

DOAÇÃO DE ÓRGÃOS E PARTES DO CORPO

*Wanderlei Lukachewski Junior**

*Wanderlei de Paula Barreto***

SUMÁRIO: Introdução; 2 Integridade física e o direito a vida como limite a disposição do corpo; 3 Doação de órgãos no Brasil e na união Européia; 3.1 Transplante com doador vivo; 3.2 Partes separadas ou agregadas ao corpo; 3.3 Disposição de partes do corpo post mortem; 4 Disposição de outras partes do corpo; 4.1 Sangue; 4.2 Óvulo e espermatozoides; 4.3 Gestação de substituição; 5 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: Os avanços científico e tecnológico permitiram ao homem viver mais e melhor. Tornou possível, através de técnicas avançadas de transplantes, a substituição de órgãos ou tecidos acometidos por doença ou comprometidos pelo tempo. A integridade física é direito inerente à pessoa, não sendo aceitável que o doador comprometa sua integridade de forma permanente. A doação de órgãos duplos ou regeneráveis é exceção justificável do ponto de vista moral, ético e jurídico. A disposição de outras partes do corpo como óvulo, sêmen e sangue não oferecem riscos de lesão ao doador, devendo, no entanto, serem gratuitos.

PALAVRAS-CHAVE: Transplante; Doação de Órgãos; Integridade Física; Gratuitude.

ORGAN AND TISSUE DONATION

ABSTRACT: Scientific and technological progress has provided longevity and life quality to humans. The replacement of organs and tissues worn out by disease or age has been possible through advanced techniques in organ transplantation.

* Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá – UEM; Pós-Graduadologo em direito pela Secretária de Ciência, Tecnologia e Ensino Superior do Estado do Paraná – SETI-PR; Mestrando em direito pelo Centro Universitário de Maringá - CESUMAR. Email: wlukachewski@yahoo.com.br

** Pós Doutor em Direito Civil pela Universidade Heidelberg e Max Plank Institute, Alemanha; Doutor em Direito Civil pela Universidade Ebrhard-Karls, Alemanha; Docente do Curso de Mestrado em Direito e Coordenador do Grupo de Pesquisa de Direitos da Personalidade do Centro Universitário de Maringá - CESUMAR. E-mail: advvpbar@wnet.com.br

Physical integrity is the person's inherent right and the permanent jeopardizing of the person's integrity cannot be admitted. From the moral, ethical and juridical point of view the donation of double or renewable organs is an exception. The disposal of other body parts such as the ovule, semen and blood do not harm the donor and should be free.

KEYWORDS: Transplant; Organ Donation; Physical Integrity; Gratuity.

DONACIÓN DE ÓRGANOS Y PARTES DEL CUERPO

RESUMEN: Los avances científico y tecnológico han permitido al hombre vivir más y mejor. Se ha hecho posible, por medio de técnicas avanzadas de trasplantes, la sustitución de órganos o tejidos acometidos por enfermedades o comprometidos por el tiempo. La integridad física es un derecho inherente a la persona, no siendo posible que el donador comprometa su integridad de forma permanente. La donación de órganos dobles o que pueden regenerarse puede ser considerada como una excepción justificable desde el punto de vista moral, ético y jurídico. La disposición de otras partes del cuerpo como óvulo, semen y sangre no ofrecen riesgos de lesión al donador, por lo tanto debe ser gratuita.

PALABRAS-CLAVE: Trasplante; Donación de Órganos; Integridad Física, Gracuidad.

INTRODUÇÃO

O transplante de órgãos e tecidos visa a garantir a dignidade da pessoa humana mitigada pelo surgimento de certas doenças.

A indisponibilidade do corpo humano e da integridade física da pessoa torna a doação de órgãos e de partes do corpo exceção a regra.

A doação de órgãos e de partes do corpo é tema de grande importância em razão do seu alcance social. A União Europeia, preocupada com a escassez de órgãos, criou uma série de medidas para seus países membros, visando, inclusive, a conscientizar os cidadãos da importância da doação. A informação é de extrema relevância. O Brasil, preocupado com a falta de doadores, tentou por meio da Lei n. 9.434/97¹ impor a doação presumida – as pessoas que não quisessem ser doadoras deveriam manifestar isso em vida - obtendo como resultado o contrário

1 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 transplante e tratamento e dá outras providências. Diário oficial [da] república federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 fev. 1997.

do esperado: menos doadores em virtude do medo e da falta de informação. Foi necessário alterar o artigo 4º da citada Lei e acabar com a doação presumida, restabelecendo o modelo do consentimento.

No Brasil é expressamente proibido o lucro pela doação seja de sêmen, sangue, óvulo ou órgãos, para justamente evitar que pessoas arrisquem sua vida ganhando dinheiro a custa da fragilidade alheia ou que escondam informações importantes de seu histórico médico com receio de serem recusados.

Por outro giro, ao mesmo tempo em que a evolução da ciência médica tornou possível o congelamento de sêmen e óvulo, trouxe questões importantes a serem respondidas a respeito do comportamento ético e moral do ser humano no tocante a manipulação genética.

2 INTEGRIDADE FÍSICA E O DIREITO À VIDA COMO LIMITE À DISPOSIÇÃO DO CORPO.

Cada ser humano possui direito sobre a sua vida e integridade física². Em regra, qualquer ato de disposição do corpo que atente contra a vida³ ou mesmo que cause diminuição da integridade física⁴ é vedado. Isso porque a integridade da pessoa é a regra em nosso ordenamento⁵.

