*, s.d.). Desta forma, surge então a possibilidade de substituição de órgãos e tecidos humanos que estão em mau funcionamento por outro em bom estado para que exerçam a mesma função daqueles. Trata-se, em tal senda, não apenas preservar a saúde desta pessoa, mas também buscar a sobrevivência (ARAÚJO, 2006).

Por conseguinte, quando se aborda o assunto transplante, faz-se imprescindível a diferenciação conceitual entre órgão e tecido, vez que ambos são objetos deste. Logo, segundo Antônio Carlos Barroso (2011), tecido se define como o grupo de células com diferentes formas e funções que se organizam de forma que exerçam juntas, de maneira integrada, determinada função, existindo apenas 4 tipos de tecidos humanos: epitelial, conjuntivo, muscular e nervoso. Barroso (2011, s.p.), ainda, afirma que “os tecidos também se agrupam em nosso organismo. **Um agrupamento de tecidos que interagem forma um órgão**” (grifo nosso). Em outras palavras, órgão pode ser definido como o conjunto de tecidos que estão em interação. Araújo (2006) complementa a definição supracitada enfatizando que, segundo a opinião de alguns autores, os órgãos gozam de autonomia e são capazes de exercer uma ou mais funções específicas.

Partindo dessa premissa, Rezende e Aguiar (2012, p. 05) inferem que “o transplante é a amputação ou ablação de órgão, com função própria, de um organismo para ser instalado em outro, no qual atenderá às mesmas funções”. Ainda nesta linha de visada, Kliemann e Catiari (s.d.) conceituam transplante como a retirada de órgãos e/ou tecidos de um corpo para posterior inserção em outro a fim de se curar determinada doença ou deficiência. Desta feita, Silveira complementa estas acepções, defendendo a concepção de transplante como:

[...] a substituição cirúrgica de órgãos insuficientes e definitivamente lesados por outros, anatômica e funcionalmente

íntegros, aliada aos avanços da imunossupressão, transformou-se de experimento em opção terapêutica, capaz de prolongar a vida de pacientes, de outra forma terminais (SILVEIRA *et all.*, 2009, p. 61).

Todavia, insta salientar que a literatura médica classifica o transplante mediante 4 espécies levando em consideração as características de seu receptor e/ou doador, as quais são: autotransplante, xenotransplante, isotransplante e alotransplante. Neste diapasão, no tocante ao autotransplante, como exprime a própria denominação, se caracteriza quando do transplante no qual o órgão ou tecido a ser transplantado é retirado de um determinado indivíduo e implantado neste mesmo indivíduo, ou seja, neste caso os indivíduos (receptor e doador) são os mesmos (ARAUJO, 2006). Santin (2015, p. 20) leciona, oportunamente, sobre esta espécie definindo-a como uma técnica médica onde “o paciente utiliza-se de certa parte de órgão ou tecido do seu próprio corpo para a realização de implante em outra, sendo este, doador e receptor”. Rezende e Aguiar sintetizam o autotransplante como:

Segundo o dicionário médico, o auto-transplante (*sic*) é um procedimento médico que implica na utilização de estrutura do próprio organismo, para suprir necessidade em outro segmento anatômico. Depende apenas do consentimento do próprio indivíduo, ou, se ele for juridicamente incapaz, de um de seus pais ou responsáveis legais (REZENDE; AGUIAR, 2012, p. 09).

Quanto ao xenotransplante, ou heterotransplante (ARAUJO, 2006), este pode ser caracterizado como o ato cirúrgico no qual o órgão ou tecido é extraído de um animal e implantado no ser humano (SANTIN, 2015). Isto é, nas palavras de Eliana da Silva Araújo, este “é um modelo que difere totalmente dos demais, pois utiliza órgãos provenientes de animal, e coloca no ser humano, visando que o mesmo cumpra função idêntica, método ainda muito criticado pela medicina”.

O isotransplante, ou ainda, transplante isogênico, se refere ao transplante no qual os envolvidos, doador e receptor, possuem as mesmas características genéticas (ARAUJO, 2006). Em outras palavras, esta espécie de transplante ocorre apenas quando doador e receptor tem características genéticas idênticas, como o caso de gêmeos univitelinos (SANTIN, 2015). Há ainda a espécie de transplante denominada alotransplante a qual se opõe em relação à supracitada,

visto que neste caso o doador, podendo estar vivo ou morto, e o receptor não possuem características genéticas idênticas (SANTIN, 2015), logo, eles possuem carga hereditária distinta (ARAUJO, 2006). Mediante o exposto, é imprescindível ressaltar que esta prática médica, em qualquer das espécies explanadas acima, é utilizada apenas como última opção, conforme explica Araujo:

Cumpra esclarecer que para fazer uso de qualquer destas modalidades, é pressuposto legal que a doença seja incapacitante, progressiva, e que não exista outro método para salvar a vida do paciente e recuperar a sua saúde (ARAUJO, 2006, p. 109).

Isto posto, indubitável a essencialidade da proteção à vida, bem como a outros direitos fundamentais quando mediante as áreas da Biociência ou Biotecnologia, salientando-se a questão da doação e transplante de órgãos e/ou tecidos. Destarte, os princípios bioéticos são aplicados na área dos transplantes de órgãos e/ou tecidos (ALMEIDA, 2014.) de diversas formas, como, por exemplo, ao servir como instrumento de reflexão e discussão quanto à tomada de decisões acerca de doar ou não doar (SILVA; SPENGLER NETO, 2005). Outro exemplo, segundo Almeida, seria o explanado a seguir:

Em relação ao respeito à autonomia, beneficência e não maleficência, a prática de doação/transplante lida com questões como a morte e o prolongamento da vida, temas de fundamental importância para a humanidade. Assim, a morte é vista como parte do processo da vida e no adoecimento os tratamentos devem visar à qualidade dessa vida e o bem-estar da pessoa, mesmo quando a cura não é possível. [...] Desse modo, as situações de vida e morte envolvem vários personagens: pacientes, familiares e equipe de saúde, além da instituição hospitalar. Em uma relação simétrica, qualquer decisão envolverá todos esses personagens, arrolando-se os prós e os contras de cada uma das opções. [...] A morte sempre foi o objeto destas ações, por representar o fim da vida material, possibilitando a realização de transplantes por meio da utilização de órgãos e tecidos de doadores falecidos. Evidentemente, a morte é objeto de estudos e investigações em outras áreas do saber científico. No campo biológico, é a antítese da vida, enquanto no filosófico-dialético é a antítese do nascimento. Assim, a morte é vista como parte do processo da vida e no adoecimento os tratamentos devem visar à qualidade dessa vida e o bem-estar da pessoa, mesmo quando a cura não é possível. [...] Pensamos ser esta uma discussão ética, por tratar-se de valores, princípios e normas que servem de base ao comportamento humano. Base para uma

conduta correta e justa apoiada na responsabilidade de seus atos, como não matar. (ALMEIDA, 2014, s. p.).

Então, é notório que a Lei nº 9.434/97 - a lei que regula a doação e o transplante de órgãos e/ou tecidos - possui como parâmetros os princípios bioéticos, bem como os constitucionais. Assim, é imprescindível ressaltar que a lei “faz uma opção dentro da escala de valores bioéticos, por dar primazia a transplante de órgãos provenientes de cadáveres a órgãos de pessoas vivas” (OLIVEIRA, 2005, s.p.). Todavia, devido à exclusão da coercitividade dos princípios bioéticos, a legislação especial supracitada deve, ainda, observar o Biodireito, vez que a intervenção deste ramo do Direito nas biotecnologias é imprescindível, devido a diversidade e quantidade de valores merecedores de tutela jurídica a fim de que se protejam direitos (VICTORINO; VENTURA, 2016). Desta feita, Victorino e Ventura tecem as seguintes observações acerca do impacto do Biodireito na legislação especial de transplante de órgãos:

[...] de fato, como normatividade voltada para regular o comportamento humano de produção e aplicação do conhecimento científico implicado com a vida, o biodireito carrega um forte conteúdo ético¹⁷. Se o direito, em sua dimensão normativa, exprime algum conteúdo ético, o biodireito carrega uma carga ética indiscutível e explícita, pois normatiza a conduta humana diretamente implicada com um valor ético fundamental que é a vida, estando voltado em última instância para sua preservação e seu desenvolvimento com qualidade. Se é possível, entretanto, afirmar que no plano de sua existência, como norma, o direito sempre incorporou e incorporará calores éticos, o mesmo não se pode dizer da compreensão humana acerca do direito, ou mais precisamente, da reflexão filosófica sobre ele. Com efeito, direito e ética são instâncias que nem sempre apareceram unidas na história da filosofia jurídica moderna. (VICTORINO; VENTURA, 2016, p. 80).

Em suma, tanto a Bioética como o Biodireito devem ser aplicados conjuntamente quando da doação e transplante de órgãos e/ou tecidos em prol de uma prática mais segura (VICTORINO; VENTURA, 2016), bem como sua função como limitadores da ação biocientífica e biomédica resguardando direitos fundamentais e da personalidade, ambos essenciais e inerentes as pessoas e estipulando deveres aos agentes destas áreas e aos Estados visando melhorar a qualidade de vida das pessoas.

3.1 DIREITOS DA PERSONALIDADE

Quando se estuda os direitos da personalidade, é imperioso destacar o entendimento jurídico do termo “personalidade”, vez que este é o objeto desta gama de direitos. Portanto, num primeiro momento, deve-se salientar que a personalidade pode ser entendida como a manifestação facultativa da pessoa de ser sujeito de direitos, não sendo essa um direito, mas uma condição humana da qual deriva todos os direitos e obrigações (GOMES, 2010). Desta feita, Daniella Gomes explica que:

A personalidade é atributo que habilita a pessoa a ser titular de relações jurídicas, mas esse único enfoque torna a sua percepção incompleta. A personalidade pode ser considerada sob outro aspecto, que a tem “como conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico” (TEPEDINO, 1999, p. 27 *apud* GOMES, 2010, s.p.). E é sob esse aspecto que a personalidade mostra-se como valor, e em consequência (*sic*), como objeto de direito que deve ser tutelado. (GOMES, 2010, s.p.)

Em suma, subsistia uma aparente contradição acerca da concepção de personalidade ao se considerá-la atributo o qual confere direitos aos indivíduos e ao mesmo o objeto de proteção do Direito. Entretanto, segundo Perlingieri (2002, p. 155 *apud* GOMES, 2010, s.p.), esta contradição se dava devido ao entendimento meramente patrimonialista, entendimento este que impossibilitava que os direitos de *ser* fossem amparados, visto que o direito objetivo alcançava apenas os direitos de *ter*. Logo, a percepção de personalidade se dá na medida em que esta é qualidade da condição humana, a qual é estendida pelo Código Civil de 2002 as pessoas jurídicas, configurando a personalidade jurídica (GOMES, 2010).

Partindo desta aceção de personalidade, dar-se-á início a análise histórica evolutiva dos direitos da personalidade considerando-se seu contexto. Embora o surgimento da teoria dos direitos da personalidade seja atribuído a Otto Von Gierke, bem como sua denominação, já na Civilização Antiga havia resquícios de proteção à pessoa (NICOLODI, 2003). Todavia, Fermentão retoma o nascedouro dos direitos da personalidade atribuído a Gierke e complementa tal afirmação, explanando que:

Historicamente, diz-se que não foram os romanos que cogitaram dos direitos da personalidade, mas sim os pandectistas alemães, através de Gierke, que denominou algumas prerrogativas fundamentais da pessoa, que têm por objeto bens pessoais, de direitos de personalidade, contrariando a doutrina tradicional que atribui aos romanos a elaboração da teoria jurídica da personalidade (FERMENTÃO, 2006, p. 247-248).

No entanto, Siqueira (2010) esclarece o precedente histórico dos direitos da personalidade voltando-se até a Antiguidade Clássica, enfatizando a “tortuosidade” da caminha evolucionária destes em relação a valoração do *ter*, consolidando o seguinte parecer: “restam claros os porquês de a doutrina sobre a personalidade ser caracterizada por idas e vindas. Valorizar o *ser* em um mundo cujas marcas essenciais são *status* e patrimônio não poderia mesmo ser pacífico” (SIQUEIRA, 2010, s.p.). Supracitado autor defende a ideologia de que o ponto de partida para o estudo da evolução histórica dos direitos da personalidade deve se iniciar na História Antiga, contudo, não deve ser relacionado a Grécia Antiga, visto que tais direitos são essencialmente subjetivos e na Grécia Antiga pouco se concretiza a subjetividade.

Contanto, com o nascer da filosofia, a partir da necessidade de superação do místico, cumulado com o intercâmbio cultural na Grécia, se intenta almejar o racionalismo, partindo do pressuposto do homem como indivíduo, mesmo que subjugado por forças naturais (SIQUEIRA, 2010). Então, Nicolodi (2003, p. 01) sintetiza a contribuição filosófica grega na construção dos direitos da personalidade da seguinte maneira:

Não é demais relembrar, de outra parte, a marcante contribuição do pensamento filosófico grego para teoria dos direitos da personalidade, em vista do dualismo entre o direito natural (ordem superior criada pela natureza) e o positivo (leis estabelecidas pelos homens), sendo o homem a origem e razão de ser da lei e do direito. Nos dizeres Capelo de Souza, analisando a experiência grega, “o homem passou a ser tido como origem e finalidade da lei e do direito, ganhando, por isso, novo sentido os problemas da personalidade e da capacidade jurídica de todo e cada homem e dos seus inerentes direitos da personalidade” (SOUZA, 1995, p. 47 *apud* NICOLODI, 2003, p. 01).

No mundo romano, a acepção de pessoa é primária, ensejando confusão conceitual entre personalidade jurídica, capacidade jurídica e de fato, conferidas apenas a determinados indivíduos sociais (SIQUEIRA, 2010). Neste diapasão, Cleide Fermentão esmiuça a contribuição romana à evolução de personalidade bem como dos direitos desta, contextualizando, conforme lição, a saber:

Para os romanos, tinham personalidade os indivíduos que reunissem os três status: o status *libertatis* (uma das condições da cidadania, identificador da pessoa livre); o *status civitatis* (identificador da classe dos cidadãos, negado aos estrangeiros e aos escravos, e arduamente alcançado pelos plebeus); e o *status familiae* (do qual derivaria a qualidade de *pater familias*). No Direito Romano, quem não possuísse liberdade não possuía nenhum outro status [...] (FERMENTÃO, 2006, p. 248).

Por conseguinte, como se infere, em Roma era possível e legal a criação de classe de indivíduos, o que o Direito Moderno rechaça, logo, o instituto da capacidade foi extremamente relevante para esta civilização (SIQUEIRA, 2010). Autor supra ainda ressalta que: “Personalidade em Roma, como se percebe, é atributo eminentemente sectarista e determinado a partir de referências socialmente construídas” (SIQUEIRA, 2010, s.p.), destarte, Fermentão (2006) leciona que a tutela destes direitos de personalidade romanos se processava, principalmente, pela vingança, consoante Capelo de Souza proclama:

Após a instauração da República, a plebe enceta uma série de lutas contra o patriciado, retirando-se de Roma ou negando-se a prestar o serviço militar, com as quais vem a adquirir órgãos próprios (assembléias, magistrados, edis e sobretudo o tribunal) e a permitir-se reclamar uma codificação que torne o direito certo e claro, que o patriciado após várias recusas se vê forçado a aceitar. Assim surge entre 451 e 449 a.C. a Lei das XII Tábuas, que é um repositório dos costumes em vigor, mas que contém também elementos novos (de transação entre as classes em conflito) (SOUZA, s. d., p. 48 *apud* FERMENTÃO, 2006, p. 249).

No tocante ao fim da personalidade romana, este se dava com a morte, sem acatar nenhuma forma de presunção pois havia “uma noção de verdade real na aferição do fim da vida” (SIQUEIRA, 2010, s.p.). Dessarte, o Cristianismo consolida a definição de pessoa, sendo este o início da concretização dos direitos

da personalidade como os são atualmente (SIQUEIRA, 2010). Sendo assim, Cleide Fermentão complementa a contribuição do Cristianismo expondo que:

A emergência do direito canônico, formulado pela Igreja Católica, ganhou foros também de direito subsidiário privilegiado, com prioridade sobre o ordenamento romano, sempre que este conduzisse ao pecado, e isso era de extremo significado nas relações de personalidade. De forma condensada, poder-se-ia dizer que dois foram os institutos máximos legados pela Igreja Católica para a constituição do direito ocidental moderno: a dogmática e o inquérito.⁹ A Escola dos Glosadores, surgida nos séculos XI e XII, não apresenta evolução significativa da tutela de personalidade. (FERMENTÃO, 2006, p. 249)

Desta forma, supramencionado autor ainda relata que, o homem se torna liberto, pois passa a possuir direitos e a ser impassível de sujeição à condição de objeto, sendo estes os fundamentos dos Direitos da Personalidade como são concebidos (FERMENTÃO, 2006). Siqueira, oportunamente, descreve que esta conscientização de pessoa serve como **“marca indelével do cristianismo, segue um processo de secularização da crença.** [...] A secularização anotada está intimamente ligada à concepção de pessoa na Idade Média: ente moral dentro da doutrina cristã” (2010, s.p.) (grifo nosso).