Antônio Chaves, valendo-se de um conceito mais filosófico, discorre que “a vida, em suma, é algo que oscila entre um interior e um exterior, entre uma “alma” e um “corpo”⁶.

A proteção à vida e à integridade se dá contra atos praticados por terceiros e também contra a própria vontade do sujeito que não possui o direito de se flagelar⁷

2 CUPIS, Adriano de. Os direitos da personalidade. Campinas, SP: Romana, 2004, p. 71.

3 Aponta Elimar Szaniawski o direito a vida como o mais importante atributo da personalidade, embora não seja possível falarmos em escala de valores da personalidade. Nosso ordenamento, diferentemente do que fez o Alemão não adotou uma cláusula geral expressa da personalidade, embora Elimar Szaniawski e a maioria da doutrina brasileira adote o valor dignidade expresso no artigo 1, inciso III da Constituição Federal como cláusula geral. (SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. 2. ed. rev. atua. e ampl. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2005, p. 146).

4 Poucos continuam a defender a integridade física como um direito de propriedade. O autor espanhol Borrel-Maciá é um dos últimos expoentes da corrente doutrinária de que há um direito de propriedade sobre o próprio corpo. (BORREL-MACIÁ, A. La persona humana. Barcelona: Bosch, 1954, p. 13).

5 Como bem leciona Szaniawski, o direito à integridade física é absoluto. No entanto, diferentemente do que ocorre com o direito a vida que não comporta exceções o direito a integridade física pode sofrer limitações desde que a disposição não diminua a integridade do doador ou que atente contra os bons costumes (SZANIAWSKI, Eliomar, op. cit., p. 476).

6 CHAVES, Antonio. Direito à vida e ao próprio corpo. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 1986, p. 9.

7 Para Cifuentes: “Tanto la automutilación como la mutilación consentida sin fin lícito son indefendibles. Será imposible el delito, pero tampoco existe el derecho” (CIFUENTES, Santos. Derechos personalísimos. 2. ed. atual. e ampl. Buenos Aires: Editora Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995, p. 386).

ou abdicar do direito à vida. Assim, o suicídio, meio de extinção da vida repugnado por toda a sociedade, pois que a vida não pode jamais ser renunciada, não é aceitável do ponto de vista moral e social.

Conforme muito bem leciona Silvio Romero Beltrão⁸ a respeito do direito a vida: “A vontade do sujeito não pode produzir a extinção do direito à vida, nem mesmo através do ato material do suicídio, uma vez que com este ato é imediatamente suprimido o bem da vida, e com este, o respectivo direito”.

A mesma proteção ocorre no tocante à integridade física. Com muita propriedade leciona Guilherme Calmon Nogueira da Gama:⁹

O bem jurídico integridade física representa a projeção do princípio da dignidade da pessoa humana sobre o corpo do sujeito e no próprio texto constitucional, pode ser verificado regras que vedam a prática da tortura, o tratamento desumano ou degradante, a aplicação de penas cruéis.

Devemos entender a integridade física como a incolumidade do corpo e da mente¹⁰. Francisco Amaral leciona que a integridade física compreende o corpo e “os seus tecidos, órgãos e partes separáveis, e o direito ao cadáver”.¹¹

No entanto, a regra geral permite exceção conforme leciona Adriano de Cupis “a integridade física da pessoa pode ser diminuída pela separação de uma parte do corpo¹²”.

Assim, nem todos os atos de disposição do corpo são entendidos como ilícitos. O artigo 13 do Código Civil¹³ traz algumas exceções. No caso de exigência médica é permitida a lesão à integridade física da pessoa. A segunda exceção fica por conta do parágrafo único, que admite a disposição do corpo ou de partes dele para fins de transplantes de acordo com a Lei nº 9.434/97.

Como exceção a regra será admitido que a pessoa disponha de partes do seu corpo nas formas dispostas pela lei.

8 BELTRÃO, Silvio Romero. Direitos da personalidade: de acordo com o novo Código Civil. São Paulo, SP: [S. n.], 2005, p. 103.

9 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Direito Civil, Parte Geral. São Paulo, SP: Atlas, 2006, p. 34.

10 BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 6. ed. atua. Rio de Janeiro, RJ: Editora Forense, 2003, p. 76.

11 AMARAL, Francisco. Direito Civil. Introdução. 6. Ed. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2006, p. 263.

12 CUPIS, Adriano de, op. cit., p. 94.

13 Art. 13 do Código Civil: “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 transplantes, na forma estabelecida em lei especial” (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código civil. Diário oficial [da] republica federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan. 2002).

A cerca do tema muito bem leciona Maria de Fátima Freire de Sá:¹⁴

Os atos de autolesão são considerados ilícitos, porquanto ninguém tem o direito de ferir a si mesmo, não sendo possível qualquer autorização por parte da pessoa no sentido de que outro o lese, salvo as intervenções cirúrgicas necessárias.

Toda a problemática envolta à disposição de partes do corpo ocorre com o doador em vida, já que, após a morte, não há mais que se falar em integridade física do cadáver, embora haja o dever de recompô-lo no caso da retirada dos órgãos, inclusive sendo crime o fato de assim não proceder (artigo 19 da Lei nº 9.434/97). É que, com a morte, cessa a personalidade jurídica do sujeito, consoante estabelece o artigo 6º do Código Civil e entendimento majoritário da doutrina, embora não seja essa a opinião de Rabindranath.¹⁵

Fica claro assim que o Estado, para proteger a vida e a integridade física da pessoa, estabelece os casos onde será permitido ao sujeito dispor de sua integridade (partes separadas do corpo) sem constituir ilícito punível.