Em outras palavras, fora desenvolvido pelo Cristianismo a ideia de dignidade humana, através da vinculação do homem a Deus, vínculo este superior a qualquer outro conceito de pessoa existente (NICOLODI, 2003). Assim sendo, Siqueira (2010, s.p.) cita que “o movimento de laicização, reclamado no renascimento, aponta para um homem que age e luta pelos seus direitos. Assim, é este homem quem fará brotar da pessoa natural o ente racional independente”. Nicolodi (2003), ainda, informa que, num momento posterior, as ideologias disseminadas pelo Renascimento e pelo Humanismo também atuaram como influências aos direitos da personalidade. Acerca da contribuição do Renascimento, bem como do Humanismo, Fermentão narra brevemente:

Com o Renascimento e Humanismo do século XVI, surge o lançamento de um direito geral de personalidade, não mais deixando de estar presente na reflexão jurídica da tutela da personalidade humana. O Renascimento, com idéias (*sic*) humanistas, assume a condição humana e questiona o destino do homem, como se nele coexistisse a idéia (*sic*) e a

imperiosidade da ordenação divina. Foi com o Renascimento que a afirmação da incolumidade da pessoa humana e de seus prolongamentos naturais encontrou espaço para se desenvolver por meio da doutrina do “*potestas in se ipsum ou jus in corpus*” e da conseqüente (*sic*) dogmática dos direitos naturais ou originários, também considerados essenciais e fundamentais (FERMENTÃO, 2006, p. 249-250).

Siqueira (2010) cita que a laicização do Estado é contribuição Humanista Renascentista, elevando o ser humano ao patamar de essencialidade na estruturação social, propiciando uma releitura do mundo antigo onde a liberdade religiosa se torna corpórea. Desta forma, Alessandro Marques de Siqueira (2010) alega que “Este movimento liberal estrutura as bases de uma eminente laicização, a partir da qual se separa Igreja e Estado no plano político. O período examinado é de uma reflexão política intensa”. É, neste contexto, que se originam as doutrinas contratualistas (SIQUEIRA, 2010), as quais, segundo Fábio Maria de Mattia (1977), supunham a permuta de valores entre o Estado e o indivíduo, na qual este dispunha sua liberdade para obter a proteção daquele, resultando na categoria dos direitos inatos. Portanto, Siqueira elucida que:

O Ser Humano, nesta perspectiva, é fundamento constitutivo de qualquer sociedade. Infere-se disto, então, a necessidade de se resguardar os valores correlatos à Dignidade da Pessoa Humana e aos Direitos da Personalidade. Como o Estado é fruto da vontade de pessoas, este só faz sentido quando se volta para a realização das mesmas. Do contrário, descumprido estaria o contrato social (SIQUEIRA, 2010, s.p.).

Neste cenário, o contratualismo gerou a valorização da individualidade promovendo a razão como comum a todos. Devido às inúmeras mudanças ideológicas sociais, insurge no âmbito jurídico os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos, os quais abrangem os direitos da personalidade (SIQUEIRA, 2010). O surgimento de tais direitos tão básicos e intrínsecos é de extrema relevância para a concretização dos direitos da personalidade (SIQUEIRA, 2010). Entretanto, Nicolodi (2003, p. 01) conta que “a teoria dos direitos da personalidade ganhou relevo, quando levada ao texto expresso, na Constituição alemã de 1949, na Constituição portuguesa de 2 de abril de 1976 e ainda, mais tarde, pela Constituição espanhola de 31 de outubro de 1978”.

Quanto ao Brasil, a Constituição do Império já carregava precedentes dos direitos da personalidade, sendo estes a inviolabilidade da liberdade, igualdade e o sigilo de correspondência, na medida em que a Constituição Republicana de 1891 acresceu os direitos de propriedade industrial e autoral, ampliados pelas Constituições de 1934 e 1946, excluídos do Código Civil de 1916 (NICOLODI, 2003). Fora apenas na Constituição Federal de 1988 que os direitos da personalidade foram tutelados e sancionados, visto que a dignidade da pessoa humana é elevado ao nível de fundamento da República, sendo também previstos pelo Código Civil de 2002, conforme reconta Nicolodi:

O novo Código Civil Brasileiro, por sua vez, em consonância com o já prescrito de longa data pela Lei Maior e com as novas relações sociais que reclamam a necessidade da tutela dos valores essenciais da pessoa, dedicou capítulo especial (Capítulo II, artigos do 11 ao 21) sobre os direitos da personalidade. Afora os princípios gerais mencionados nos artigos 12 e 21 - que cuidam-se "de normas que não prescrevem uma certa conduta, mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem assim como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para a aplicação das demais disposições normativas" (TEPEDINO, 2003, p. 29 *apud* NICOLODI, 2003, s.p.) - refere-se especificamente, ao direito de proteção a inviolabilidade da pessoa natural, à integridade do seu corpo, nome e imagem. (NICOLODI, 2003, p.01)

Logo, no ordenamento jurídico pátrio os direitos da personalidade são tutelados nas searas constitucional, civil e penal, incluindo legislações especiais, como, por exemplo, a Lei nº 9.434/ 97 – Lei de Transplante de órgãos e/ou tecidos (NICOLODI, 2003). Ante ao exposto, é compreensível a possibilidade de confusão dos direitos de personalidade com os direitos fundamentais ou humanos, situação a qual se deve considerar o âmbito do direito, seja ele público (Constituição Federal) ou privado (Código Civil), conforme leciona Neves, a seguir:

Acreditamos que os direitos fundamentais e da personalidade tem, efetivamente, conteúdos similares que devem convergir para afirmar e tutelar a dignidade da pessoa humana. Mas não exatamente os mesmos, como acima demonstrado, pelo que apontamos os fundamentais como aqueles reconhecidos para proteger o indivíduo contra a ação do Estado – mormente no que diz respeito às liberdades públicas – e os da personalidade como

aqueles que teriam por sujeito passivo não o Estado, mas outro particular, no âmbito das relações privadas (NEVES, 2004, p. 01).

Então, Araújo e Rodrigues (2017) conceituam os direitos da personalidade como o conjunto de direitos necessários para que a personalidade seja inserida na relação jurídica, sendo, portanto, subjetivos, bem como sendo “aqueles direitos que a pessoa tem para defender o que é seu, como: a vida, a integridade, a liberdade, a sociabilidade, a honra, a privacidade, a autoria, a imagem e outros” (ARAUJO; RODRIGUES, 2017, s.p.). Por conseguinte, tais direitos possuem três características especiais segundo o Código Civil de 2002, as quais são:

- 1) Intransmissibilidade: não podem ser transferidos a alguma outra pessoa.
- 2) Irrenunciabilidade: não podem ser renunciados, ou seja, ninguém pode dizer que não quer mais fazer uso dos seus direitos
- 3) Indisponibilidade : ninguém pode usá-los como bem entender (ARAUJO; RODRIGUES, 2017, s.p.).

Todavia, Bittar (1995, p. 11 *apud* NICOLODI, 2003, p. 02) define direitos da personalidade como "direitos inatos (originários), absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis *erga omnes*". Logo, estes possuem outras características além das três expressas no Código Civil, as quais são:

- 1) Originalidade: são inatos ao ser humano e assegurados desde a formação do nascituro.
- 2) Extrapatrimonialidade: não podem ser mensurados, atribuídos valores para o comércio jurídico, mas há a autorização de uso de determinados direitos personalíssimos para que o seu titular possa obter algum proveito econômico.
- 3) Vitalícios: são direitos que permanecem até a morte, há também os que ultrapassam a existência física da pessoa, o post mortem, o direito ao cadáver e as suas partes separadas e o ad eternum, direito moral do autor, direito à imagem, direito à honra.
- 4) Opiniabilidade: são absolutos e devem ser defendidos contra qualquer pessoa devendo ser respeitados pela coletividade e assegurados pelo Estado.
- 5) Impenhorabilidade: são direitos que não podem ser utilizados para o pagamento de obrigações.
- 6) Imprescritibilidade: ou seja, não tem “prazo de validade”. Podem e devem ser defendidos em juízo ou fora dele a qualquer tempo.

7) Absolutismo: o caráter absoluto dos direitos da personalidade é consequência de sua opinabilidade erga omnes. São tão relevantes e necessários que impõem a todos um dever de abstenção, de respeito. Sob outro ângulo, têm caráter geral.

8) Não limitação: é ilimitado o número de direitos da personalidade, malgrado o Código Civil, artigos 11 ao 21, se referindo expressamente apenas a alguns. Reputa-se tal rol meramente exemplificativo, pois não esgota o seu elenco, visto ser impossível imaginar-se um *numerus clausus* nesse campo.

9) Não sujeição a desapropriação: os direitos de personalidade não são suscetíveis de desapropriação, por serem inatos a se ligarem a pessoa humana indestacável (ARAUJO; RODRIGUES, 2017, s. p.).

Por derradeiro, insta salientar que, segundo Araújo e Rodrigues (2017), os direitos da personalidade são subdivididos em três categorias distintas, a saber: 1) Direito à integridade física – art. 13, 14 e 20 do CC/02; 2) Direito à integridade psíquica – art. 21 do CC/02; e 3) Direitos morais – art. 5º da CFR/1988. Portanto, como cediço, os direitos da personalidade também são tutelados por legislações especiais, a exemplo da Lei de Transplante de Órgãos e/ou Tecidos, a fim de que sejam resguardados direitos mínimos decorrentes da personalidade, vez que esta não é um direito em si, mas apenas um atributo que confere ao seu titular ser possuidor de direitos.

3.2 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA LEI DE DOAÇÃO DE ÓRGÃOS E/OU TECIDOS

O Direito é dinâmico, logo, deve acompanhar a evolução social, médica, científica entre outras. Desta forma, nas últimas décadas, com o surgimento e disseminação da prática do transplante, criou-se a necessidade de regulamentação jurídica deste procedimento cirúrgico a fim de que direitos como a vida, a integridade física, a dignidade e outros não fossem cerceados ou desrespeitados, sendo imprescindível a atuação da Bioética e, posteriormente, do Biodireito. Isto posto, a primeira lei especial a tratar de tal temática surgiu em 06 de novembro de 1963, Lei nº 4.280/63, a qual instituía que o transplante só poderia ocorrer se fosse de córnea (OLIVEIRA, 2005), e mediante autorização escrita do *de cuius*, a não oposição do cônjuge sobrevivente e parentes de até 2º

grau e composições religiosas ou cíveis responsáveis pela destinação dos restos mortais (GOMES, 2015).

Insta salientar que esta rudimentar legislação composta por apenas 10 artigos trouxe grandes controvérsias jurídicas, como o uso inapropriado do termo “extirpação” no *caput* de seu artigo 1º, por fazer apologia a uma prática violenta e desrespeitosa, bem como o termo “pessoa falecida”, tendo em vista que a morte extingue a personalidade civil, então não há que se falar em pessoa, mas apenas em cadáver, embora este ainda possua dignidade (ARAÚJO, 2006). Há ainda a má redação dada ao artigo 3º desta mesma lei que determina a apuração da morte como fundamental para a devida realização da “extirpação”, sem, no entanto, estabelecer nenhum critério ou parâmetro para sua verificação (ARAÚJO, 2006). Insta salientar ainda que esta lei facultava ao doador determinar quem seria o beneficiário dessa “extirpação” e posterior implantação, bem como se silenciava acerca da gratuidade da doação além de limitar a doação a apenas uma doação de órgão ou tecido por cadáver (ARAÚJO, 2006).

A *posteriori*, a Lei nº 4.280/63 foi revogada e substituída pela Lei nº 5.479/68 com 16 artigos, a qual inovou ao permitir a doação em vida de um indivíduo plenamente capaz, sendo que esta lei nunca foi devidamente regulamentada (OLIVEIRA, 2005). Segundo Eliana da Silva Araújo, esta lei visava corrigir as falhas da anterior, conforme detalha a seguir:

Os inconvenientes mais latentes da lei passada foram corrigidos pelo novo diploma, assim substituíram as frases “extirpação” por “retirada”, “pessoa falecida” por “cadáver”, conforme linhas atrás. Supriu também, a falta da observação da gratuidade, sendo este o primeiro requisito legal a ser observado. A condição de gratuidade veio expressa no seu artigo 1º: “A disposição gratuita de uma ou várias partes do corpo “post mortem” para fins terapêutico é permitida na forma dessa lei” (ARAÚJO, 2006, p. 119).

Contudo, ainda prevalecia a omissão quanto a apuração da morte por parte do doador, em contrapartida, esta era mais permissiva em relação a doadores de órgãos e/ou tecidos, pois vigorava em seu art. 3º¹¹ o “consentimento voluntário

¹¹ BRASIL. **Lei nº 5.479, de 10 de agosto de 1968**. Dispõe sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes de cadáver para finalidade terapêutica e científica, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-

expresso”, modalidade de consentimento na qual os legitimados deveriam anuir expressamente, sendo que os parentes colaterais também eram legitimados apesar de ausência de limitação por grau de parentesco (ARAUJO, 2006). No tocante aos acréscimos desta lei em relação a anterior que sejam relevantes para a temática proposta, tem-se a questão da vinculação terapêutica do transplante, visto que somente seria possível em casos extremos, sem nenhuma ou forma de tratamento, sendo que como forma de fomentar a doação e o número de transplantes, o art. 9º previa a inibição da realização da necropsia como óbice ao transplante (ARAUJO, 2006). Eliana Araújo ainda aponta que:

Destacamos, que a ementa desta lei continha uma contradição entre o seu título e o seu teor, pois a mesma fazia a seguinte referência: “(...) retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes de cadáver (...)”. No entanto, previa em seu artigo 10: “É permitido à pessoa maior e capaz dispor de órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins humanitários e terapêuticos”. Desta forma a sua ementa não exprimia o seu verdadeiro espírito, e a sua maior inovação, ou seja, a permissão de doação também por pessoas vivas, cujo alcance não havia na legislação anterior. Argumentamos, que o preceito legal que autoriza a doação *inter vivos*, na verdade, é revestido de caráter altruísta e humanitário, tornando-se suficientemente lícita a sua previsão. (ARAUJO, 2006, p. 122).

No que se refere à doação *inter vivos*, são estabelecidos alguns requisitos legais que devem ser observados, na época de vigência da lei em questão, os quais são: a maioridade e capacidade do doador, a inserção na autorização do doador o órgão ou tecido que seria objeto de doação, a duplicidade do órgão a ser doado bem como o não prejuízo a saúde do doador (ARAUJO, 2006). É notório, dessa forma, o mérito da adequada informação do médico para com o paciente, sendo “pressupostos jurídicos de licitude, o direito à informação clara, suficiente e verdadeira“ (ARAUJO, 2006, p. 124).

1969/L5479impressao.htm>. Acesso em 12 ago. 2017. Art. 3º A permissão para o aproveitamento, referida no art. 1º, efetivar-se-á mediante a satisfação de uma das seguintes condições: I - Por manifestação expressa da vontade do disponente; II - Pela manifestação da vontade, através de instrumento público, quando se tratar de disponentes relativamente incapazes e de analfabetos; III - Pela autorização escrita do cônjuge, não separado, e sucessivamente, de descendentes, ascendentes e colaterais, ou das corporações religiosas ou civis responsáveis pelo destino dos despojos; IV - Na falta de responsáveis pelo cadáver a retirada, somente poderá ser feita com a autorização do Diretor da Instituição onde ocorrer o óbito, sendo ainda necessária esta autorização nas condições dos itens anteriores.

O legislador, contudo, inseriu na Carta Política de 1988, em seu art. 199, §4º¹², as diretrizes básicas mínimas necessárias à regulamentação infraconstitucional do transplante, como também seus efeitos e reflexos, de acordo com Oliveira (2005). Então, é forçoso destacar que referido dispositivo constitucional veda expressamente toda e qualquer comercialização de órgãos e/ou tecidos, sendo que essa vedação atua como novidade constitucional, vez que a lei de transplante à época previa a doação apenas gratuita, ficando implícita sua precificação e comercialização (ARAUJO, 2006). É pertinente ressaltar, ainda, que a indisponibilidade do corpo e suas partes é relativizada na medida em que esta se torna disponível para transplantes não ofendendo, assim, a dignidade da pessoa humana (ARAUJO, 2006). Dessarte, Araújo afirma que:

O legislador constituinte proíbe a venda de partes do corpo, em harmonia com a legislação infraconstitucional. Esta vedação tem por finalidade coibir atos contrários aos bons costumes e à ordem pública, e ainda, evitar danos à vida ou à integridade física e moral das pessoas, e principalmente preservar a sua dignidade, de conformidade com a cultura fundada nos direitos da personalidade. [...] O valor do ser humano é inestimável, não podendo em hipótese alguma o seu corpo se transformar em fonte de lucro. Esta norma constitucional pode ser considerada como uma expressão do princípio da dignidade da pessoa humana, que não se coaduna com a coisificação do homem. (ARAUJO, 2006, p. 126-127).

Isto é, a Constituição Federal da República permite a doação de partes do corpo para salvar vidas daqueles que necessitam de transplantes, observando-se que o comércio destas contraria o princípio-mãe da dignidade da pessoa humana ao valor algo não passível de precificação, se tratando de bens integrantes dos direitos da personalidade, devendo ser “observado pelas legislações infraconstitucionais, pela ética médica, pelo Estado e pela humanidade em geral, pois ao contrário a dignidade do homem será vilipendiada em todas as suas dimensões” (ARAUJO, 2006, p. 128). Indubitável, conseqüentemente, a ligação entre os direitos da personalidade com o princípio maior da dignidade da pessoa

¹² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 ago. 2017. Art. 199 [omissis] §4º: A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

humana, devendo este prevalecer independentemente de colidir ou não com outros como, o princípio da autonomia do indivíduo (ARAUJO, 2006). Em suma:

Por conseguinte, o corpo humano animado ou inanimado deve ser tutelado pelo direito, por ser um bem da personalidade. Inegável a sua indisponibilidade, exceto, em casos particulares autorizados por lei. Nesse sentido, evidenciado que a lei estimula a doação de órgãos, tecidos, sangue, e leite materno, mas considera ilícita a prática remunerada desses elementos do corpo humano, e a sua não observância é passível de punição nas esferas penais e cíveis. (ARAUJO, 2006, p. 131)

Por derradeiro, a validação da doação depende de sua vinculação a fins altruísticos ou científicos, respeitando o princípio bioético da beneficência, e considerando-se que, apesar da morte extinguir a personalidade civil, a lei não coisifica o cadáver, mas opta por protegê-lo e tutelá-lo a fim de que a dignidade da pessoa humana se concretize em todos os seus ciclos (ARAUJO, 2006). Desta feita, “importante diante de tudo isto é ressaltar que a vida humana é incomensurável. Necessário preservar o caráter de doação, implicando em gratuidade, requisito que deve estar presente em todas as legislações que cuidarem do tema”, conforme assinala Araujo (2006, p. 133).