Por outro giro, existem situações em que, mesmo com o doador vivo, a integridade física do doador não será afetada. É o caso da doação de esperma, óvulo e sangue¹⁶, quando feita voluntariamente e com intuito altruísta; é vedada, por isso, a comercialização de tais tecidos, consoante artigo 199, § 4º da Constituição Federal¹⁷. Essa doação não caracteriza qualquer tipo de lesão à integridade da pessoa, por serem tecidos regeneráveis. Algumas partes do corpo, como, por exemplo, o cabelo e as unhas podem, inclusive, ingressar no comércio sem constituir qualquer tipo de atentado à lei ou aos bons costumes.

14 SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Biodireito e direito ao próprio corpo*. 2. ed. rev. atua e ampl. Belo Horizonte, MG: Editora Del Rey, 2003, p. 92

15 Argumenta o ilustre doutrinador que o cadáver é um bem da personalidade da pessoa falecida e como tal seria um objeto imediato de relações jurídicas, não compactuando com a opinião da maioria da doutrina que aponta o cadáver como uma coisa fora do comércio (SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Editora Coimbra, 1995, p. 188). Em sentido contrário, Santos Cifuentes entende que é impróprio falar em extensão da personalidade com a morte (CIFUENTES, Santos, op. cit., p. 386).

16 Antonio Chaves, citando Ricardo Antequera Parilli, com muita propriedade, diferencia o tratamento do legislador ao transplante de órgãos e a transfusão sanguínea: a) o sangue é regenerável; b) o transplante é algo excepcional, enquanto a transfusão é algo corriqueiro; c) enquanto o transplante pressupõe uma lesão mais grave no doador, a transfusão sanguínea é intervenção simples sem maiores complicações (CHAVES Antônio, op. cit., p. 27). No mesmo sentido: DORÓ, Tereza N. R. *Você sabia que é doador de órgão?* [S. l.]: Editora Copola, 2003, p. 15 e 16. Devemos agregar a explicação o fato de que mesmo no caso dos transplantes de partes de órgãos regeneráveis (fígado e pulmão) a demora na recuperação é muito maior, sem falar no procedimento muito mais complexo que isso importa, diferentemente do que ocorre na doação de sangue.

17 Entende Alaércio Cardoso que mesmo antes da atual Constituição Federal, era ilícito a venda de órgãos e partes do corpo por contrariar a moral e os costumes. CARDOSO, Alaércio. *Responsabilidade civil e penal dos médicos nos casos de transplantes*. Belo Horizonte, MG: Editora Del Rey, 2002, p. 199.

3 DOAÇÃO DE ÓRGÃOS NO BRASIL E NA UNIÃO EUROPEIA

No Brasil o transplante de órgãos é regulado pela Lei nº 9.434/97. Devido ao transplante muitas vezes ser a única terapia eficaz, se torna importante a busca por doadores de órgãos em vida ou após a morte. Dados recentes apontam que, no primeiro semestre de 2010, foram realizados 2.367 transplantes no Brasil, um aumento de 16% em relação ao mesmo período do ano anterior. Esse número coloca o Brasil entre os países que mais realizam transplantes por ano, ficando atrás somente dos Estados Unidos. No entanto, esse número não impede que exista uma enorme fila – algo em torno de 60.000 mil pessoas aguardam por um órgão – em virtude da falta, sobretudo, de estrutura na distribuição e captação de órgãos.

A escassez de órgãos disponíveis para transplantes não se restringe ao nosso país. Há atualmente na União Europeia quase 56.000 mil pacientes em listas de espera. As taxas de mortalidade entre os que aguardam um transplante coronário, hepático ou pulmonar situam-se entre os 15% e 30%. Os índices de disponibilidade de órgãos variam consideravelmente na Europa, uma vez que em certos Estados-Membros a aplicação de boas práticas viáveis permite alcançar melhores resultados do que em outros.

Preocupada com o tema a União Europeia editou uma série de diretrizes a serem observadas pelos países-membros. Dentre essas diretrizes existem medidas muito interessantes como, por exemplo, a troca de órgãos entre os países-membros do tratado. O intercâmbio de órgãos constitui uma forma importante de aumentar o número de doadores assegurando uma melhor compatibilidade entre doador e receptor, melhorando assim a qualidade do transplante. Os órgãos disponíveis transpõem as fronteiras sem problemas ou atrasos desnecessários. Esse mecanismo demonstra a preocupação dos países europeus com o desperdício e escassez de órgãos e serve de exemplo para o Brasil, que sequer possui número suficiente de equipes médicas autorizadas a realizar transplantes, inclusive havendo estados que sequer possuem centrais estaduais de transplantes.¹⁸

Por outro giro, a preocupação da comunidade europeia não se restringe a melhor captação de órgãos, mas também garantir que o doador possa manifestar sua vontade através de um processo adequado de informação (neste caso evidentemente que falamos de doador vivo). A diretiva 2004/23/CE traz a necessidade de informação adequada e acessível.¹⁹ Visando a sensibilizar as pessoas que se

18 Segundo informações do Portal da Saúde, há no Brasil 548 estabelecimentos de saúde e 1.376 equipes médicas autorizadas a realizar transplantes, sendo que o Sistema Nacional de transplantes está presente em 25 estados do país, por meio das Centrais Estaduais de Transplantes. BRASIL. Ministério da Saúde. Transplante. Portal da saúde. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/area.cfm?id_area=1004> Acesso em: 22 jul. 2010.

19 A informação deve mencionar a finalidade e a natureza da recolha e as suas consequências e

recusam a doar os órgãos – na Europa a recusa dos familiares em ceder os órgãos dos seus parentes falecidos varia de 6% a 42% dependendo do país – a União Europeia através dos meios de comunicação procura incentivar que as pessoas discutam o tema com os seus familiares em razão da correlação positiva existente entre a discussão/doação de órgãos.

Há também uma grande preocupação da comunidade europeia com o tráfico de órgãos. Enquanto parte integrante do fenômeno global do tráfico de seres humanos, o tráfico efetuado com o propósito da remoção de órgãos constitui uma violação grave da liberdade e da integridade física das suas vítimas.

Há organizações criminosas na Europa que perceberam que a lacuna existente entre a procura e a oferta de órgãos pode ser lucrativa.

Vários diplomas legais internacionais e europeus condenam o tráfico de órgãos e consideram-no crime, como a Carta dos Direitos Fundamentais da UE e o Tratado de Oviedo sobre Direitos Humanos e Biomedicina e o seu Protocolo Adicional relativo à Transplantação de Órgãos e Tecidos de Origem Humana.

No Brasil basta uma singela busca na internet para perceber que, embora seja ilícita a venda de órgãos humanos, alguns anunciam a venda do rim ou o aluguel da barriga.

Na realidade, como a vida da pessoa muitas vezes fica atrelada ao recebimento de um novo órgão, por ser a única terapia possível, algumas pessoas se aproveitaram dessa situação para tirar proveito, ou seja, lucrar, o que deve ser veementemente coibido por todos os países.

3.1 TRANSPLANTE COM DOADOR VIVO

O artigo 9º, § 3º, da Lei nº 9.434/97²⁰, traz os critérios para a doação de órgãos²¹ (doação) em vida: a) órgãos duplos ou regeneráveis (pulmão, rim, fígado ou pâncreas); b) a retirada do órgão não diminua a capacidade do doador, nem coloque sua vida em risco ou cause mutilação inaceitável; c) necessidade terapêutica da

riscos; os exames laboratoriais, caso sejam efetuados; o registro e a proteção dos dados relativos ao doador, o sigilo médico, o objetivo terapêutico e os benefícios potenciais, bem como informação sobre as salvaguardas aplicáveis destinadas a proteger o doador.

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

§ 3º “Só é permitida a doação referida neste artigo quando se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável, e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora”.

21 A título histórico e ilustrativo, o primeiro transplante ocorreu na extração da costela de Adão realizada por Jesus Cristo. Da costela de Adão, Jesus criou Eva. Evidentemente que o exemplo pertence ao campo da mitologia em razão dos escassos meios tecnológicos existentes na época.

pessoa receptora; d) gratuidade do ato de disposição; e) direito a informação e a revogabilidade do ato.

É evidente que o transplante com doador vivo só ocorrerá com órgãos duplos ou regeneráveis em virtude de que a extirpação do órgão doado não poderá comprometer a capacidade do doador, ou lhe deixar qualquer seqüela permanente. Justamente por isso, não é possível a doação em vida de uma córnea.

A doação deverá atender a necessidade terapêutica da pessoa receptora, ou seja, o receptor do órgão realmente deve precisar do mesmo, não havendo outro meio eficaz de tratamento.

A gratuidade do ato de disposição leva em conta que o ato de doar é manifestação de vontade gratuita, não podendo o doador exigir qualquer tipo de retribuição pecuniária. O artigo 199, § 4º, da Constituição Federal²² e o artigo 1º da Lei 9.434/97²³ deixam claro que é vedado qualquer tipo de comercialização.

Contratos onerosos firmados não possuem qualquer valor. Exceção a essa regra são os contratos que versam sobre cabelo, unha e outras partes regeneráveis do corpo que podem, assim, ser comercializados. Por essa ótica, o sangue, óvulo e esperma poderiam ser comercializados já que regeneráveis, inclusive o sendo em muitos países. No entanto, o artigo 199, § 4º, da Constituição Federal veda esse tipo de comercialização em nosso país. Muitos laboratórios pagam pelo sêmen dos doadores, o que destoa do fim altruístico exigido.

Santos Cifuentes assevera a respeito do contrato sobre o corpo:

Sólo es legítima la entrega espontánea. De ahí que, si el dador contrató o se comprometió a cumplir un cierto día, lugar y hora, y después arrepentido retrocede y duda, no sería posible el cumplimiento forzado porque no se puede adquirir ningún derecho sobre su cuerpo y es inaceptable la violencia sobre la persona.²⁴

No tocante ao direito a ser devidamente informado, a Lei nº 9.434/97 apenas menciona a necessidade de informar o receptor dos riscos e benefícios do transplante. A Lei nº 10.211/01, que alterou e acrescentou alguns artigos, trouxe a necessidade de informar também a mulher grávida no que toca aos benefícios da doação de sangue do cordão umbilical e placentário.

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

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas, para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil - 1988. Diário oficial [da] república federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out. 1988).

23 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.

24 CIFUENTES, Santos, op. cit., p. 382.

No entanto, a Lei deixou de prever a necessidade de informação ao doador. É importante que a pessoa que irá doar um órgão receba todas as informações necessárias para que possa manifestar sua vontade livre de qualquer obscuridade ou desinformação. Assim, deverá o doador ser informado dos riscos da operação, das possibilidades de sequelas, as limitações que a cirurgia poderá trazer, além dos benefícios que a doação trará ao receptor²⁵.