A fim de que se regulamente a disposição constitucional explana acima, criou-se a Lei nº 8.489/92 bem como o Decreto nº 879/93, revogando a lei anterior, e “determinando que se a pessoa não manifestasse em vida pela doação, poderia a família autorizar a doação de forma verbal para o médico” (OLIVEIRA, 2005, s.p.). Em síntese, esta nova legislação restringiu a doação, impondo limite, conforme observa, em seu magistério, Gomes:

[...] ela limitava a doação entre pessoas vivas, maiores e capazes civilmente, a avós, netos, filhos, irmãos e sobrinhos até segundo grau, incluindo cunhados e cônjuges. Toda e qualquer doação fora desta relação parental deveria merecer autorização judicial, além disso, essa lei não apresentava uma definição objetiva com relação à morte encefálica (GOMES, 2015, s.p.).

Esta lei manteve a gratuidade da doação, a aplicação *inter vivos*, a necessidade de capacidade e maioridade para ser doador, trouxe a possibilidade de doação para fins científicos, o que as legislações anteriores não previam,

conservou o sistema de “consentimento voluntário” adotado previamente, seja expresso ou tácito, manifestado em vida pelo próprio doador ou subentendido da não oposição da família quando não houver manifestação do *de cujus* em vida, na forma do art. 3º¹³ (ARAUJO, 2006). Como cediço, esta norma inovou o rol taxativo de pessoas autorizadas para o procedimento *inter vivos*, conforme exprime o art. 10, *in verbis*:

Art. 10. É permitida à pessoa maior e capaz dispor gratuitamente de órgãos, tecidos ou parte do próprio corpo vivo para fins humanitários e terapêuticos.

Parágrafo 1º. A permissão prevista no “caput” deste artigo limita-se à doação entre avós, netos, pais, filhos, irmãos, tios, sobrinhos, primos até segundo grau inclusive, cunhados e entre cônjuges.

Parágrafo 2º. Qualquer doação entre pessoas não relacionadas no parágrafo anterior somente poderá ser realizada após autorização judicial.

Parágrafo 3º. O disponente deverá autorizar especificamente os tecidos, órgãos ou parte do corpo objeto de retirada.

Parágrafo 4º. Só é permitida a doação referida no “caput” deste artigo quando se tratar de órgãos duplos, partes de órgãos, tecidos, vísceras ou partes do corpo que não impliquem em prejuízo ou mutilação grave para o disponente e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora.(BRASIL, 1992, s.p.)

Percebe-se que, partindo da disposição do artigo supracitado, o legislador finalizou obstruir a comercialização de órgãos e/ou tecidos, limitar possíveis abusos ao instituir a relação de parentesco, bem como enaltecer a verdadeira natureza da doação e do transplante, qual seja o “ato humanitário de amor e solidariedade” (ARAUJO, 2006). No entanto, o parágrafo 2º do artigo supra traz a possibilidade exceção à regra, incumbindo, porém, ao Judiciário analisar e decidir acerca dos casos de doação entre não parentes, e por derradeiro, esta lei enfrentou a questão da apuração da morte estabelecendo em seu artigo 12 que

¹³ BRASIL. **Lei nº 8.469, de 18 de novembro de 1992**. Dispõe sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, com fins terapêuticos e científicos e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8489-18-novembro-1992-363720-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em 12 ago. 2017. A permissão para aproveitamento, para fins determinados no artigo 1º desta lei, efetivar-se-á mediante satisfação das seguintes condições: I – por desejo expresso do disponente manifestado em vida, através de documentos pessoal ou oficial. II – na ausência do documento referido no inciso I deste artigo, a retirada de órgãos será procedida se não houver manifestação em contrário por parte do cônjuge, ascendente ou descendente.

esta se daria mediante morte encefálica devidamente comprovada, sendo que os parâmetros para decretação da morte encefálica ficaram a encargo da Medicina (ARAUJO, 2006). Consoante Araújo (2006), esta lei foi considerada um progresso em relação a suas antecessoras, sem, contudo, alcançar o almejado objetivo de crescer o número de doadores, não sendo suficiente para suprir a escassez de órgãos e tecidos.

Devido a eminência da matéria, o legislador editou a Lei nº 9.434 em 5 de fevereiro de 1997, a qual ainda está em vigor, sendo regulamentada pelo Decreto nº 2268 de 30 de julho de 1997, instituindo a doação em vida e *post mortem*, optando, todavia, baseado em valores bioéticos, por dar primazia as doações *post mortem* (OLIVEIRA, 2005). Araújo (2006, p. 139) salienta que esta lei “veio cercada de muita polêmica, e dilemas éticos e morais, gerando divergências em sua interpretação, e debates que perduram até hoje, como veremos adiante”, apesar da melhora em sua estrutura, vez que possui 6 capítulos, dentre os quais se dividem as disposições *inter vivos* e *post mortem*. Os art. 1º e 2º tratam de disposições gerais, enquanto os artigos do 3º ao 8º versam sobre as disposições *post mortem*, e do 9º ao 13º das disposições *inter vivos* (BRASIL, 1997), sendo estas as partes relevantes para o presente feito. Oliveira explana brevemente os principais pontos desta lei:

Na doação entre vivos, a pessoa juridicamente capaz poderá dispor gratuitamente, desde que não comprometa sua saúde, de tecidos, órgãos e partes do corpo vivo (órgãos duplos), para fins terapêuticos ou para transplante ao seu cônjuge ou parentes consanguíneos (*sic*) até o quarto grau. Caso não seja para parente é necessária autorização judicial, sendo esta dispensada se for doação de medula óssea. Ressalta-se que essa doação poderá ser revogada a qualquer tempo pelo doador ou por seus representantes legais, antes da sua concretização. Na doação *post mortem*, a lei trouxe como condição *sine qua nom* para a retirada dos tecidos, órgãos e partes do corpo do falecido, o diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos pela Resolução 1480 de 8/8/97 do Conselho Federal de Medicina (OLIVEIRA, 2015, s.p.).

Entretanto, o ponto de maior complexidade versa sobre o consentimento expresso na redação original do art. 4º desta lei especial, o qual, segundo Gomes

(2015, s.p.), acabou “ocasionando uma grande polêmica, porque se a pessoa não manifestasse em seus documentos que não era doador, após a morte, subentendia-se que se tratava de um doador, então órgãos e partes do corpo poderiam ser extraídos”. Ora, a lei adotou a modalidade presumida do consentimento, conforme explicações prévias, na qual se subentende um estado a partir da não-manifestação da pessoa, conflitando diretamente com preceitos constitucionais (OLIVEIRA, 2005), conforme será abordado na seção pertinente.

Esta lei trouxe diversas previsões, contudo, serão apontadas neste trabalho apenas as consideradas mais relevantes, tais quais: as equipes responsáveis pelos transplantes deveriam ser especializadas, autorizadas pelo órgão de gestão do Sistema Único de Saúde (SUS), bem como realizados apenas em estabelecimentos públicos ou privados; a realização de transplantes ou enxertos só será possível mediante todos os testes necessários a triagem para o diagnóstico; a imperiosidade da decretação de morte encefálica para realização de transplante *post mortem*; a remoção de órgãos de incapazes apenas mediante autorização dos pais ou responsáveis legais; a vedação de remoção no caso de pesos não identificados; a possibilidade do juridicamente incapaz ser doador de medula óssea mediante autorização dos pais, responsáveis legais ou judicial; a necessidade do consentimento do receptor em casos de enxerto ou transplantes, ou de seus responsáveis legais; entre outras disposições (ARAUJO, 2006). Quanto à disposição de órgãos ou tecidos em vida, Araújo explica que:

Dispõe o artigo 9º que a pessoa juridicamente capaz está autorizada a dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes. As considerações feitas nas legislações anteriores pertinentes à disposição inter vivos em todos os seus efeitos valem para a norma em estudo. Acresce que a autorização do doador na forma do parágrafo 4º deste artigo deverá ser preferencialmente por escrito e diante de testemunhas, podendo ser revogada a qualquer momento, antes de sua concretização. De conformidade com as leis anteriores, esta também previu que sempre será especificado o órgão, tecido ou parte do corpo que será objeto da retirada. Mas diferentemente das leis de 1968 e de 1992, que nada mencionavam, nesta, ao doador é facultado desistir da doação, sem qualquer penalidade. (ARAÚJO, 2006, p. 142-143).

No que lhe concerne, o Decreto nº 2.268/97, regulamentou o art. 14 da Lei nº9.434/97, preconizando, *in verbis*, “a retirada de tecidos, órgãos e partes, após

a morte, poderá ser efetuada independentemente de consentimento expresso da família, se, em vida, o falecido a isso não tiver manifestado objeção” (ARAUJO, 2006, p. 144). Merece destaque a intenção do legislador de dar prevalência a autorização para doar órgãos e/ou tecidos manifestada pelo doador em vida em detrimento das intenções familiares, conforme exemplifica o dispositivo a seguir:

Quanto à manifestação do indivíduo em ser ou não doar (sic), a Lei em estudo, facultava também, conforme parágrafo quarto do artigo 4º, que poderia o doador a qualquer tempo reformular a sua opção. Ocasão em que seria registrada no seu novo documento, a sua nova declaração de vontade. Esta Lei, ainda, previu no parágrafo quinto, que em caso do falecido possuir dois ou mais documentos legalmente válidos, mas com opções diferentes, para efeitos da doação, prevaleceria aquele cuja emissão fosse mais recente. (ARAUJO, 2006, p. 150).

Desta forma, apesar de conferir primazia a vontade do próprio indivíduo manifestada em vida, o consentimento proclamado nesta lei especial acarretou ônus para as pessoas, como, por exemplo, impostos compulsórios entre outros. Desta forma, fora necessária a edição da Medida Provisória nº 1.718, de 06 de outubro de 1998, a fim de que se solucionassem as discussões legais, acrescentando o §6º, o qual estabeleceu, de maneira expressa, que “na ausência de manifestação de vontade do potencial doador, o pai, a mãe, o filho ou o cônjuge poderá manifestar-se contrariamente à doação, o que será obrigatoriamente acatado pelas equipes de transplantes e remoção” (ARAUJO, 2006, p. 152).

O parágrafo acrescentado acima estendeu o rol de legitimados para consentir ou não a doação de órgãos de uma pessoa, embora não fosse claro acerca de ordem de preferência, ocasionando dúvidas, como por exemplo, a possibilidade da decisão familiar contrariar a verdadeira intenção do *de cuius* mesmo que não manifestada em vida entre outras questões (ARAUJO, 2006). Logo, como a Medida Provisória 1.718 não foi satisfativa, em 23 de Março de 2001 foi promulgada a Lei nº 10.211, que alterou o art. 4º da Lei nº 9.434/97, revogando seus parágrafos e reconstruindo o artigo, dando-lhe, de acordo com Araújo (2006), a seguinte redação:

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. (BRASIL, 1997, s.p.)

À vista disso, desde 2001 fora incumbido exclusivamente a família a complexa decisão de permitir ou denegar a doação de órgãos ou tecidos, desconsiderando por completo a vontade do doador em si, manifestada expressamente ou não, mesmo que ainda não manifestada, sendo o entendimento subentendido do art.2º¹⁴ da Lei nº 10.211/01 (ARAUJO, 2006). Eliana da S. Araújo (2006) entende que a alteração conferida pela Medida Provisória nº 1.718/98 era mais adequada e satisfatória que a conferida pela Lei nº 10.211/01, visto que o poder decisório somente seria conferido à família na ausência de manifestação de vontade deixada pelo indivíduo, o que não mais ocorre, ferindo o direito de liberdade do indivíduo bem como sua autonomia (ARAUJO, 2006).

A matéria sobre transplante de órgãos e/ou tecidos também foi acolhida pelo Código Civil de 2002 em seus artigos 13 e 14 respectivamente, os quais trabalham os direitos da personalidade, *in verbis*:

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo. (BRASIL, 2002, s. p.)

Como forma de assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana, os direitos da personalidade foram inseridos no Código Civil conferindo-lhe tutela

¹⁴ BRASIL. **Lei nº 10.211, de 23 de março de 2001**. Altera dispositivos da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que “dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10211.htm>. Acesso em 12 ago. 2017. Art. 2º As manifestações de vontade relativas à retirada “post mortem” de tecidos, órgãos e partes, constantes da Carteira de Identidade Civil e da Carteira Nacional de Habilitação, perdem sua validade a partir de 22 de dezembro de 2000.

infra e constitucional, seja em relação Estado-indivíduo (relações públicas) ou indivíduo-indivíduo (relações privadas), atuando como óbices na disposição corporal, cuja permissão ocorre apenas obedecidos requisitos exigidos pela lei nº 9.434/97, sem contudo, maleficiar a saúde nem a integridade física da pessoa (ARAUJO, 2006). Isto posto, afere-se que a doação e o transplante de órgãos ou tecidos deve observar toda uma gama de direitos e normas não só constitucionais, civis, ou administrativas, mas também penais e éticas. A dignidade da pessoa humana, bem como os direitos da personalidade devem ser tutelados em qualquer situação, a fim de que se evite atentados aos direitos mínimos fundamentais das pessoas, sem, contudo, nos olvidar do caráter solidário e fraternal da prática do transplante, prática esta que merece mais atenção, mais divulgação e conscientização no seio da sociedade brasileira.

3.3 ASPECTOS JURÍDICOS DO ART. 4º DA LEI Nº 9.434/97

O transplante de órgãos e/ou tecidos está, atualmente, submetido à égide da Lei nº 9.434/97 – Lei de Transplantes de Órgãos e Tecidos, sendo que o artigo 4º desta expressa a maneira a qual o consentimento para doação será conferido, bem como quem será a pessoa legitimada para consentir. No entanto, antes que se analise a redação corrente, faz-se mister salientar que a redação original do art. 4º da lei supracitada fora revogada por contrariar preceitos constitucionais e bioéticos primordiais. Desta feita, o art. 4º da Lei nº 9.434/97, na sua redação original, previa, *in verbis*:

Art. 4º Salvo manifestação de vontade em contrário, nos termos desta Lei, presume-se autorizada a doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, para finalidade de transplantes ou terapêutica post mortem.

§ 1º A expressão “não-doador de órgãos e tecidos” deverá ser gravada, de forma indelével e inviolável, na Carteira de Identidade Civil e na Carteira Nacional de Habilitação da pessoa que optar por essa condição.

§ 2º A gravação de que trata este artigo será obrigatória em todo o território nacional a todos os órgãos de identificação civil e departamentos de trânsito, decorridos trinta dias da publicação desta Lei.

§ 3º O portador de Carteira de Identidade Civil ou de Carteira Nacional de Habilitação emitidas até a data a que se refere o parágrafo anterior poderá manifestar sua vontade de não doar tecidos, órgãos ou partes do corpo após a morte, comparecendo ao órgão oficial de identificação civil ou departamento de trânsito e procedendo à gravação da expressão “não-doador de órgãos e tecidos”.

§ 4º A manifestação de vontade feita na Carteira de Identidade Civil ou na Carteira Nacional de Habilitação poderá ser reformulada a qualquer momento, registrando-se, no documento, a nova declaração de vontade.

§ 5º No caso de dois ou mais documentos legalmente válidos com opções diferentes, quanto à condição de doador ou não, do morto, prevalecerá aquele cuja emissão for mais recente (BRASIL, 1997).

A fim de regulamentar a lei supra, o art. 14 do Decreto nº 2.268/97 estabelecia que: “A retirada de tecidos, órgãos e partes, após a morte, poderá ser efetuada, independentemente de consentimento expresso da família, se, em vida, o falecido a isso não tiver manifestado sua objeção” (BRASIL, 1997). Então, como cediço, a redação original do artigo supramencionado adotava a concepção do consentimento presumido, através da doação compulsória, contrastando com as legislações prévias as quais preconizavam a doação voluntária (GOLDIM, 2005).

Sendo assim, Santin (2015, p. 27) explana que desta redação “deduzia-se doador toda pessoa capaz que não manifestasse disposição em contrário ainda em vida. Obrigava as pessoas que não queriam ser doadoras que expressassem em seus documentos a vontade contrária ao ato de doar”. Todavia, insta salientar que, até a criação da Lei nº 8.489/92, o legislador optou por dar primazia a manifestação de vontade expressada em vida pelo próprio doador e, na ausência desta, ou seja, posteriormente, as vontades dos familiares (ARAÚJO, 2006).

Entretanto, esta disposição privilegiou a presunção da condição de doador baseado na não oposição a esta, resultando nas declarações de “doador de órgãos e tecidos” e de “não doador de órgãos e tecidos” inseridas nos documentos de identificação (KLIEMANN; CATIARI, s.d.). Consequentemente, esta disposição normativa gerou discussões doutrinárias complexas acerca da imposição de uma condição ao indivíduo, sendo que as opiniões foram divididas entre os juristas que criticavam e os que apoiavam a imposição do consentimento presumido (ARAÚJO, 2006). Neste diapasão, Araújo (2006) esclarece diversos argumentos que fundamentam tanto as opiniões contra o art. 4º e as a favor.

Assim sendo, Kliemann e Catiari criticam a disposição do art. 4º, fundamentando-a em argumentos jurídicos e éticos, a saber:

Do ponto de vista jurídico, a doação presumida corresponde a uma “violação do regime democrático, dentro do qual a regra é de o cidadão dizer o que quer”⁷, e não o que não quer. Essa presunção poderia ser usada para abusos, como, por exemplo, assassinatos premeditados com o fim de que o órgão da vítima seja transplantado depois de morta. Além disso, deve-se considerar que, no Brasil, o desconhecimento da lei é algo muito comum, podendo ser freqüentes (*sic*) casos em que, por exemplo, um cidadão que deseja não se tornar doador seus órgãos após a morte mas, por desconhecimento da lei, não efetua uma declaração de vontade em contrário. [...]Do ponto de vista ético, a doação presumida vilipendiava o princípio da autonomia da vontade e da dignidade da pessoa humana, pois, ao presumir um indivíduo doador, retirava dele a autonomia de decidir sobre a disposição de seu corpo a qualquer tempo, sendo pressionado pelo Estado a fazê-lo. (KLIEMANN, CATIARI, s.d., s.p.).

Dessarte, infere-se da assertiva acima que a doação presumida conflita diretamente com preceitos constitucionais, quais sejam: princípio da dignidade da pessoa humana, autonomia de vontade e direitos da personalidade (direito a autodeterminação e liberdade). Araújo (2006) ainda destaca que esta doação violava, também, a vedação da interferência injusta do Estado na individualidade do cidadão, desrespeitando, conseqüentemente, o princípio do Estado Democrático de Direito. Santin aponta que os malefícios desta modalidade de doação não abrangem apenas a área jurídica e a ética, bem como a administrativa, conforme alude:

Além de causar oportuno desconforto, o artigo provocou corrida aos órgãos de registro causando indignação, muitas dúvidas e duras críticas por médicos, operadores do direito e público em geral, entendendo que estaria contrariando uma tradição cultural do povo brasileiro e que o ato de doar, deveria ser um gesto generoso e não imposto goela abaixo através de lei a obrigação daquele feito. (SANTIN, 2015, p. 27)

Ademais, Kliemann e Catiari (s.d., s.p.) elucidam a questão da revogação da declaração da condição de “doador” ou “não doador” aclarando que, “caso revogasse sua disposição, seria automaticamente classificado como doador, podendo criar absurdos jurídicos”. Araújo ilustra que “há alegação de que a lei

além de autoritária fere também os direitos fundamentais” e “que embora uma parcela da sociedade saiba ler e escrever, não tem informações suficientes que a levem a um convencimento quer positivo ou negativo, para fazer opção de tamanha importância” (ARAÚJO, 2006, p. 147-148). Por fim, consoante doutrinadores supracitados, nem mesmo nos casos de doação de incapaz a doação presumida seria superada, vez que neste caso o poder de autorizar fica a encargo dos responsáveis, contrariando totalmente a ideia de que a declaração deveria servir como manifestação livre e esclarecida do indivíduo (KLIEMANN; CATIARI, s.d.).

Em contrapartida, a corrente que defendia a lei fundamentava seu posicionamento na ideologia de que “a decisão se justificava, por tratar-se de causa nobre, que é a perspectiva de salvar vidas por meio de transplantes de órgãos e tecidos” (ARAÚJO, 2006, p.148). Isto posto, esta corrente entendia que a doação presumida objetivava facilitar a doação, aumentando o número de transplantes resultando em mais vidas salvas (MAGALHÃES, s. d., s.p. *apud* ARAÚJO, 2006, p. 148). Ainda nesta linha de visada, Maria de Fátima Freire de Sá (s.d., 97-98 *apud* ARAÚJO, 2006, p. 149) aponta que o legislador finalizou “exclusivamente ao interesse coletivo, produzindo norma que verdadeiramente acompanhasse o desenvolvimento científico, atribuindo finalidade ao corpo morto: é a vida que procura a morte, naquilo que tenha ainda de vida subsistente”.

Partindo deste mesmo axioma, Araújo (2006) entende que o Estado não interferiu na seara individual ao adotar a doação presumida, vez que não possuía como objetivo benefício próprio, mas sim interesse coletivo, logo, a liberdade das pessoas não estaria sendo atacada, mas sim favorecida, pois permitia que cada um exteriorizasse sua posição. Ressalta-se que a manifestação de vontade do doador poderia ser reformulada a qualquer tempo, conforme preceitua Araújo:

Quanto à manifestação do indivíduo em ser ou não doar, a Lei em estudo, facultava também, conforme parágrafo quarto do artigo 4º, que poderia o doador a qualquer tempo reformular a sua opção. Ocasão em que seria registrada no seu novo documento, a sua nova declaração de vontade. Esta Lei, ainda, previu no parágrafo quinto, que em caso do falecido possuir dois ou mais documentos legalmente válidos, mas com opções diferentes, para efeitos da doação, prevaleceria aquele cuja emissão fosse mais recente (ARAÚJO, 2006, p. 150).

Assim sendo, segundo Araújo (2006), esta espécie de doação privilegiava a manifestação de vontade do próprio doador, não ferindo a dignidade da pessoa humana, nem o direito de liberdade e autodeterminação, devido as opções concedidas ao doador em potencial de se manifestar. Contudo, é notório que a disposição específica ocasionou ônus para os cidadãos (ex: impostos compulsórios, normas de segurança do trabalho dentre outros), bem como criou a exigência de comportamentos específicos, à vista disso a lei não fora déspota por conferir meios de manifestação contrários à doação e não fere a liberdade, vez que esta não é absoluta quando se trata de convivência em sociedade (ARAÚJO, 2006). Em suma, é característico da sociedade moderna a criação de normas que deem preferência ao interesse coletivo em detrimento do individual, conforme sentença Araújo:

A propósito, não se pode esquecer o ato humanitário que permeia a decisão, não podendo ser encarada como autoritarismo, mas antes, se justifica, pela utilidade e necessidade social. Desta forma, estando de um lado a liberdade individual que assiste a cada um, e de outro a vida, a segunda se sobrepõe a primeira, este comportamento também é tradição em nosso ordenamento jurídico (ARAÚJO, 2006, p. 151).

Independente do posicionamento doutrinário, fora recomendado à classe Médica pela Associação Médica Brasileira e pelo Conselho Federal de Medicina, à época, que se portassem em conformidade com a ética médica requisitando autorização aos familiares para remover órgãos ou tecidos com finalidade de transplantar, visando não apenas o respeito aos familiares, mas também a própria salvaguarda médica (SANTIN, 2015). Desta forma, segundo Araújo (2006), a fim de que se solucionasse as contradições legais, bem como cessassem as discussões calorosas, fora promulgada a Medida Provisória nº 1.718 em 06 de outubro de 1998 alterando-se a redação do art. 4º da Lei de Transplantes pela primeira vez, acrescentando a este o seguinte parágrafo:

§6º Na ausência de manifestação de vontade do potencial doador, o pai, a mãe, o filho ou o cônjuge poderá manifestar-se contrariamente à doação, o que será obrigatoriamente acatado pelas equipes de transplante e remoção. (BRASIL, 1998, s.p.)

Dessarte, a medida provisória supracitada estabeleceu que na ausência de manifestação de vontade em vida do potencial doador, seriam legitimados para consentir ou não o pai, a mãe, o filho ou cônjuge deste, sendo, porém, omissa quanto à existência ou não de ordem de preferência entre estes (ARAÚJO, 2006). Apesar desta tentativa de sanar as indagações existentes, outras surgiram das brechas desta disposição incluída, como a questão do respeito ou não a vontade do doador através do consentimento familiar, a possibilidade de abuso legal por vício de vontade, vez que os familiares estariam tomados pela dor da perda entre outras questões (ARAÚJO, 2006).

Salienta-se, também, a problemática do tráfico de órgãos, vez que tal legislação era considerada “permissiva” por fragilizar os menos favorecidos, por permitir a doação entre não parentes e por resultar num alto índice de negação de doações (GOMES, 2015). Logo, editou-se a Medida Provisória nº 1.959-27 em 24 de outubro de 2000, alterando-se pela segunda vez a redação do art. 4º¹⁵ da Lei de Transplantes, intentando-se sanar as questões em aberto, restando infrutífera tal tentativa. Portanto, para se resolver “o conflito de uma lei que atentava contra a autonomia e os direitos individuais com uma sociedade pluralista e democrática” (DRUMOND, 2009, s.p. *apud* SANTIN, 2015, p. 28), fora editada a Medida Provisória nº 2.083/01, posteriormente promulgada e convertida na Lei nº 10.211, em 2 de março de 2001, alterando, pela terceira vez, o art. 4º da Lei de Transplantes, revogando todos os parágrafos e conferindo nova redação ao *caput*, *in verbis*:

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. (BRASIL, 1997, s.p. *apud* BRASIL, 2001, s.p.)

¹⁵ BRASIL. **Lei nº 10.211, de 23 de março de 2001**. Altera dispositivos da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que “dispõe sobre a emoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10211.htm>. Acesso em 17 ago. 2017. Art. 4º A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas, para transplante ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização de qualquer um de seus parentes maiores, na linha reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, ou do cônjuge, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.

Desta feita, segundo Santin (2015, p. 28), esta lei nº 10.211/01 acabou “tornando sem efeito todas as manifestações de vontade constantes nos documentos e adotando como norma o consentimento expresso, passando então a exigir autorização dos familiares do falecido”. Araújo (2006) ainda explica que a alteração resultante desta nova lei concedeu a família o poder exclusivo de consentir ou não a doação de órgãos ou tecidos de um indivíduo, ainda que este tenha se manifestado em vida, seja expressamente ou não. Todavia, esta redação ainda não satisfaz por completo as críticas jurídicas, conforme esclarece Kliemann e Catiari:

Como se pode notar, a Lei 10.211/01 extinguiu a presunção de doação de órgãos no ordenamento jurídico brasileiro. Mas, se por um lado, a substituição pela decisão da família acalmou os ânimos da doutrina e dos juristas brasileiros, por outro não solucionou o problema ético. O absurdo jurídico, que antes era expresso, agora apenas se tornou mais sublime e dissimulado, pois o que acontece ainda é a permissão de se remover, *post mortem*, tecidos ou órgãos sem a necessária autorização expressa do indivíduo em vida, vilipendiando, ainda, os princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade. (KLIEMANN; CATIARI, s.d., s.p.)

Por derradeiro, a atual disposição acerca das pessoas legitimadas para consentir ou não a doação de órgãos e tecidos *post mortem*, pode ser vista como um retrocesso legal, vez que desconsidera por completo a vontade do potencial doador, validando-se apenas a da família (ARAÚJO, 2006), o que pode ser compreendido como infração aos direitos fundamentais (SANTIN, 2015). Portanto, conclui-se que a legislação específica que regula o transplante de órgãos e/ou tecidos, apesar de modificar-se por diversas vezes no decurso temporal, deve sempre pender para a proteção da vida, ou seja, deve facilitar a doação, observando os preceitos bioéticos, do biodireito e constitucionais, bem como éticos e morais para enaltecer o caráter altruístico deste valioso ato de solidariedade.

4 SOB A ESPADA DE DÂMOCLES: O APARENTE CONFLITO ENTRE O ART. 4º DA LEI Nº 9.434/97 E O ART. 14 DO CÓDIGO CIVIL

É sabido que as previsões contidas no Código Civil Brasileiro de 2002 estão de acordo com os preceitos e fundamentos expressos na Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Desta forma, as normas infraconstitucionais civis obrigatoriamente devem ser harmonizadas com os direitos da personalidade, bem como com o princípio maior consagrado no inciso III do art. 3º da CF/88, o princípio da dignidade da pessoa humana. Então, Pessanha, sintetiza esse introdutório hermenêutico civil, explanando que:

Com o advento da Constituição Federal de 1988, fez-se necessário interpretar os preceitos do Código Civil Brasileiro sob o prisma constitucional dos direitos da personalidade, representado pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, expresso no art. 3º, inc. III do referido diploma legal. Sob esta perspectiva, se baseia a concepção de que o indivíduo tem o direito à autodeterminação, faculdade esta alcançada pelos direitos inerentes à personalidade. (PESSANHA, 2016, p. 751)

Logo, imperioso estabelecer uma linha cronológica a fim de que seja possível a melhor análise e comparação do artigo 4º da Lei nº 9.434/97 - Lei de Transplantes - e o artigo 14 do Código Civil vigente. Destarte, salienta-se que a atual redação do art. 4º da lei especial supracitada fora fruto de uma alteração por meio da Lei nº 10.211/ 2001, na medida em que o Código Civil em vigência fora instituído em 2002, sendo a Lei nº 10.406/2002, logo, a norma genérica (Código Civil) é posterior a norma específica (Lei de transplantes). Partindo dessa premissa, tendo sempre como enfoque a constitucionalização das normas infraconstitucionais, pode-se observar um conflito entre as disposições de ambos dispositivos, a saber:

Quadro 01. Comparativo entre a Lei nº 9.434/1997 e a Lei nº 10.406/2002

<p>Lei nº 9.434/1997 – Lei de Transplantes</p> <p>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. (BRASIL, 1997, s.p.)</p>	<p>Lei nº 10.406/2002 – Código Civil Brasileiro</p> <p>Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.</p> <p>Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo. (BRASIL, 2002, s.p.)</p>
---	---

Fonte: Os autores, 2017.

Influi-se das disposições acima que, a legislação específica faz com que seja “necessário que a família autorize a colheita de órgãos e tecidos da pessoa falecida” (PEREIRA, s.d., p. 08), enquanto o Código Civil preconiza o entendimento de que “dispõe que a pessoa pode dispor de seu corpo para depois da morte. Portanto, se o potencial doador em vida manifestou-se, sua vontade deve prevalecer e não a da família” (PEREIRA, s.d., p. 08). Porquanto, imprescindível salientar que:

[...] nota-se que a tendência interpretativa doutrinária em face do conflito existente entre o disposto no artigo 14 do diploma civil e o artigo 4º da Lei n. 9.434/1997 é de reverenciar a autonomia individual de cada pessoa humana sobre aspectos de sua existência e para depois desta. (MAYNARD, 2015, p. 135)

Tal conflito exprime-se quando do confronto dos direitos da personalidade, especificamente o direito de consentir, com a legitimidade da família de dispor de corpo alheio. Logo, Pessanha (2016, p. 753) elucida que o consentimento adotado nos casos de doação *post mortem*, resultante da alteração do artigo 4º da lei especial de transplantes, não se baseia na vontade real do indivíduo manifestada em vida, mas apenas da autorização familiar “conflitando *como*(sic) direito de autodeterminação e, por conseguinte, o direito da personalidade e o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana”. Em contrapartida, Gediel faz a seguinte ressalva:

[...] para a parte da doutrina que entende serem os direitos da personalidade intransmissíveis, não haveria qualquer direito para ser transmitido aos familiares, caso contrário, resultar-se-ia em

uma espécie de “repersonalização do cadáver”, o que em tese contraria o Código Civil, que estabelece que a personalidade jurídica finda-se com a morte. (GEDIEL, 2000, p.90 *apud* PEREIRA, s.d., p. 09)

Em outras palavras, a disposição do Código Civil deve prevalecer sobre a da lei específica, vez que do contrário resultaria em descaracterização dos direitos personalíssimos, por serem intransmissíveis. Dessarte, Maynard (2015, p. 135) defende que disposição específica é equivocada, vez que se “apenas a ordem emanada da Lei de Transplantes for privilegiada, estar-se-ão lesando direitos individuais fundamentais ao pleno exercício dos direitos personalíssimos”. Neste diapasão, Melo (2013 *apud* PESSANHA, 2016, p. 753) sintetiza a ideologia prevista no art. 14 do CC, instituindo que “somente a pessoa é capaz de dispor sobre seu corpo *post mortem*, pois sua autodeterminação e sua dignidade como pessoa humana cabem somente a ela, e não a outrem mesmo que parente”.

Assim sendo, pertinente destacar que tal decisão personalíssima sobre uma possível doação ou não de órgãos e/ou tecidos não pode ser tomada em vida por meio de testamento vital, visto que segundo Chaves (s.d., p. 20), “O direito brasileiro não admite testamento vital [...]. Porque todo e qualquer ato de disposição deve ser para depois da morte. Ninguém pode dispor do próprio corpo antes da morte”.

No entanto, quando se estuda o suposto conflito legal entre os dispositivos supracitados, deve-se observar, ainda, uma gama de direitos relacionados ao tema, quais sejam os direitos do cadáver, bem como o direito de disponibilidade da família. Desta forma, apenas por meio da análise destas vertentes em harmonia com todo o explanado até agora, poderá intentar-se alcançar uma resposta para tal conflito legal, ou até mesmo sustentar se realmente existe contradição de normas, conforme procedimento adotado nas seções a seguir.