O transplante de órgãos importa na separação de uma parte do corpo do doador. Este órgão ou tecido doado sai da esfera da integridade física do doador quando separado e se agrega ao corpo do receptor, passando a fazer parte da sua integridade física. Evidentemente que sempre deve haver disposição do doador para a retirada de um órgão (doação), já que, neste caso específico, haverá uma autorização da pessoa para que o seu corpo seja lesionado para a retirada de um órgão duplo (pulmão ou rim) ou a secção de parte dele (pâncreas e fígado), havendo então uma exceção ao princípio da indisponibilidade do corpo humano. A parte separada do corpo se torna res²⁶, passando o sujeito que dispõe a ter mero direito de propriedade sobre o órgão.

Conforme muito bem assevera Ana Cláudia Pirajá Bandeira²⁷ “as partes separadas do corpo consideram-se coisas (res) de propriedade do titular do respectivo corpo”. Após a realização da cirurgia o órgão doado se agrega ao corpo do receptor, passando então a fazer parte do seu todo e de sua integridade, não havendo como o doador postular o retorno ao status anterior.

3.2 PARTES SEPARADAS OU AGREGADAS AO CORPO

Existem casos, no entanto, em que a parte separada do corpo não importa em disposição da integridade física. É o caso, por exemplo, da pessoa que, por qualquer motivo, tem parte de seu braço, perna ou outra parte do corpo desprendida do todo. Não há como se falar, neste caso, que a pessoa perde o direito à integridade desta parte separada do corpo, mesmo porque não houve qualquer ato de disposição da parte perdida. Com o avanço da medicina é possível inclusive procedimento visando a religar a parte ao todo com a volta da maioria dos movimentos.

Questão interessante surge da recomposição do corpo humano através da utilização de partes eletrônicas. Evidentemente que havendo a integração de tais

25 Ibidem, p. 382.

26 Critica Alaércio Cardoso o fato da maioria dos doutrinadores se referirem a partes separadas do corpo como bens ou coisas, uma vez que não se encontram no comércio e só sofrem disposição gratuita e nos termos da lei. CARDOSO, Alaércio, op. cit., p. 199.

27 BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá. Consentimento no transplante de órgãos. Curitiba, PR: Editora Juruá, 2001, p. 82. No mesmo sentido: CUPIS, Adriano de, op. cit., p. 94. No mesmo sentido, Santos Cifuentes argumenta que é opinião unânime que as partes separadas são res, objeto de propriedade e suscetíveis de entrar no comércio (CIFUENTES, Santos, op. cit., p. 393).

partes ao corpo como um todo, também passam a fazer parte da integridade física da pessoa. Questão complexa é estabelecer se um aparelho auditivo ou uma perna mecânica na medida em que são colocados e retirados diariamente integrariam o corpo ou não.

A modernidade cria situações inusitadas, pois, na medida em que uma parte mecânica se torna necessária para a pessoa, seja ela passível de retirada do todo (corpo) ou não, passa a fazer parte da integridade física da mesma.

É verdade que, levando em conta o conceito de alguns doutrinadores sobre integridade física, seria impossível a defesa de que um aparelho auditivo ou uma perna mecânica faça parte da integridade física da pessoa. No entanto, considerando que tais casos não apresentam diferença do marca-passos (válvula utilizada para regular os batimentos cardíacos), a não ser no que toca ao grau de importância (por estar o marca-passos ligado a um órgão vital humano), não podemos negar o mesmo reconhecimento a outras partes mecânicas agregadas ao corpo, quer sejam elas retiradas ao final do dia ou não. A ideia é a mesma com relação a todas as partes do corpo. Somente porque um braço ou perna não são órgãos vitais não perdem o caráter da integridade física da pessoa. De igual forma, um braço, perna ou qualquer outro dispositivo mecânico que se agregue ao todo da pessoa, seja ele passível de retirada ou não, merece idêntico tratamento ao órgão ou membro natural. Isso porque o conceito de integridade física deve se estender à proteção a todo ato que agrida, lese ou cause diminuição da integridade física do indivíduo.

Elimar Szaniawski com muita propriedade discorre sobre o assunto:

Com efeito, uma doença ou qualquer ato que cause uma diminuição da integridade física do indivíduo, o levaria a ter uma diminuição da capacidade de trabalho, das atividades normais e do relacionamento social, impedindo o desenvolvimento de sua personalidade. Desse modo, é necessária uma visão ampla e uma tutela ao direito à integridade física de modo genérico, a fim de assegurar o livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade humana.²⁸

Dessa forma, evidentemente que a pessoa que possui uma perna mecânica terá sua atividade normal alterada se alguém a destruir. Da mesma forma ocorrerá em todos os casos onde o aparelho mecânico utilizado serve para maximizar ou suprir as deficiências naturais da pessoa, sendo certo que para a pessoa que possui um membro mecânico constitui parte essencial da sua vida.

Não podemos negligenciar, no entanto, opinião divergente. Para Santos Cifuentes, quando a parte mecânica pode ser comercializada sem perda de qualquer

função do organismo, não estaria ela agregada à personalidade da pessoa. Diferentemente ocorreria no caso do material ou objeto que se agregasse ao corpo de tal forma que se tornasse parte do mesmo, sendo impossível separar a pessoa do objeto sem comprometer seu organismo. Neste caso a parte agregada se tornaria indisponível, fazendo parte da personalidade da pessoa.²⁹

3.3 DISPOSIÇÃO DE PARTES DO CORPO *POST MORTEM*

A primeira questão a ser abordada na doação após a morte é o critério para se aferir o momento da morte. A Lei nº 9.434/97, em seu artigo 3º[□], estabeleceu que a retirada de órgãos ou tecidos só poderá ocorrer após o diagnóstico de morte encefálica constatada por dois médicos, utilizando-se os critérios definidos pela Resolução nº 1480/97 do Conselho Médico Federal.

Importante asseverar que a Lei nº 9.434/97 fala em morte encefálica e não em morte cerebral. Diferenciando dos institutos, leciona com propriedade Ana Cláudia Pirajá Bandeira:

Com a morte do cérebro, continuam as funções vegetativas, em especial, a função cardiorrespiratória. Assim, o indivíduo sobrevive em condições vegetativas. Quando morre o encéfalo, cessam todas as atividades do cérebro e do sistema nervoso central, atingindo a estrutura encefálica. Assim, o ser humano deixa de existir.³⁰

O legislador, ao deixar a cargo do Conselho Médico Federal os critérios de definição da morte encefálica, agiu muito bem. Não cabe ao direito adentrar aos conceitos e terminologias médicas.

No que tange ao consentimento na doação *post mortem*, podemos falar em três modelos principais: a) modelo do consentimento (*opting-in system*) e b) modelo da oposição ou dissentimento (*opting out system*) e c) irrelevância da vontade privada.

O sistema da irrelevância da vontade privada entende ser um direito do Estado se apropriar dos órgãos da pessoa após sua morte, não havendo que se preocupar com qualquer tipo de consentimento. Para a maioria dos doutrinadores tal sistema é inconstitucional.³¹

29 CIFUENTES, Santos, op. cit., p. 396-397.

30 BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá. A questão jurídica do consentimento no transplante de órgãos. 1999. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Estadual de Maringá. Maringá, PR: UEM, 1999, p. 75-76.

31 Segundo João Carlos Simões Gonçalves Loureiro há cinco modelos diferentes de consentimento, a saber: a) modelo de oposição ou dissentimento onde na falta de oposição da pessoa, legítima se torna a remoção

O Brasil tentou, com a edição da Lei nº 9.434/97, em seu artigo 4º, adotar o modelo da oposição ou dissentimento, considerando doador presumido todo aquele que não se manifestasse em vida através de um documento hábil (Carteira de identidade Civil e Carteira de Motorista) sua condição de não doador.

Referida lei causou enorme polêmica na época sendo amplamente questionada por diversos setores da sociedade. A Ordem dos Advogados do Brasil propôs ação que visava reconhecer a inconstitucionalidade do artigo que estabelecia a doação presumida.

A falta de informação, aliada ao medo de ser considerado doador quando ainda vivo e a resistência por parte dos médicos em proceder ao transplante sem antes consultar os familiares, fez com que a Lei não atingisse o seu objetivo de aumentar o número de doadores.

Percebendo isso, o legislador alterou a Lei nº 9.434/97 através da edição da Lei nº 10.211/01. O polêmico artigo 4º teve sua redação alterada, passando a estabelecer que a remoção de tecidos e órgãos de pessoas falecidas dependeria da manifestação de vontade dos familiares.³²

Embora o artigo silencie a respeito da manifestação de vontade em vida, deixando a pessoa por escrito que é ou não doadora, sua vontade deve ser levada em consideração. O artigo 14³³ do Código Civil deixa claro que é válida a manifestação de vontade da pessoa neste sentido. No entanto, como na maioria das vezes inexistente um documento escrito sobre a vontade do falecido, cabe aos familiares se manifestarem sobre a doação.

Havendo o consentimento da família para a doação, o cadáver deve ser condignamente recomposto sendo devolvido aos parentes para o sepultamento.

O artigo 19 da Lei nº 9.434/97 prevê pena de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos para aqueles que retardarem a devolução do cadáver ou não recompô-lo condig-

de tecidos, órgãos e partes de seu cadáver pelo Estado. É o modelo adotado por vários países europeus como Portugal, Espanha e França e o modelo que o Brasil adotou com o advento da Lei nº 9.434/97; b) modelo do consentimento expresso que condiciona a remoção a manifestação de vontade da pessoa em vida ou na sua ausência o consentimento dos familiares. É o modelo adotado nos Estados Unidos e o atualmente adotado pelo Brasil com a alteração da Lei 9.434/97 pela Lei nº 10.211/01; c) Modelo de informação, onde, na ausência de manifestação de vontade da pessoa, comunica-se a família a intenção de proceder à remoção dos órgãos, sendo que os familiares, se desejarem, poderão se opor, entendendo-se o silêncio como aceite; d) modelo de declaração obrigatória onde todas as pessoas deveriam se pronunciar dizendo se são ou não doadores; e) irrelevância da vontade privada onde o interesse social sobrepuja a vontade do particular, recusando valor à manifestação de vontade do indivíduo. LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. *Transplantações: um olhar constitucional*. [S. l.]: Coimbra Editora, 1995, p. 26-31.

32 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.

33 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.

namente.

É de extrema importância para a sociedade a doação de órgãos, cabendo ao Estado, através de campanhas de esclarecimento, incentivar e informar a população sobre os benefícios e altruísmo do ato de doar um órgão.

4 DISPOSIÇÃO DE OUTRAS PARTES CORPO

Outras partes do corpo podem ser cedidas, como, por exemplo, cabelo, unha, pele, sangue, espermatozóide, óvulo, leite, medula óssea e, em caráter especial, a gestação de substituição, sendo que somente as duas primeiras modalidades permitem a onerosidade. Merece destaque a doação de sangue, óvulo e espermatozóide em razão de algumas peculiaridades que serão abordadas.