4.1 DOS DIREITOS DO CADÁVER?

Existe um ditado popular o qual diz que “a única certeza da vida é a morte”, logo, frente aos avanços biotecnológicos científicos que influenciam não apenas o

início da vida, bem como seu deslinde, imprescindível salientar a importância da proteção jurídica ao indivíduo durante a vida e até mesmo após a morte. Desta forma, num primeiro momento, primar-se-á pela concepção do termo “cadáver”. Desta forma, acerca de sua definição, Laura Pedott explica que:

De acordo com Silva, cadáver é os despojos (ainda que incompletos) inanimados do ser humano, mesmo que no sentido jurídico não tenha sido pessoa. [...]. Em Pandectas de Windscheid, alegam que o cadáver não é suscetível de domínio. Existe sobre ele um direito pessoal não patrimonial, de natureza real. Gabba apoiando-se na tese de ser *res nullius*, nega qualquer propriedade ou posse sobre o cadáver. Embora reconheça que o Estado tem o poder de legislar sobre o uso de cadáver para fins científicos (2000, p. 618- 620). Para Oertmann, cadáver é um (sic) coisa, mas não permite-se sua comercialização por razões morais, embora os herdeiros tenham direito de propriedade sobre ele. Alfredo Orgaz declara que normas religiosas e morais são a principal fonte de veneração e respeito do direito positivo, assim o cadáver não trata de uma coisa por não ter um valor econômico ou patrimonial. Com exceção de ser entregue a algum instituto com fins de estudo ou ensino; e que o cadáver assume a natureza da coisa e poder ser objeto de atos jurídicos (2000, p. 628- 629). Silva explicita que o cadáver é dotado de valor moral, cultural, religioso e as vezes econômico (2000, p. 636) e ainda que para o direito funerário penal é o corpo humano sem vida, durante o tempo que conserva a aparência humana sem os efeitos desintegrativos da decomposição cadavérica. (PEDOTT, s.d., s.p.)

Em outras palavras, infere-se do entendimento acima que o cadáver nada mais é do que o corpo humano sem vida, considerado como coisa sem valor patrimonial, logo, não ensejando aplicação de direito de posse nem propriedade. Antônio Chaves (s. d., p. 289) defende que o corpo inanimado, ou seja, o cadáver não é “susceptível de direitos privados patrimoniais, mas, por outro lado, é objeto de um direito privado não patrimonial, de origem consuetudinária, e que tem por conteúdo a faculdade de determinar o modo e a forma de seu destino normal”. Norman L. Cantor leciona em sua obra intitulada “After We Die” que:

In a claim sure to be controversial, Cantor argues that a corpse maintains a "quasi-human status" granting it certain protected rights—both legal and moral. One of a corpse's purported rights is to have its predecessor's disposal choices upheld. [...]. This underlines the importance of leaving instructions directing post-

mortem disposal. Another cadaveric right is to be treated with respect and dignity.¹⁶ (CANTOR, 2010, s. p.)

No entanto, imperioso salientar ambas as correntes quanto a natureza jurídica do direito ao cadáver, dividindo-se em duas correntes: a corrente que defende que o direito do cadáver tem cunho de propriedade, e a corrente que entende que estes representam a extensão dos direitos da personalidade ao corpo inanimado, sendo esta última a melhor aceita. Então, Pedott (s.d.) realça entendimento já sedimentado que a personalidade, e, por consequência seus direitos, surgem com o nascimento com vida e se extinguem, salvo engano, com a morte. Neste diapasão, De Cupis (s. d., p. 68 *apud* TRONCO, 2013, p. 30) entende que o corpo sem vida configura coisa fora do comércio, pois conserva resíduo da pessoa antes viva, ofendendo, assim, sua dignidade. Nesta mesma linha de visada, Pedott cita que:

De acordo com Szaniawski (1993, p. 303), “O direito ao cadáver diz respeito ao próprio defunto, à sua memória, pois em certas ocasiões podem ocorrer atentados à memória do morto”. Em razão disso, infere-se a partir do pensamento do autor que os direitos inerentes ao cadáver permanecem após sua morte. Todavia, a natureza desses direitos são de propriedade e não de personalidade. Pode-se compreender isso a partir do conhecimento que os familiares são os detentores os direitos de propriedade do parente falecido (PEDOTT, s.d., s.p.).

Entretanto, tal afirmação encontra óbice na medida em que o *caput* do art. 1º da Lei nº 9.434/97 (Lei de Transplantes) prevê que: “Art. 1º A disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou post mortem, para fins de transplante e tratamento, é permitida na forma desta Lei” (BRASIL, 1997, s. p.), ou seja, a disposição do corpo só será possível quando altruística, sem finalidade comercial ou lucrativa, impossibilitando a caracterização do direito de propriedade (PADOTT, s. d.).

Em contrapartida, tem-se a segunda corrente a qual, segundo alude Lucas Tronco, seria correto “tratar-se o direito ao cadáver de um direito da personalidade

¹⁶ Tradução: Em um pedido certo para ser polêmico, Cantor argumenta que um cadáver mantém um "status quase humano", concedendo-lhe certos direitos protegidos — legais e morais. Um dos supostos direitos do cadáver é ter escolhas de disposição do seu antecessor confirmadas. [...]. Isto sublinha a importância de deixar instruções orientando a disposição post mortem. Outro direito cadavérico é ser tratado com respeito e dignidade.

pós-morte” (TRONCO, 2013, p. 25). Desta senda, Gomes (2002, p. 155 *apud* PEREIRA, s. d., p. 05) ressalta o fato de que “para alguns escritores, com a separação das partes, deixaria de ser direito de personalidade e passaria a ser de direito de propriedade. Mas deixa claro o autor que, na verdade, ‘não perde sua natureza por ser disponível’”. Em suma, os direitos do cadáver são um desdobramento dos direitos da personalidade aplicados nos casos pós-morte, independentemente de possuir partes separadas do corpo, vez que persistem como “bens da personalidade” (LEITE, 2000, p. 85 *apud* PEREIRA, s.d., p. 06).

Isto posto, deve-se observar a quem cabe a legitimidade para exercício dos direitos do cadáver. Como o corpo representa resíduos de personalidade, visto que se ligam a memória, logo, um corpo não reclamado (ausência de memória) configura uma coisa (ALMEIDA NETO, 2008), a disposição prevista no art. 14 do CC resgata o direito de disposição do corpo como direito personalíssimo do próprio doador ainda em vida para após a morte (MAYNARD *et all*, 2015-2016), o que estaria em completo acordo com o princípio bioético da autonomia da vontade. Em compensação, Chaves (s.d.) opta pela linha de pensamento na qual a família seria legítima para exercício de tais direitos, a saber:

[...] a natureza familiar do direito sobre o cadáver, que não passa de um direito-dever, concedido, não para a utilidade de seu titular, mas, para permitir aos membros da família o desempenho do dever de tributarem as últimas homenagens ao finado, proverem sobre o seu sepultamento e cerimônias fúnebres, se ele próprio não houver disposto a respeito, devendo-se assim atender aos liames de sangue e de matrimônio para fixar quem o pode exercer, sem que, entretanto, com isso, deixe o cadáver de ser *res extra commercium*, só objeto de outros direitos privados excepcionalmente, quando a lei ou vontade do defunto hajam permitido um uso lícito, como os estudos anatômicos. (FERRARA; FONSECA, s.d., s.p. *apud* CHAVES, s. d., p. 290)

Por conseguinte, o art. 12, parágrafo único, do Código Civil estabelece a legitimidade para requisição de medidas relacionadas ao desrespeito dos direitos da personalidade do *de cuius* aos cônjuges supervenientes ou parentes, em linha reta ou colateral, até quarto grau (BRASIL, 2002). Portanto, Tronco (2013, p. 32) alude que, quanto à legitimidade do exercício do direito de disposição do corpo para fins de transplantes, “é ao morto, em primeiro lugar, que deve ser conferido o direito de determinar aquilo que será feito de seu corpo, para depois da sua morte

(e só em caráter suplementar, buscar-se-á a vontade da família)”. No entanto, tal entendimento não é regra, nem impassível de exceções.

Imperioso destacar, ainda, que a proteção jurídica ao morto (cadáver) não se limita apenas a esfera cível ou constitucional, mas se estende, abrangendo também a esfera penal, vez que consta no Código Penal Brasileiro no título V, capítulo II, nos artigos do 209 ao 212 crimes contra o respeito aos mortos, disposições indiferentes ao tema do presente feito. Ante ao exposto, conclui-se que os direitos do cadáver merecem mais atenção dos estudiosos do ramo do Direito, vez que representam uma gama de direitos relevantes e, ainda, cercados de incertezas quanto ao objeto, titularidade e adequação no ordenamento jurídico pátrio vigente.

4.2 DO DIREITO DE (IN)DISPONIBILIDADE DA FAMÍLIA

Inicialmente, está prevista no *caput* do art. 4º da Lei nº 9.434/97¹⁷ que cabe a família consentir ou não a doação de órgãos ou tecidos do indivíduo falecido, mas especificamente, “o cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive” (BRASIL, 1997, s.p.). Contudo, devido à urgência para extração do órgão ou tecido a ser doado, tal consentimento deve ser obtido logo após a constatação de Morte Encefálica (ME) apurada por dois médicos não participantes da equipe de transplantes nos moldes do art. 3º¹⁸ da legislação específica supra. Desta forma, exige-se da família a

¹⁷ BRASIL. **Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997**. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplantes e tratamento e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm>. Acesso em 14 out. 2017. 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.

¹⁸ *Ibid.* Art. 3º A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina. § 1º Os prontuários médicos, contendo os resultados ou os laudos dos exames referentes aos diagnósticos de morte encefálica e cópias dos documentos de que tratam os arts. 2º, parágrafo único; 4º e seus parágrafos; 5º; 7º; 9º, §§ 2º, 4º, 6º e 8º, e 10, quando couber, e detalhando os atos cirúrgicos relativos aos transplantes e enxertos, serão mantidos nos arquivos

tomada de relevante decisão em momento de abalo, o que pode comprometer a concessão do consentimento em si. Neste sentido, Maynard explica que:

A morte de um ente querido é quase sempre um momento traumático e delicado para a família, quando se imiscuem sentimentos como dor, medo, desespero, raiva e angústia. Quase que instantaneamente ao diagnóstico de morte encefálica, a família deve ser entrevistada para saber sua decisão quanto à doação de órgãos do parente falecido, devido à rápida deterioração dos órgãos após a morte, que pode inviabilizar o transplante. A pressa exigida na decisão familiar sobre a doação, segundo Cajado⁴⁸, pode antecipar uma decisão imatura, permeada de impasses subjetivos (MAYNARD *et all*, 2015-2016, p. 136).

Por conseguinte, a entrevista familiar deve ser conduzida com extrema cautela, visto que o momento para obtenção do consentimento é de dor e impotência por parte dos familiares em relação a ME (PEREIRA, s. d.). Bandeira (2001, p. 39 *apud* PEREIRA, s.d., p. 08) ainda destaca um ponto importante que “traz à temática Albrecht, que quando da substituição do consentimento do doador pelo da família [...] surge a questão de saber como era o relacionamento deste com seus familiares, sobretudo nos casos em que este não era o melhor”. Neste diapasão, Cabral, Zaganelli e Peres (2015-2016, p. 375-376) defende que: “**somente** a família seria legalmente admitida a consentir a doação de órgãos de familiar morto, passando-se então a exigir-se a autorização dos familiares elencados nesse artigo, os quais se tornaram responsáveis pela autorização [...]” (grifo nosso).

Existem, no entanto, dois pontos divergentes, porém igualmente relevantes, que merecem destaque quando da análise do direito de disponibilidade ou não da família em relação à doação de órgãos e/ou tecidos, sendo um voltado para a realidade, a situação concreta, e outro para posicionamento legal. Desta forma, tem-se, respectivamente, a afirmação do efeito de tal disponibilidade na situação fática, a saber: “Na realidade hospitalar, nota-se que em diversos casos a

das instituições referidas no art. 2º por um período mínimo de cinco anos. § 2º Às instituições referidas no art. 2º enviarão anualmente um relatório contendo os nomes dos pacientes receptores ao órgão gestor estadual do Sistema único de Saúde. § 3º Será admitida a presença de médico de confiança da família do falecido no ato da comprovação e atestação da morte encefálica.

oposição dos parentes face à remoção dos órgãos, ainda que haja declaração formal e favorável em vida. Trata-se de ponto que envolve fundamentos éticos e jurídicos quando analisado sob a perspectiva dos direitos da personalidade” (BERLINGUER; GARRAFA, 2001, p. 213 *apud* WIEGAND; VENTURI, s. d., p. 17). Esta significativa recusa familiar à doação de órgãos e/ou tecidos possui origem de cunho religioso, ético, moral entre outros, sendo suas principais motivações as expostas a seguir:

Nessa linha, Cajado cita como fatores complicadores do procedimento: os conflitos familiares, a falta de informação sobre o desejo do paciente em vida, a desconfiança sobre o processo, as dificuldades de compreensão da morte encefálica e impasses subjetivos. No mesmo sentido, Moraes e Massarollo⁵⁴ apontam como motivos da recusa familiar para doação de órgãos e tecidos para transplante: a crença religiosa; a espera de um milagre; a não compreensão do diagnóstico de ME e a crença na reversão do quadro; a recusa da manipulação do corpo; o medo da reação da família; a inadequação da informação e a ausência de confirmação da ME; a desconfiança na assistência e o medo do comércio de órgãos; a inadequação no processo de doação; o desejo do paciente falecido, manifestado em vida, de não ser um doador de órgãos; e o medo da perda do ente querido (MAYNARD *et all*, 2015-2016, p. 137).

Ana Cláudia Pirajá Bandeira (2009, p. 138) destaca inúmeros motivos a recusa à doação, sendo estes: “não-compreensão da morte encefálica, desconhecimento da vontade do possível doador, problemas com a imagem e a integridade do cadáver, a não-autorização da família, problemas sociais, recusa em vida e problemas religiosos”. Porém, o entendimento de que a doação ajuda a salvar vidas, dando significado ao ente querido, além de amenizar a dor do familiar ainda atua como ponto favorável ao consentimento deste para a doação (MAYNARD *et all*, 2015-2016, p. 136-137). Não se deve, ainda, excluir o impacto da atuação dos profissionais de saúde na obtenção de consentimento para doação com um familiar em momento tão doloroso. Destarte, imperioso salientar:

Outro fator decisivo para a diminuição da recusa familiar é a capacitação dos profissionais responsáveis pela abordagem da família. Conforme sinaliza Bousso, os profissionais de saúde têm o papel fundamental de reconhecimento do sofrimento e de acolhimento da família. Nesse sentido, Lira et al. destacam que as relações entre profissionais de saúde e paciente e família

interferem no processo de doação de órgãos, na medida em que as famílias, sentindo a mecanicidade, o distanciamento da equipe, a falta de comprometimento, a falta de aceitação e elucidação dos profissionais de saúde, prontamente respondem com a negação da doação de órgãos porque não conseguem dissociar sua decisão do tratamento recebido. Ojo, Heinrichs, Emond et al. destacam que o entrevistador deve proporcionar um ambiente confortável para a família decidir, de modo que seus membros não se sintam pressionados a doar, muito menos culpados por não doar (MAYNARD *et al*, 2015-2016, p. 138).

Em contrapeso, todavia, proceder-se-á a análise do segundo ponto de relevância: o posicionamento legal. Desta forma, tem-se que ressaltar a subsidiariedade consentimento familiar, ou seja, segundo Bandeira (2009, p. 140), deve-se primar pela prevalência do consentimento “decorrente do direito fundamental irrenunciável de cada pessoa autodeterminar-se em relação ao seu corpo e a sua saúde. Quando inexistente manifestação de vontade do doador, agora cadáver, caberá a família reconhecer qual era a vontade do ‘*de cuius*’ [...]”.

Nesta linha de visada, Tronco (2013) ainda acrescenta informando que o direito de disposição do corpo para após a morte se enquadra, dependendo da linha de raciocínio utilizada, como direito transmitido aos herdeiros, mas pode também se configurar como direito que surge apenas com o fato jurídico “morte”, sendo que, neste último caso, se enquadrariam apenas as disposições referentes ao corpo morto, ou seja, ao cadáver. Em suma, Maynard sintetiza a participação da família no processo de concessão ou recusa a doação da seguinte forma:

[...] muitas questões delicadas devem ser levadas em consideração no processo de autorização do transplante, o que conduz ao entendimento de que a atribuição familiar de deter o exclusivo poder decisório sobre a doação de órgãos de parentes falecidos, ignorando a vontade expressa do doador, pode não ser a melhor opção para as demandas do Sistema Nacional de Transplantes. (MAYNARD *et al*, 2015-2016, p. 139)

Portanto, evidente que o direito de disponibilidade do corpo cedido à família do doador, agora morto, instituído na própria lei de transplantes, apesar de representar aparente conflito com previsão do Código Civil, previsão esta referente a direito da personalidade como desdobramento da dignidade da pessoa humana, pode ser compreendido de maneira a se harmonizar ambos os dispositivos legais supracitados. Desta forma, analisar-se-á, a seguir, a existência

deste conflito, bem como suas possíveis interpretações como forma de alcançar uma solução.

4.3 HÁ CONFLITO?

Como cediço, a lei responsável por regular a doação e o transplante de órgãos e tecidos é a Lei nº 9.434 de 4 de fevereiro de 1997. Esta lei especial sofrera alterações no decurso do tempo, principalmente no tocante a doação de órgãos e tecidos para após a morte, fazendo com que seu artigo 4º fosse alterado inúmeras vezes, todavia, tal dispositivo possui, atualmente, a seguinte redação:

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. (BRASIL, 1997, s.p.)

Partindo desta premissa, extraem-se algumas formalidades para doação *post mortem*, as quais são: a finalidade de transplante ou outra terapêutica, verificação da morte (morte encefálica – Resolução nº 1.480/97 do Conselho Federal de Medicina¹⁹ - CFM), consentimento por escrito mediante testemunhas e, o principal, a autorização da família, mais especificamente cônjuge ou outro parente maior de idade até o segundo grau na linha reta ou colateral (KRASTINS, 2006). No entanto, apesar da disposição acima, o Código Civil vigente apresenta uma previsão diferente quanto a disposição do próprio corpo, mesmo que esta se dê para o momento após a morte, a saber: “Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte” (BRASIL, 2002).