4.1 SANGUE

O sangue, o óvulo e o espermatozóide não estão compreendidos entre os tecidos de que trata a Lei nº 9.434/97. O tratamento diferenciado em relação ao sangue justifica-se na medida em que é procedimento muito mais simples atrelado ao cotidiano das pessoas, diferentemente da intervenção cirúrgica onde sempre ocorrem lesões no doador e no receptor do órgão. O doador do sangue recupera rapidamente a quantidade doada, de forma que somente é recomendado que não faça esforços físicos no dia da doação. Embora a doação de sangue seja procedimento correto e sem maiores riscos, a transfusão sanguínea pode redundar na aquisição de doenças na medida em que o sangue doado pode conter agentes infecciosos.³⁴

Questão polêmica são as intervenções cirúrgicas que necessitam de transfusão de sangue e a recusa das Testemunhas de Jeová a se submeter ao tratamento.

Para Silvio Romero Beltrão³⁵ “diante do conflito entre a autonomia de vontade do paciente e o dever de beneficência do médico, chega-se à conclusão de que, mesmo por razões religiosas, deve-se respeitar a autonomia do paciente.”

Em que pese a ilustre lição do doutrinador, o conflito não reside, na maioria dos casos, entre a autonomia do paciente e o dever do médico, mas, sim, entre a manifestação de vontade do paciente e a sua vida. A manifestação de vontade do

34 Doença adquirida por transfusão sanguínea. INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS E PENSIONAMENTO - PACIENTE DE LEUCEMIA EM QUE, APÓS DIVERSAS TRANSFUSÕES DE SANGUE, FOI DIAGNOSTICADA A PRESENÇA DO VÍRUS HIV (AIDS) - NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE AS TRANSFUSÕES RECEBIDAS E A ENFERMIDADE ADQUIRIDA SUFICIENTEMENTE DEMONSTRADO - RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO RECONHECIDA - DANOS BEM CARACTERIZADOS - INDENIZAÇÕES POR DANO MORAL E PENSIONAMENTO ADEQUADAMENTE FIXADOS, NÃO ENSEJANDO MODIFICAÇÕES - SENTENÇA MANTIDA - RECURSOS IMPROVIDOS. (TJSP - Ap. 994000517548 - 7ª Câmara. - j. 10.09.2007 - Rel. Des. Constança Gonzaga.

35 BELTRÃO, Silvio Romero, op. cit., p. 115.

paciente não pode representar a supressão de sua vida. Em jogo estará a vida da pessoa e, se o único recurso para tanto for à transfusão sanguínea, de nada adiantará a recusa da pessoa. Complicações podem ocorrer em todas as intervenções cirúrgicas, não sendo possível prever em que casos haverá a necessidade da transfusão. Diante da necessidade do paciente receber a transfusão sob pena de vir a óbito, elementar que o direito à vida deve ser resguardado sofrendo limitação a vontade da pessoa.³⁶

Interessante que a justificativa para a recusa a se submeter à transfusão sanguínea vem aliada a de que o paciente não está se recusando à intervenção cirúrgica, mas tão somente à terapia de transfusão. Se a pessoa capaz se recusa a realizar procedimento cirúrgico porque existe a necessidade ou possibilidade de vir a precisar de uma transfusão sanguínea, deve-se respeitar sua vontade em razão de que ninguém é obrigado a realizar qualquer tipo de intervenção médica. No entanto, se aceita a intervenção e somente se recusa a transfusão, é inválida sua manifestação de vontade, porque aceitou a cirurgia e os riscos a ela inerentes, não havendo como alegar posteriormente que preferia a morte a se submeter à transfusão sanguínea.

Com propriedade leciona Santos Cifuentes:³⁷

Sin embargo, haciendo una confrontación del derecho mal llamado a la vida (lo título de vivir), con los argumentos que siguen las aguas carmeluttianas ya recordadas se piensa que prevalece como deber de vivir y que es posible aplicar La transfusión de sangre forzada.

Finalmente, no que toca aos incapazes, inválida será a manifestação de vontade dos pais que se recusam em consentir na transfusão em razão de que, neste caso, o paciente não estará em condições de manifestar sua vontade. É normal nestes casos a obtenção de liminar para que a transfusão seja realizada.

4.2 ÓVULO E ESPERMA

Segundos dados da Organização Mundial da Saúde, de 8% a 15% dos casais

36 Recusa a Transfusão. Processo cautelar. Ação cautelar inominada. Embora a regra seja a de que a cautelar seja preparatória, admite-se, excepcionalmente, tenha natureza satisfativa quando a liminar, necessária diante do risco de dano irreparável, esgota o objeto da ação principal. Preliminar rejeitada. Ação cautelar inominada. Hospital que solicita autorização judicial para realizar transfusão de sangue em paciente que se encontra na UTI, com risco de morte, e que se recusa a autorizá-la por motivos religiosos. Liminar bem concedida porque a Constituição Federal preserva, antes de tudo, como bem primeiro, inviolável e preponderante, a vida dos cidadãos. Jurisprudência deste TJSP. Recurso improvido. (TJSP – AI. 994031132419 – 2ª Câmara. – j. 04.11.2003 - Rel. Des. Maia da Cunha.

37 CIFUENTES, Santos, op. cit., p. 397.

possui dificuldade para gerar filhos. Destes, aproximadamente 20% não conseguirão solucionar o problema por meio de tratamentos convencionais, restando unicamente as técnicas de reprodução assistida. Para estes casais que não podem ter filhos pelos métodos naturais, há possibilidade de se socorrer dos bancos de sêmen ou óvulo.