¹⁹ BRASIL. **Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.** Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplantes e tratamento e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm>. Acesso em 14 out. 2017. Art. 9º. Constatada e documentada a morte encefálica, deverá o Diretor-Clinico da instituição hospitalar, ou quem for delegado, comunicar tal fato aos responsáveis legais do paciente, se houver, e à Central de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos a que estiver vinculada a unidade hospitalar onde o mesmo se encontrava internado.

Desta forma, vislumbra-se uma contradição quanto as previsões supras, as quais ensejam críticas jurídicas e interpretações. Confrontando-se as disposições divergentes, imperioso destacar o aparente conflito entre os direitos da personalidade expressos no Código Civil e o direito de indisponibilidade da família contido na lei específica. Desta forma, duas interpretações diferentes merecem destaque em relação a um desfecho para tal conflito legal.

A primeira interpretação, segundo Kliemann e Catiari (s.d.), defende a não existência do conflito, mas sim a de uma compatibilização das previsões supramencionadas. Destarte, Maynard *et all* (2015-2016, p. 130) preconiza que “Da hermenêutica depreendida de seu texto, somente na ausência da orientação do potencial doador a vontade dos parentes poderia prevalecer”. Ainda nesta linha de visada, Venosa (2004, p. 158-159 *apud* PEREIRA, s.d., p. 09) defende que “que se o doador manifestou-se em vida num sentido ou em outro, sua vontade deve ser soberana, cabendo à família acatar, conforme o art. 14 do Novo Código Civil”. Entretanto, Cabral, Zaganelli e Peres fazem uma relevante ressalva:

Trata-se de um conflito de normas aparente, pois, de acordo com o entendimento do Enunciado supracitado, o que prevalece é a vontade do titular do direito, quando ele manifesta sua vontade em vida. [...] Necessário se faz levar em consideração a família como legítima para autorizar a doação, pois ela seria um instrumento para a concretização do livre desenvolvimento da personalidade do ente falecido, e que a decisão de doar os próprios órgãos para depois da morte está resguardada tanto em relação ao princípio constitucional da liberdade, quanto ao da solidariedade. Portanto deve-se decidir pela prevalência do dispositivo do CCB (BRASIL, 2002), sendo esse conflito meramente aparente, respeitando assim a vontade do titular do direito quando expressa, pois essa vontade é íntima, pessoal e intransferível. Imperioso, portanto, que a vontade de ser doador de órgãos e tecidos seja manifestada em vida, para que seja respeitada, pois no silêncio do titular do direito a lei defere à família um direito que deveria ser indelegável pela pessoa. (CABRAL; ZAGANELLI; PERES, 2016, p. 380-381)

Sendo assim, tal interpretação se baseia no entendimento de que “a interpretação de que o Código Civil regula apenas os atos declaratórios de vontade, que devem ser respeitados, e a Lei dos Transplantes se aplica em casos em que não há tal ato, decidindo, neste caso, a família do morto” (KLIEMANN, CATIARI, s.d., s.p.). Neste diapasão, Bandeira (2009), elucida que subsistindo o

consentimento livre e esclarecido, não há que se falar contrariedade constitucional, vez que ocorrerá, nestes casos, a ponderação da restrição de um direito de um indivíduo em prol da necessidade de outrem, ocasionando a harmonização dos preceitos constitucionais distintos, quais sejam, os direitos da personalidade, o princípio maior da dignidade da pessoa humana, bem como o direito a autodeterminação, o princípio bioético da autonomia da vontade e o direito à integridade física e disposição do próprio corpo. Desta senda, Ana Cláudia Pirajá Bandeira leciona que:

Na legislação brasileira de transplante, para a retirada de órgão *post mortem*, prevalece a solução do consentimento informado, decorrente do direito fundamental irrenunciável de cada pessoa autodeterminar-se em relação ao seu corpo e sua saúde. Quando inexistente manifestação de vontade do doador, agora cadáver, caberá a família reconhecer qual era a vontade do *de "cujus"*, autorizando ou não a doação. [...] O consentimento será prestado para uma doação para depois da morte e, em nenhum momento, ela fere a integridade física do doador, quando respeitadas as normas legais específicas à matéria, além de poder ser sempre revogada. (BANDEIRA, 2009, p. 140)

Em outras palavras, o direito de consentir cedido à família não insurge nenhuma forma de conflito com direitos da personalidade nem com preceitos constitucionais, pois se dá em caráter suplementar, preenchendo a lacuna na ausência de manifestação de vontade ainda em vida pelo doador já falecido. Este consentimento fora adotado para “respeitar os princípios gerais de proteção ao corpo humano, como a primazia da pessoa, a dignidade da pessoa, o respeito do ser humano diante da comercialização de sua vida, inviolabilidade do corpo humano e etc” (BANDEIRA, 2009, p. 141).

Em contrapartida, evidencia-se que “somente o Código Civil possui um texto compatível com a ética, pois a conclusão Bioética sobre o tema é a de que sempre se deve respeitar a autonomia da vontade através do ato declaratório e, nos casos em que não houver, não se deve realizar o transplante” (KLIEMANN; CATIARI, s.d., s.p.). Esta é a ideologia basilar da segunda forma de interpretação do conflito legal entre os dispositivos em tela, sendo que sob este prisma mesmo na ausência de manifestação do doador a família não pode ser considerada legitimada para consentir ou recusar a doação e transplante de órgãos e/ou

tecidos. Kliemann e Catiari, em suas ponderações, aclaram o entendimento base desta interpretação, a seguir:

Pela leitura de comentadores, pode-se afirmar que o Código Civil, claramente, deixa exclusivamente ao indivíduo a decisão de dispor sobre possíveis transplantes post mortem, notadamente através da expressão “próprio corpo”. Note-se que este dispositivo se adapta perfeitamente aos princípios da Bioética da dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade, principalmente porque autoriza não só a declaração de disposição de corpo para após a morte, como também a revogação de tal manifestação da vontade a qualquer tempo. Ademais, a autonomia da vontade do indivíduo é ainda mais resguardada porque o código limita o uso do corpo post mortem com objetivo científico ou altruístico, impedindo qualquer tipo de comercialização de atos declaratórios de vontade, ofertas econômicas ou “chantagens” de possíveis receptores. (KLIEMANN; CATIARI, s.d., s.p.)

Sob esta ótica o conflito não seria aparente, mas sim real, motivo o qual, Kliemann e Catiari (s. d.) entendem ser necessária a reformulação do art. 4º da Lei de Transplantes a fim de que esta se adeque aos princípios bioéticos da dignidade da pessoa humana, da autonomia da vontade, espelhando-se na disposição do art. 14 do CC, moldando-se, também aos preceitos do Biodireito. Neste diapasão, Marinho (2011, p. 120-122 *apud* MAYNARD *et all*, 2015-2016, p. 131) extrai da atual redação do art. 4º da Lei de Transplantes o entendimento de que “[...] alija o possível doador da escolha fundamental do destino de seus órgãos e acaba por privá-lo de completa autodeterminação”. Por conseguinte, Ana Cláudia Pirajá Bandeira argumenta que:

[...] só a pessoa tem o poder de dispor, eficazmente, sobre o seu corpo, não sendo permitido que os familiares supram esse consentimento, salvo caso de incapacidade do doador. Para os defensores desta solução, não cabe aos parentes uma decisão sobre o corpo de seu ente, mesmo que sem vida, pois estão legitimados apenas a tomar decisões em serviço da pessoa falecida sobre o tipo e o lugar de enterro é a pretensão de que seja respeitado o sentimento de piedade do cadáver. Ao se perguntar a família a vontade do possível doador, pode ocorrer de ser manifestada a vontade da família e não do morto. [...] é negada aos familiares qualquer intervenção no processo, tendente a legitimar a recolha de órgãos da pessoa falecida. Deve haver manifestação expressa do consentimento do doador. Caso ela não exista, não prevalece a vontade dos familiares. O

silêncio, portanto, deve ser entendido como impeditivo da recolha de órgãos e deve ser respeitado. (BANDEIRA, 2009, p. 139)

Isto posto, mediante a ausência de manifestação em vida do doador, a fim de que se evitasse a intervenção familiar na disposição do corpo de outrem, bem como o desrespeito a autodeterminação do próprio possível doador, motivo o qual o silêncio deste deveria ser compreendido como óbice a extração e transplante de órgãos e/ou tecidos, independente do posicionamento familiar. Vislumbra-se, portanto, que ambas as correntes de interpretação divergem radicalmente quanto a existência ou não do conflito entre o art. 4º da Lei nº 9.434/97 e o art. 14 do Código Civil Brasileiro, cada uma respaldada em argumentos jurídicos cuidadosamente embasados em preceitos de extrema relevância constitucional. Desta forma, fora aprovado na IV Jornada de Direito Civil realizada no ano de 2006, o Enunciado de nº 277, *in verbis* a seguir:

277 – Art.14. O art. 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, portanto, a aplicação do art. 4º da Lei n. 9.434/97 ficou restrita à hipótese de silêncio do potencial doador. (BRASIL, 2006, p. 02)

Por conseguinte, fora consolidada, por meio do enunciado supra, a orientação de que a aplicação do art. 4º da Lei de Transplantes se faz em caráter suplementar, ou seja, apenas na ausência da manifestação de vontade em vida, o que concretizaria a previsão do art. 14 do CC. No entanto, na prática cotidiana observa-se uma “terceira interpretação”, sendo esta emergente dos casos concretos, na qual, segundo deslinda Tieghi (2013, s. p.): “na prática médica, mesmo quando se sabe da vontade do doador em doar ou não seus órgãos será consultada a família, e adotar-se-á a vontade desta”.

Então, Márcia Helena dos Santos Cruz (2013, p. 52 e 53 *apud* PESSANHA *et all*, 2016, p. 753) esclarece que o que realmente vale “é a autorização da família, de acordo com a vontade que o indivíduo manifestou antes de morrer”, refererida doutrinadora ainda ressalta que “Mas se o indivíduo não se manifestou em vida, a família pode decidir se os órgãos devem ser doados ou não,

independentemente da decisão do possível doador em vida” (CRUZ, 2013, p. 52 e 53 *apud* PESSANHA *et all*, 2016, p. 753).

Ante ao exposto, evidente que tal conflito nada mais é que um “suposto” conflito, vez que a contradição seria meramente aparente, conforme fundamenta o enunciado nº 277 da IV Jornada de Direito Civil, bem como os argumentos dos doutrinadores expostos até o presente momento, inclinando-se para o entendimento que a família será sim legitimada para consentir ou recusar a extração de órgãos e/ou tecidos, contanto, essa legitimidade se dá apenas com o silêncio do legitimado por direito, o próprio doador, agora cadáver. Por fim, imperioso que embora existam outras correntes de interpretações divergentes da adota no presente trabalho, a defendida neste é a que melhor se adequa aos preceitos constitucionais, bioéticos, do biodireito, bem como de todo o ordenamento pátrio como um só.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, é sabido que o princípio da dignidade da pessoa humana é valor fundamental do Estado Brasileiro, devido a sua posição geográfica na Lei Maior. Isto se dá graças a valoração dos direitos humanos e/ou fundamentais ocorrida no século XX. Partindo da majoração destes valores básicos à espécie humana, fez-se necessário a mudança de ponto de vista não apenas do Direito, mas também das ciências biológicas e da ética. Desta forma, criou-se o berço para o nascimento da Bioética e, em momento posterior, do Biodireito.

A Bioética se caracteriza como uma disciplina a qual se preocupa com a análise e reflexão ética no âmbito das ciências biológicas e tecnocientíficas a fim de que os direitos humanos básicos não sejam desrespeitados. Tal disciplina se pauta em três princípios contidos no Relatório de Belmont, os quais são: benevolência (não-maleficência), autonomia da vontade e justiça.

Em suma, o princípio da beneficência e conseqüente não-maleficência, preconiza a ideologia de que o médico deve fazer sempre o que for mais benéfico ao seu paciente, não causando nenhum prejuízo a sua saúde, no entanto, tal princípio pode, por vezes, contrastar com o princípio da autonomia da vontade do paciente, o qual estabelece que deve ser respeitada a vontade do paciente, ou seja, visto que cabe a ele exercer o poder decisório relacionado a disposição de seu corpo. Em último momento, tem-se, ainda, o princípio da justiça, o qual institui que as descobertas e recursos tecnocientíficos e biológicos devem ser distribuídos de maneira equivalente, vez que finaliza beneficiar a espécie humana como um todo.

Esta disciplina, apesar de sofrer diversas reconceituações para melhor se adaptar aos novos desafios a serem enfrentados, ainda assim possui uma importante questão passível de críticas: sua falta de coercibilidade. Em outras palavras, apesar da reflexão e discussão proporcionada pela Bioética, esta apenas orienta as condutas médicas, logo, quando um profissional da saúde age em desconformidade com tais orientações, não enseja punição, vez que a coercibilidade é característica do Direito. Por conseguinte, surge, então, o Biodireito, um ramo do Direito intrinsecamente relacionada com a Bioética, possuindo, porém, coercibilidade característica de seu ramo. Este recente ramo

se fundamenta em princípios constitucionais fundamentais como: direito a vida, a saúde, a informação, entre outros.

Insta salientar que, embora exista a gama dos direitos fundamentais, a fim de assegurar que tais direitos não sejam violados no âmbito privado, foram instituídos os direitos da personalidade. Tais direitos estão previstos no Código Civil Brasileiro de 2002 nos arts. de 11 ao 21 e são considerados desdobramentos dos direitos fundamentais/humanos, diferenciados, principalmente, pela esfera em que se encontra. Estes direitos são inalienáveis, intransmissíveis, impenhoráveis, entre outras características. À luz destas, deve-se considerar o direito de consentir. Consentir se baseia, basicamente, em autorizar, ou não que determinado procedimento cirúrgico ou não, tratamento ou medicamento seja utilizado em determinado indivíduo. O direito de consentir pode ser compreendido como direito personalíssimo, adentrando na esfera dos direitos da personalidade por ser relacionar, no presente feito, com a disposição corporal.

O direito de dispor do próprio corpo em vida, ou para após o óbito, segundo preceito estabelecido na lei civil vigente, é pertencente ao próprio indivíduo, vez que cabe ao mesmo exercer sua autonomia e seu direito a autodeterminação, ambos protegidos pela Carta Política. Todavia, a prática do transplante de órgãos e/ou tecidos é regrada por lei especial, Lei nº 9.434/97, devendo, portanto, ser aplicadas as disposições nela previstas. Nesta linha de visada, a legislação específica supra estabelece que, nos casos de doador já falecido, o direito de consentir fica a encargo do cônjuge ou da família deste, na forma do consentimento informado mediante um termo de consentimento livre e esclarecido devidamente assinado pelo legitimado. Vislumbra-se, desta forma, uma aparente colisão de ideologias: a lei civil defende que, apesar dos direitos da personalidade se extinguirem, em tese, com a morte, o direito de dispor do próprio corpo cabe ao indivíduo apenas; em contrapartida, a lei específica defende que nos casos de doação *post mortem*, são legítimos os familiares para consentir ou não tal doação.

Quando da análise do aparente conflito, evidencia-se que, os direitos da personalidade se estendem para após a morte, devendo, portanto, o cadáver ser tratado com respeito e dignidade inerentes ao indivíduo em vida, vez que considera-se que neste subsiste um “resquício” de dignidade. Assim sendo, cabe salientar que, conforme explanações nas secções supra, direitos do cadáver não

deve ser confundido com direitos da personalidade. Desta forma, busca-se ainda uma resposta para tal conflito enquanto questiona-se a própria existência deste. Objetivando a resolução do “conflito” legal relativo a legitimidade para consentir na doação de órgãos para após a morte do doador, foram pensadas duas possíveis respostas a tal problema jurídico.

A primeira resposta, sendo esta a mais radical, entende que como o direito de consentir é personalíssimo, este cabe apenas ao próprio indivíduo, não podendo ser estendido a família, vez que não são legitimados e que, caso fossem, haveria o risco de que a verdadeira vontade do doador *de cuius* não fosse concretizada, contrariando seu direito a autonomia, autodeterminação e a sua dignidade. Neste caso, quando manifestada vontade em vida, esta deve ser obedecida e, caso o doador não tenha deixado manifestação em vida, seu silêncio deve ser compreendido como recusa, não cabendo, nem nesta hipótese, a família o poder decisório.

Em contrapartida, a segunda resposta entende que, na verdade não existe um conflito, tratando-se apenas de um conflito aparente, vez que ambas disposições podem ser harmonizadas da seguinte forma: havendo manifestação de vontade em vida, esta deve prevalecer, no entanto, quando da ausência de manifestação por parte do doador, agora falecido, caberá a família o direito de consentir, devendo estes primar pela dignidade do indivíduo, já morto. Portanto, o consentimento família possuiria o caráter de complementariedade, ou seja, só será legítimo para suprir a ausência de manifestação em vida. Visando a melhor pacificação do conflito doutrinário acerca da temática proposta, o Conselho Federal de Medicina editou a resolução na qual institui a concreção da prevalência do direito de dispor do próprio corpo do indivíduo sobre o direito de consentir cedido a família. Em tal previsão regulamentadora médica, a manifestação do próprio indivíduo deixada em vida faz com que seja desnecessário o consentimento familiar, contudo, na ausência desta, tal consentimento será suprido pelo concedido pela família.

É sabido que, a condição na qual se dá a obtenção do consentimento familiar é de extrema complexidade, vez que os familiares estão lidando com a dor, o luto, o sentimento de impotência perante a perda do ente querido e, portanto, é imprescindível que o responsável pela entrevista tenha extremo

cuidado e provenha apoio a família independentemente de seu consenso ou recusa. A prática do transplante impacta de maneira benéfica na vida das pessoas, ao prolongar a qualidade de um indivíduo mediante a solidariedade de outro, sem causar prejuízo a nenhum destes. Destarte, tal prática deveria ser propriamente trabalhada com a população, já que um dos motivos da recusa familiar é exatamente a ignorância quanto a recomposição do cadáver, a incompreensão da morte encefálica, bem como a desinformação acerca do benefício da doação para com outrem. Embora haja ainda a preocupação com questões de cunho penal relevantes, como a comercialização e o tráfico de órgãos, deve-se propagar ainda as benesses da doação e do transplante visando que haja o acréscimo de possíveis doadores, tanto em vida com falecidos, e, conseqüentemente, mais transplantes realizados e mais vidas salvas pela solidariedade humana.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Marcos de. Comentário sobre os princípios fundamentais da Bioética: Perspectiva médica. *In*: PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de (Org.). **Fundamentos da Bioética**. São Paulo: Paulus, 1996.

ALMEIDA, Maria Celeste do Patrocínio de. Doação e transplante de órgãos e tecidos e bioética. *In*: **Rev. Grupo Editorial Moreira Jr**, s. l., 2014, p. 25-32. Disponível em: <http://www.moreirajr.com.br/revistas.asp?fase=r003&id_materia=5832>. Acesso em: 09 ago. 2017;

ALMEIDA NETO, João Beccon de *et al.* O valor social do cadáver humano: Personalidade, pesquisa científica, doação de órgãos e corpos. *In*: **Rev. Diário & Justiça**, Porto Alegre, v. 34, n. 1, 2008, p. 60-73. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/5159>>. Acesso em: 29 set. 2017;

ANDRADE, Ana Marisa Carvalho de. Considerações jurídicas acerca do início da vida humana. *In*: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 17, n. 3.221, 26 abr. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21637>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

ARAÚJO, Anne de Fátima Pedrosa; RODRIGUES, Natália Bernadeth Fernandes. Direitos da personalidade. *In*: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/55019/direitos-da-personalidade>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

ARAUJO, Eliana da Silva. **Transplantes de órgãos e tecidos humanos, e seus limites ético-jurídicos em defesa da dignidade da pessoa humana**. 181f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário FIEO, Osasco, 2006. Disponível em: <http://www.unifio.br/pdfs/diss_eliana_araujo.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2017;

ÁVILA, Fabiana. Eutanásia: inviolabilidade do direito à vida? *In*: **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 7, n. 1, 1 quadr. 2012. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em 14 out. 2017.

AZEVEDO, Maria Alice da Silva. Origens da Bioética. *In*: **Revista Nascer e Crescer: Revista do Hospital de Crianças Maria Pia**, v. 19, n. 4, 2010, p. 255-259. Disponível em: <<http://www.scielo.mec.pt/pdf/nas/v19n4/v19n4a05.pdf>> Acesso em 13 fev. 2017.

BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá. **O Consentimento no Transplante de Órgãos – À luz da Lei no 9.434/97 com alterações posteriores**. Curitiba: Juruá, 2009.

BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios da Bioética e do Biodireito. *In*: **Revista Bioética**, v. 8, n. 2, 2000, p. 209-216. Disponível em:

<http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/276>
Acesso em: 13 de fev. 2017.

BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Bioética e Reprodução Medicamente Assistida. *In*: PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de (Org.). **Fundamentos da Bioética**. São Paulo: Paulus, 1996.

BARROSO, Antonio Carlos. **Biologia**: Células, Tecidos, Sistemas etc. Disponível em: <<https://accbarroso60.wordpress.com/2011/02/27/biologia-celulas-tecidossistemas-etc/>>. Acesso em: 09 ago. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 jul. 2017.

_____. **Decreto nº 2.268 de 30 de Junho de 1997**. Regulamenta a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fim de transplante e tratamento, e dá outras providências. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/d2268.htm>. Acesso em: 16 ago. 2017.

_____. **Lei nº 9.434 de 4 de fevereiro de 1997**. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm> Acesso em: 14 fev. 2017.

_____. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 05 mar. 2017.

_____. **Lei Nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do §3º do art. 37 e nos §2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111 de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 21 jul 2017.

_____. **Lei nº 13.146 de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm> Acesso em: 05 mar. 2017.

_____. **Medida Provisória nº 1.718 de 30 de Dezembro de 1998**. Acresce parágrafo ao art. 4º da Lei n 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas/1718-3.htm>. Acesso em: 16 ago. 2017.

_____. **Medida Provisória nº 1.959 de 24 de Outubro de 2000**. Altera dispositivos da Lei n 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas/1959-27.htm>. Acesso em: 16 ago. 2017.

_____. **Portal Brasil**. Número de brasileiros doadores de órgãos bate recorde em 2016, 2017, s. p. Disponível em:

<<http://www.brasil.gov.br/saude/2017/03/numero-de-brasileirosdoadores-de-orgaos-bate-recorde-em-2016>>. Acesso em: 11 jun 2017. BRASIL. Portal Brasil. Apenas a família pode autorizar a doação de órgãos de parente, 2016, s. p. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2016/09/apenas-a-familia-podeautorizar-a-doacao-de-orgaos-de-parente>>. Acesso em: 11 jun 2017.

BRAZ, Marlene *et al.* Algumas datas e acontecimentos. *In: Revista Ghente – Bioética*. Disponível em: <<http://www.ghente.org/bioetica/historico.htm>> Acesso em 13 fev. 2017.

CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat; ZAGANELLI, Margareth Vetis; PERES, Vanessa Cruz dos Santos. Aparente conflito de consentimento na doação de órgãos e tecidos post mortem. *In: Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 18, n. 115, 2016, p. 357-386. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1160>> Acesso em: 13 fev. 2017.

CAMPOS JUNIOR, Antonio da Silva. Biodireito e desenvolvimento sustentável. *In: Revista de informação legislativa*, v. 49, n. 196, p. 221-231, 2012. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496624>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

CANO, Marcel Tenorio de Brito. O fenômeno da relativização da inviolabilidade da vida humana frente a outros princípios constitucionais e o excepcional caso dos embriões excedentários da fertilização “in vitro”. *In: Intertemas*: s.l., v. 6, n. 6, 2010. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2301/1869>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

CANTOR, Norman L. **After we die**. **Georgetown University Press**. Disponível em: <<http://press.georgetown.edu/book/georgetown/after-we-die>>. Acesso em: 29 set. 2017.

CARDOSO, Rodrigo Eduardo Rocha. Abordagem constitucional acerca do princípio da igualdade e das ações afirmativas no ensino superior. *In: Direitonet*: portal eletrônico de informações, 2006. Disponível em:

<<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2787/Abordagem-constitucional-acerca-do-principio-da-igualdade-e-das-aco-es-afirmativas-no-ensino-superior>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

CARNEIRO, Karolyne Alencar. Principais alterações do Estatuto da Pessoa com Deficiência no âmbito do Direito Civil. *In: Guia Jurídico Diário*: portal eletrônico de informações, s.d. Disponível em: <http://www.profareisguida.com.br/2016/07/principais-alteracoes-do-estatuto-da_19.html> Acesso em: 05 mar. 2017.

CARVALHO, Regina Ribeiro Parise; ALBUQUERQUE, Aline. Desigualdade, bioética e Direitos Humanos. *In: Revista Bioética*, v. 23, n. 2, 2015, p. 227-237. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/1023/1274>. Acesso em: 12 fev. 2017.

CARVALHO, Sandra Filipa Correia Teles. **Consentimento presumido nas intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários**: análise crítica do artigo 156.º Código Penal Português. 162f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Lusíada de Lisboa, Lisboa, 2012. Disponível em: <http://repositorio.ulusiada.pt/bitstream/11067/494/1/md_sandra_carvalho_dissertacao.pdf> Acesso em: 13 fev. 2017.

CHAVES, Cristiano. **Direito Civil**: Direitos da Personalidade. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/23137109/direito-civil---cristiano-chavesdoc>>. Acesso em: 23 set. 2017;

COLUCCI, Maria da Glória. **Vulnerabilidade da pessoa**: A declaração universal sobre Bioética e Direitos Humanos e os Objetivos de Desenvolvimento do milênio. Disponível em: <<http://rubicandarascalucci.blogspot.com.br/2010/10/vulnerabilidade-da-pessoa-declaracao.html>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

COMISSÃO Organizadora do III Congresso Brasileiro de Bioética. Apresentação. *In*. CLOTET, Joaquim (Org.). **Bioética**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/edipucrs/digitalizacao/irmaosmaristas/bioetica1.pdf>> Acesso em: 13 fev. 2017.

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. **IV Jornada de Direito Civil**: Enunciados Aprovados - 2006. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/IV%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS.pdf/view>>. Acesso em: 09 out. 2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.480/97**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480_1997.htm>. Acesso em: 09 out. 2017.

CORRÊA, Carlos Romeu Salles. Evolução da doutrina da dignidade da pessoa humana. *In: Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 16, n. 109, fev. 2013. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12788>. Acesso em: 16 jul. 2017.

CORRÊA, Carlos Romeu Salles. O princípio da dignidade da pessoa humana em harmonia com o positivismo jurídico. *In: Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 15, n. 101, jun. 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11842>. Acesso em: 16 jul. 2017.

CORREIA, Francisco de Assis. Alguns desafios atuais da Bioética. *In: PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de (Org.). Fundamentos da Bioética*. São Paulo: Paulus, 1996.

COSTA NETO, João. Dignidade Humana: Evolução Histórico-Filosófica do conceito e de sua interpretação à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. *In: Rev. Observatório da Jurisdição Constitucional*, Brasília, v. 2, a. 5, 2012. Disponível em: <<https://pt.slideshare.net/igortexugo/dignidade-humana-evoluo-historicofilosfica-do-conceito-e-de-sua-interpretao-luz-da-jurisprudncia-do-tribunal-constitucional-federal-alemo>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

COTTA, Elisabete Moraes; FUNES, Gilmara Pesquero Fernandes Mohr. **Da dignidade da pessoa humana**. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1441/1377>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

CUNHA, Thiago; LORENZO, Cláudio. Bioética global na perspectiva da Bioética crítica. *In: Rev. Bioética*, v. 22, n. 1, 2014, p. 116-125. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/888/981> Acesso em: 13 fev. 2017.

CROSARA, Héliida. Dignidade da Pessoa Humana. *In: Direitonet: portal eletrônico de informações*, 2005. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2369/Dignidade-da-pessoa-humana>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

DANTAS, Flaviana Anselmo *et all*. **Aspectos éticos e legais da doação e transplantes de órgãos no Brasil**. Disponível em: <<http://apps.cofen.gov.br/cbcentf/sistemainscricoes/arquivosTrabalhos/I41682.E10.T6948.D6AP.pdf>>. Acesso em: 09 ago. 2017;

DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do biodireito**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **O Estado atual do biodireito**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FABRIZ, Daurly Cesar. **Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma ao biodireito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FALCÃO, Natalia Fraga et al. A Fundamentação Filosófica do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. *In: XI Salão de Iniciação Científica da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, ANAIS...*, 2010, p. 2091-2093. Disponível em:

<http://www.pucrs.br/edipucrs/XISalaoIC/Ciencias_Sociais_Aplicadas/Direito/84400-NATALIAFRAGAFALCAO.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2017;

FERDIN, Andréia; OLIVEIRA, Marcelo de. A História da Bioética no mundo. *In: Universo Jurídico*, Juiz de Fora, 2009. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/6452/A_Historia_da_Bioetica_no_Mundo> Acesso em: 13 fev. 2017.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Os direitos da personalidade como direitos essenciais e a subjetividade do Direito. *In: Rev. Jurídica Cesumar*, Maringá, v. 6, n. 1, 2006, p. 241-266. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/313>>. Acesso em: 11 ago. 2017;

FERREIRA; Jussara Suzi Assis Borges Nasser *et all*. Biodireito e superação da lei. *In: Cient. Ciênc. Juríd. Empres.*, Londrina, v. 2, n. 1, p. 15-27, mar 2001. Acesso em: 22 jul. 2017.

_____. Bioética e Biodireito. *Rev. Eletrônica Scientia Iuris*, Londrina, v. 2-3, 1998-1999, p. 41-63. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/11274>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

FONSECA, Daniela Rodrigueiro Peres. **A dignidade da pessoa humana: Razão de existência das tutelas ambientais**. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79071034.pdf>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

FORTES, Paulo Antonio de Carvalho. Reflexões sobre a Bioética e o consentimento informado. *In: Revista Bioética*, v. 2, n. 2, 1994. Disponível em: <<http://www.psiquiatriageral.com.br/bioetica/reflexoes.htm>> Acesso em: 12 fev. 2017.

GARCIA, Camila Nicastro. Publicidade e direito à informação no Código de Defesa do Consumidor. *In: Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 10, n. 45, set. 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2268>. Acesso em: 21 jul. 2017.

GARRAFA, Volnei; SANTOS, Ivone L. Análise da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO à luz da Ética de Paulo Freire. *In: Revista Redbioética (UNESCO)*, v. 1, n. 3, 2011, p. 130-135. Disponível em: <http://www.unesco.org.uy/mab/fileadmin/shs/redbioetica/revista_3/Santos-Garrafa.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2017.

GEWEHR, Mathias Felipe. O princípio da dignidade da pessoa humana e as questões de biodireito à luz da interpretação dos tribunais brasileiros. *In: Rev. Espaço Jurídico: UNOESC*, v. 6, n. 2, 2005, p. 115-128. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/8809>>. Acesso em: 16 jul. 2017;

GOLDIM, José Roberto. **A evolução da definição de Bioética na visão de Van Rensselaer Potter 1970 a 1998**. Rio Grande do Sul: UFRGS, 2003. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/bioetev.htm>> Acesso em: 12 fev. 2017.

_____. **Aspectos Éticos dos Transplantes de Órgãos**, 2005. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/transprt.htm>>. Acesso em: 16 ago 2017;

_____. Bioética: Origens e Complexidade. *In: Rev. HCPA & Faculdade de Medicina do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 26, v. 2, 2006, p. 86-92. Disponível em: <<http://bases.bireme.br/cgi-bin/wxislind.exe/iah/online/?IsisScript=iah/iah.xis&src=google&base=LILACS&lang=p&nextAction=lnk&exprSearch=691436&indexSearch=ID>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

GOMES, Daniela Vasconcellos. Algumas considerações sobre os direitos da personalidade. *In: Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 13, n. 80, set 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8264>. Acesso em 10 ago. 2017.

GOMES, Thaís. Doação e Transplante de órgãos: A interpretação jurídica da lista de espera à luz dos princípios da bioética. *In: Jusbrasil: portal eletrônico de informações*, 2015. Disponível em: <<https://thaitaa.jusbrasil.com.br/artigos/186156152/doacao-e-transplante-de-orgaos>> Acesso em: 13 fev. 2017.

GUERRA, Tâmara Belo; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. Direito de Informação. *In: Revista Intertemas*, 2010, p. 1-11. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2581/2258>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

GUIMARÃES, Simone de Almeida Bastos. O direito à informação e os princípios gerais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor. *In: Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3362>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

HOGEMANN, Edna Raquel. **A trajetória histórica e os conflitos entre o direito à informação e a liberdade de expressão**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=146389f11f0e76cb>>. Acesso em: 21 jul 2017.

ISONOMIA, Princípio da. **Princípios Constitucionais**. Disponível em: <<http://principios-constitucionais.info/principio-da-isonomia.html>>. Acesso em 17 jul. 2017;

JUNQUEIRA, Cilene Rennó. **Especialização em Saúde da Família Modalidade à Distância – Módulo Bioética – Bioética: Conceito, fundamentação e princípios**. São Paulo: UNIFESP, 2010 – 2011. Disponível em: <http://www.unasus.unifesp.br/biblioteca_virtual/esf/1/modulo_bioetica/Aula01.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2017.

JUSTINO, Guilherme. **Entenda a importância da doação de órgãos**. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/vida-e-estilo/vida/noticia/2016/11/entenda-a-importanciada-doacao-de-orgaos-gesto-que-pode-salvar-vidas-8252198.html>>. Acesso em: 11 jun. 2017.

KLIEMANN; Luís Thiago Fernandes; CATIARI, Claudimir. **Transplante de órgãos post mortem: entre a Bioética e o Biodireito**. Disponível em: <<http://www.cejam.unir.br/arquivos/TRANSPLANTES%20DE%20ORGAOS.pdf>>. Acesso em: 09 ago. 2017;

KRIEGER, Mauricio Antonacci. Dos direitos fundamentais: direito à vida. *In: Revista Conteúdo Jurídico*, Brasília, 31 jan. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.41932&seo=1>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

LAPA, Fernanda Brandão. **Bioética e Biodireito: um estudo sobre a manipulação do genoma humano**. 204f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/82656>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

LEITE, Maria de Fátima Esper. **Os princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade de expressão** – possível colisão e determinados aspectos práticos. 86f. Monografia (Bacharel em Direito) - Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2010. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Maria%20de%20F%C3%A1tima%20Esper%20Leite.pdf>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

LIMA, Francisco Arnaldo Rodrigues de. O princípio da dignidade da pessoa humana nas constituições do Brasil. *In: Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 15, n. 97, fev. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11138>. Acesso em: 16 jul. 2017.

LIMA JÚNIOR, Paulo Gomes de; FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. A eficácia do direito à dignidade da pessoa humana. *In: Rev. Jurídica Cesumar – Mestrado*, v. 12, n. 1, 2012, p. 313-340. Disponível em: <periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/download/2400/1651>. Acesso em: 16 jul. 2017;

LOCH, Jussara de Azambuja. **Princípios da Bioética**. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/bioetica/cont/joao/principiosdebioetica.pdf>> Acesso em: 13 fev. 2017.

MATTIA, Fábio Maria de. Direitos da personalidade: aspectos gerais. *In: Rev. Inf. legisl.*, Brasília, a. 14, n. 56, 1977, p. 247-266. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181045>>. Acesso em: 11 ago. 2017;

MARREIRO, Cecília Lôbo. A interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana no atual contexto da Constituição brasileira. *In: Revista Jus Navigandi*, Teresina, 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23382/a-interpretacao>>

do-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-no-atual-contexto-da-constituicao-brasileira>. Acesso em: 16 jul. 2017;

MAYA, William Carmona. O direito à vida e à saúde previstos na Constituição Federal. *In: Migalhas*: portal eletrônico de informações, 2011. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI147063,81042-O+direito+a+vida+e+a+saude+previstos+na+Constituicao+Federal>>. Acesso em: 22 jul 2017;

MAYNARD, Lorena Oliveira Dantas *et all*. Os conflitos do consentimento acerca da doação de órgãos post mortem no Brasil. *In: R. Dir. Sanit.*, São Paulo, v. 16, n. 3, 2015-2016, p. 122-144. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/297658579_OS_CONFLITOS_DO_CONSENTIMENTO_ACERCA_DA_DOACAO_DE_ORGAOS_POST_MORTEM_NO_BRASIL>. Acesso em: 23 set. 2017;

MEDEIROS, Clayton Gomes de; WACHELESKI, Marcelo Paulo. **A lei de acesso à informação e o princípio da transparência na Administração Pública**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4740fcb3becc721b>>. Acesso em: 21 jul 2017;

MELONI, Caio Spazzapan. A influência do pensamento cristão na construção do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: Uma breve análise das filosofias de Santo Agostinho e São Tomás de Aquino. *In: Revista Jus Navigandi*, Teresina, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/39969/a-influencia-do-pensamento-cristao-na-construcao-do-principio-constitucional-da-dignidade-da-pessoa-humana>>. Acesso em 16 jul. 2017.

MIZIARA, Ivan D. Ética para clínicos e cirurgiões: consentimento. *In: Revista da Associação Médica Brasileira*, v. 59, n. 4, 2013, p. 312-315. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ramb/v59n4/v59n4a05.pdf>> Acesso em: 13 fev. 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Germana Oliveira de; PEIXOTO, Francisco Davi Fernandes. O Biodireito através do prisma da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais. *In: Revista do Curso do Mestrado em Direito da UFC*, 2008, p. 103-127. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/12183/1/2008_art_gomoraes.pdf> Acesso em: 13 de fev. 2017.

MORI, Maurizio. Traduzido por SCHRAMM, Fermim Roland. A Bioética: sua natureza e história. *In: Rev. ResearchGate*, 2016. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/267955866_A_BIOETICASUA_NATUR_EZA_E_HISTORIA>. Acesso em: 13 fev. 2017.

MOURA, Pedro Henrique Guimarães de. **O existencialismo sartriano: uma filosofia otimista da possibilidade e da potencialidade humana.** Disponível em: <<http://pensamentoextemporaneo.com.br/?p=2421>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

MÜLLER, Jorge P. **Dignidade da pessoa humana: evolução de uma ideia.** Disponível em: <http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0613180_08_cap_02.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2017;

MUÑOZ, Daniel Romero; FORTES, Paulo Antonio Carvalho. O princípio da autonomia e o consentimento livre e esclarecido. *In: Portal Médico: portal eletrônico de informações, s.d.* Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/Partellautonomia.htm> Acesso em: 13 fev. 2017.

NEVES, Allessandra Helena. Direitos fundamentais versus direitos da personalidade: contraposição, coexistência ou complementaridade?. *In: Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 352, 24 jun. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5387>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

NICOLAO, Hamilton Pessota. **Direitos Fundamentais:** princípio da dignidade da pessoa humana frente à autonomia privada nas relações entre particulares. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_2/hamilton_nicolao.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2017.

NICOLODI, Márcia. Os direitos da personalidade. *In: Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 134, 17 nov. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4493>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

OLIVEIRA, Ciro Jônatas de Souza. Garantia do direito à informação no Brasil: Contribuições da Lei de Acesso à Informação. *In: Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 16, n. 117, out. 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13718>. Acesso em: 21 jul. 2017.

OLIVEIRA, Julio Moraes. Direitos da Personalidade, Bioética e Biodireito: Uma Breve Introdução. *In: Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, v. 2, n. 1, jan.-jun. 2013, p. 1-28. Disponível em: <<http://periodicos.ufsm.br/REDESG/article/view/8750/pdf#.Wlj4cvnyvIV>> Acesso em: 13 fev. 2017.

OLIVEIRA, Renata Almeida. Doação e transplante de órgãos. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 8, n. 21, mai. 2005. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=515>. Acesso em 09 ago. 2017.

OMMATI, José Emílio Medauar. Bioética: origens, fundamentos. *In: Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 3, n. 23, 1998. Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/1839/bioetica-origens-fundamentos>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

PAIANO, Daniela Braga; ROCHA, Maurem da Silva. Biodireito e o início da vida: crise de paradigmas no ordenamento jurídico brasileiro. *In: Revista Intertemas*, v. 12, s.d., p. 123-140. Disponível em: <intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/INTERTEMAS/article/viewFile/731/731> Acesso em: 12 fev. 2017.

PARISE, Patrícia Spagnolo. **O que é Biodireito?** Disponível em: <<http://www.faculdadeobjetivo.com.br/arquivos/ART4.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2017;

PEDOTT, Laura. **Reconhecimento dos direitos do cadáver.** Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/ETIC/article/viewArticle/6551>>. Acesso em: 29 set. 2017;

PEDRA, Adriano Sant'Ana. Transplante de Órgãos de Anencéfalos. *In: Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 8, n. 3, 2007-2008, p. 166-179. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/80648>> Acesso em: 12 fev. 2017.

PEDROSA, Julia. Biodireito, bioética e meio ambiente. *In: Jusbrasil: portal eletrônico de informações*, 2016. Disponível em: <<https://juliapedrosa.jusbrasil.com.br/artigos/304919051/biodireito-bioetica-e-meio-ambiente>>. Acesso em: 12 fev. 2017.

PEGORARO, Olinto. Ética na contemporaneidade. *In: PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de (Org.). Fundamentos da Bioética.* São Paulo: Paulus, 1996.

PEREIRA, Deise Zalsizeski. Sete Chefes contra Tebas: a ponderação de interesses nos transplantes de órgãos e tecidos "post mortem". *In: Rev. Caderno Virtual*, s. l., v. 1, n. 13, 2007, p. 01-19. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/66>>. Acesso em: 23 set. 2017.

PERETTI, Rubens Evandro de Godoy. **Concepções básicas de Biodireito.** Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2406/1931>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

PESSANHA, Anysia Carla Lamaco *et all.* Conflito de legitimidade para o consentimento na doação de órgãos e tecidos *post mortem*. *In: XII Congresso Latinoamericano de Humanidades, Campos dos Goytacazes. ANAIS... Campos dos Goytacazes: UENF, 2016, p. 742-756.* Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://congressolatinoamericano.srvroot.com/clah/index.php/clah/article/download/63/63&gws_rd=cr&dcr=0&ei=c2XHWYPnJci1wQsX6L6gCg>. Acesso em: 23 set. 2017;

PESSINI, Léo. As origens da Bioética: do credo bioético de Potter ao imperativo bioético de Fritz Jahr. *In: Revista Bioética*, Brasília, v. 21, n. 1, 2013, p. 9-19. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422013000100002> Acesso em: 13 de fev. 2017.

_____. O Desenvolvimento da Bioética na América Latina: Algumas considerações. *In: PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de (Org.). Fundamentos da Bioética*. São Paulo: Paulus, 1996.

PESSOA, João Luis Erbs; SCHIRMER, Janine; ROZA, Bartira de Aguiar. Avaliação das causas de recusa familiar a doação de órgãos e tecidos. *In: Rev. Acta Paulista de Enfermagem (versão online)*, São Paulo, vol. 26, no. 4, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-21002013000400005>. Acesso em: 11 jun. 2017.

PRETEL, Mariana. O direito constitucional da saúde e o dever do Estado de fornecer medicamentos e tratamentos. *In: Revista Conteúdo Jurídico*, Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=151_&ver=578>. Acesso em: 22 jul. 2017.

QUISBERT, E. Derecho a la Vida. *In: Apuntes Jurídicos: portal eletrônico de informações*, 2012. Disponível em: <<http://jorgemachicado.blogspot.com/2012/08/vida.html>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

REZENDE, Fernanda Souza; AGUIAR, Jessica Gomes. O transplante de face e seus aspectos ético-legais. *In: Revista Conteúdo Jurídico*, Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,transplante-de-face-e-seus-aspecto-etico-legais,37079.html>>. Acesso em: 09 ago. 2017.

ROCHA, Ilde Matos dos Santos. Limitações legais à doação de órgãos. *In: Debate Virtual: Direito UNIFACS*, n. 103, 2009, p. 1-20. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/480>>. Acesso em: 30 set. 2017;

SALATTA, Tabata. O surgimento da bioética no Brasil. *In: Jusbrasil: portal eletrônico de informações*, 2016, Disponível em: <<https://tabatasalatta.jusbrasil.com.br/artigos/308025152/o-surgimento-da-bioetica-no-brasil>>. Acesso em: 12 fev. 2017.

SANTIN, Vanessa Marister de Angelo. **A Lei de Doação e transplante de órgãos à luz do biodireito: em busca do respeito à autonomia**. 38f. Monografia (Bacharel em Direito) - Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba, 2015. Disponível em: <<http://tcconline.utp.br/media/tcc/2015/08/A-LEI-DE-DOACAO-E-TRANSPLANTE-DE-ORGAOS-A-LUZ-DO-BIODIREITO-EM-BUSCA-DO-RESPEITO-A-AUTONOMIA.pdf>>. Acesso em: 09 ago. 2017.

SAMPAIO, Antonio Vasconcelos. A vida para o direito. *In: Direitonet*: portal eletrônico de informações, 2009. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5211/A-vida-para-o-Direito>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

SANTOS, Adairson Alves dos. Conceito de Saúde: perspectiva histórica. *In: Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 14, n. 93, out. 2011. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10598&revista_cademo=9>. Acesso em: 22 jul. 2017.

SANTOS, Ana Célia de Julio. **Da Vida humana e seus novos paradigmas: A manipulação genética e as implicações na esfera da responsabilidade civil.** 211f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2006. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp001891.pdf>> Acesso em: 13 fev. 2017.

SANTOS, Daniela Andrade. Proteção constitucional ao direito à saúde. *In: Revista Conteúdo Jurídico*, Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,protecao-constitucional-ao-direito-a-saude,44381.html>>. Acesso em: 22 jul. 2017;

SANTOS, Larissa Linhares Vilas Boas. O Princípio da Igualdade. *In: Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 13, n. 72, jan. 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7039>. Acesso em: 17 jul. 2017.

SÃO PAULO (ESTADO). **Universidade de São Paulo (USP):** Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) – 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%Bade/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. *In: Rev. Direito do Consumidor*, n. 67, 2008, p. 125-172. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_Tania_10_04_09.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2017.

SIGNIFICADO de Consentimento. **Dicionário do Aurélio Online.** Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/consentimento>> Acesso em: 13 fev. 2017.

SILVA, Andiará Roberta; SPENGLER NETO, Theobaldo. Transplantes de órgãos e tecidos: uma abordagem constitucional, 2005. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/14863-14864-1-PB.html>>. Acesso em: 09 ago. 2017;

SILVA, Antônio Dantas da. TEIXEIRA FILHO, Fernando Robério Passos; GOMES, Marcus Vinycius da Silva. Biodireito. *In: Revista Jus Navigandi*, Teresina, 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/49893/biodireito>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

SILVA, Carolina Dias Martins da Rosa e. Igualdade formal x igualdade material: a busca pela efetivação da isonomia. *In: Revista Conteúdo Jurídico*, Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,igualdade-formal-x-igualdade-material-a-busca-pela-efetivacao-da-isonomia,57812.html#_ftn3>. Acesso em: 17 jul. 2017.

SILVA, Renê de Castro. **O direito de informação e o consentimento na relação médico-paciente**. Disponível em: <http://fait.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/Z5TsivO96Uk3eK4_2015-1-30-14-25-52.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2017.

SILVEIRA, Paulo Vítor Portella *et al.* Aspectos éticos da legislação de transplante e doação de órgãos no Brasil. *In: Rev. Bioética*, s. l., v. 17, n. 1, 2009, p. 61-75. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/80>. Acesso em: 09 ago. 2017;

SIQUEIRA, Alessandro Marques de. Direitos da personalidade. *In: Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 13, n. 80, out. 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8509>. Acesso em: 11 ago. 2017.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. *In: Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 12, n. 61, fev. 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5414>. Acesso em: 20 jul. 2017.

SMOLENSKY, Kirsten Rabe. Defining Life from the Perspective of Death: An Introduction to the Forced Symmetry Approach. *University of Chicago Legal Forum*: v. 2006: Iss. 1, Article 3. Disponível em: <<http://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol2006/iss1/3>>. Acesso em: 20 jul 2017;

SOTTO, Debora. O dever de informar do médico e o consentimento informado do paciente. Medidas preventivas à responsabilização pela falta ou deficiência de informação. *In: Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 178, 31 dez. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4635>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

TAVARES, Fernando Horta; FRANCO, Livia Rosa. Bioética e Biodireito. *In: Rev. Eletrônica Virtuajus*, Belo Horizonte, 2009, p. 01-38. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2009/Docentes/Bioetica%20e%20Biodireito.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2017.

TIEGHI, Isabella Buchalla. Transplante de órgãos: Aspectos médicos, éticos e jurídicos. *In: VIII Encontro Internacional de Produção Científica da CESUMAR*, Maringá, **ANAIS...**, 2013. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=8&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwimkszo1-XWAhXES5AKHbMQBIQQFghaMAc&url=http%3A%2F%2Fwww.cesumar.br%2Fprrpge%2Fpesquisa%2Fepcc2013%2Foit_mostra%2FIsadora_Buchalla_Tieghi.pdf&usq=AOvVaw29ZjN1NHgexUBR8FPBM-t8>. Acesso em: 09 out. 2017.

TORRES, Natália Fontenelle. Bioética versus biodireito: breves considerações dos institutos perante a ética, moral e normas jurídicas. *In: Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 17, n. 128, set 2014. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14337>. Acesso em: 21 jul. 2017.

TRONCO, Arthur Abbade. **Estudo Comparado da Regulamentação da doação de órgãos pós-morte**. 117f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, 2013. Disponível em: <<http://www.tcc.sc.usp.br/tce/disponiveis/89/890010/tce-27112013-161535/?&lang=br>>. Acesso em: 29 set. 2017;

UGEDA, Gabriela Teixeira. **Entenda os princípios da Bioética, as possíveis Infrações Éticas e outros conceitos do Código de Ética da Enfermagem**. Disponível em: <<http://www.enfermeiroaprendiz.com.br/entenda-os-principios-da-bioetica-as-possiveis-infracoes-eticas-e-outros-conceitos-do-codigo-de-etica-de-enfermagem/>> Acesso em: 13 fev. 2017.

UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura). **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**. 2006. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>> Acesso em: 13 fev. 2017.

VICTORINO, João Paulo; VENTURA, Carla Aparecida Arena. Bioética e Biodireito: da Doação ao Transplante de Órgãos. *In: Rev. Brazilian Journal of Forensic Sciences, Medical Law and Bioethics*, s. l., v. 6, n. 1, 2016, p. 72-83. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/310759416_Bioetica_e_Biodireito_da_Doacao_ao_Transplante_de_Orgaos>. Acesso em: 09 ago. 2017;

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. Bioética e direito: aspectos da interface. Desafios e perspectivas de um chamado biodireito. *In: Rev. Bioethikos – Centro Universitário São Camilo*, v. 6, n. 1, 2012, p. 89-100. Disponível em: <<http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/91/a09.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2017.

WIEGAND, Bárbara Bowoniuk; VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. Autonomia Privada e Doação de Órgãos e Tecidos: Vontade do doador *versus* vontade da família. *In: Rev. Unicritiba*, Curitiba, p. 01-22, s. d. Disponível em: <<http://revista.unicritiba.edu.br/index.php/percurso/article/viewFile/1143/770>>. Acesso em: 30 set. 2017;

XAVIER, Elton Dias. A Bioética e o conceito de pessoa: a re-significação jurídica do ser enquanto pessoa. *In: Revista Bioética*, v. 8, n. 2, 2000, p. 217-228. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/277> Acesso em: 13 fev. 2017.

YEGANIANTZ, Levon. A Bioética e a Revolução técnico-científica no novo milênio. *In: Cadernos de Ciência & Tecnologia*, Brasília, v. 18, n. 2, mai.-ago. 2001, p. 139-166. Disponível em: <<https://seer.sct.embrapa.br/index.php/cct/article/view/8847>> Acesso em: 13 fev. 2017.

ZANON, Carla Bianca F. **Bioética**: das origens à prospecção de alguns desafios contemporâneos. Disponível em: <<http://topicosvelhice.blogspot.com.br/2008/03/biotica-das-origens-prospeco-de-alguns.html>> Acesso em: 13 fev. 2017.