Os casais que priorizam a carreira e desejam filhos em idade mais avançada, podem congelar o óvulo ou o esperma para aproveitarem no futuro. É que, embora o casamento não represente mais o interesse único de procriação, é fato que a maioria dos casais anseia pela chegada de um filho e, para isso, se vale das mais diversas formas de tratamento possíveis, em especial a inseminação artificial homóloga e heteróloga.

No que toca à inseminação artificial heteróloga, vale a pena lançarmos o ensinamento de Antônio Chaves que, embora não represente mais a realidade, demonstra como a sociedade alterou seus paradigmas em pouco tempo: “é geralmente admitida a inseminação homóloga, não a heteróloga.”³⁸

O douto doutrinador já argumentava na época, 1986, que outros países permitiam a inseminação heteróloga e alertava para os possíveis problemas que adviriam de tal prática.

A questão da inseminação artificial homóloga/heteróloga é tratada no Código Civil em seu artigo 1597, incisos III, IV e V, onde se presume a paternidade dos filhos concebidos por inseminação artificial.³⁹

Importante é desde já diferenciar a inseminação artificial homóloga da heteróloga. Na inseminação artificial homóloga o material genético utilizado pertence ao próprio casal. Este tipo de reprodução assistida também pode ser feita *in vitro*, ou seja, faz-se a fecundação fora do útero para posteriormente introduzir o óvulo já fecundado no útero da mulher. Já na inseminação artificial heteróloga o material utilizado para a fertilização (quer seja o óvulo ou o sêmen) não pertence a um dos futuros pais.

Com muita propriedade diferencia a inseminação homóloga da heteróloga Aduino de Almeida Tomaszewski:⁴⁰

38 CHAVES Antônio, op. cit., p. 27.

39 Art. 1597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II – nascidos nos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

40 TOMASZEWSKI, Aduino de Almeida. Lições fundamentais de direito. Londrina, PR: Editora Midiograf, 2006, p.185-186.

A técnica da inseminação artificial homóloga consiste em ser a mulher inseminada com o sêmen utilizado pertencente ao marido ou companheiro da receptora, ou seja, os gametas utilizados são do próprio casal, formado pelo casamento ou pela união estável. Esta modalidade oferece menor índice de contestações, uma vez que a paternidade biológica coincide com a legal, além de ser vista como um serviço que a medicina presta à vida humana.

Na inseminação artificial heteróloga o material genético utilizado pertence à pessoa diversa do cônjuge ou companheiro da mulher. O procedimento adotado na inseminação artificial heteróloga é idêntico ao da modalidade anterior, porém, geralmente armazenado em banco de sêmen ou óvulo de outra mulher que não a esposa ou companheira. Recorre-se a esta prática quando um dos cônjuges é afetado pela esterilidade, quando é necessário recorrer a doação de material genético de terceiro.

Por não haver no Brasil uma legislação específica sobre o tema, diversas questões se tornam alvo de acaloradas discussões.

A primeira delas é o limite ético⁴¹, moral e jurídico da manipulação genética. A busca por um bebê perfeito traz em seu bojo o mesmo ideal perseguido por Hitler na Alemanha. Guardada as devidas proporções da comparação, a verdade é que a busca, seja por uma pessoa perfeita, ou por uma nação perfeita, traz consigo um viés discriminatório e perigoso. Evidentemente que devemos utilizar a ciência como mecanismo eficiente para superar as dificuldades naturais encontradas pelo homem. Não podemos utilizá-la como estrutura de perfeição na busca por um indivíduo melhor capacitado, a chamada eugenia (melhora genética).

Por outro giro, também não é minimamente aceitável a busca da genética para criar indivíduos com alguma limitação. Por exemplo, um casal de cegos ou surdos se valerem dos avanços da genética para dar à luz a um filho com o mesmo problema.

Outra questão polêmica é saber se o filho originado de inseminação artificial heteróloga tem direito de descobrir a identidade de seu pai ou sua mãe biológica. Embora a Resolução nº. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, em seu item

41 Vale a pena transcrevermos parte do voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal Ricardo Lewandowski quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade da Lei nº 11.105/05 no tocante ao relativismo ético: “Aliás, esse tipo de ética, fundada em critérios de utilidade, que avalia a conduta humana com base apenas em seus resultados, foi superiormente refutada por Kant, já no século XVIII, ao argumento de que ‘o valor moral de uma ação não reside no efeito que dela se espera’, mas num ‘bem supremo e incondicionado’ para o qual a vontade de um ser racional deve convergir. Isso porque, para o filósofo de Königsberg, a utilidade constitui um predicado das coisas e não do homem, que existe como um fim em si mesmo, razão pela qual é defesa subordiná-lo, como simples meio, ao arbitrio de quem quer que seja”.

IV, número 2⁴², estabeleça que os doadores não devam conhecer a identidade dos receptores e vice-versa, tal norma não tem força para impedir a busca da origem genética do filho havido por inseminação artificial heteróloga por dois motivos. Primeiro, porque ele não faz parte (e nem poderia fazer) do acordo tabulado entre doador do material genético e receptor e, segundo, porque o direito à origem genética é imprescritível, não podendo sofrer qualquer tipo de limitação.

Muito bem pontua a questão Maria Berenice Dias:⁴³

Apesar da proibição de identificação dos proprietários do material genético, não há como negar a possibilidade de o fruto de reprodução assistida heteróloga propor ação investigatória de paternidade para a identificação genética, ainda que o acolhimento da ação não tenha efeitos registraiis.

Como fica claro da lição da doutrinadora, não se pode negar a busca da origem genética, embora, neste caso, impossível será a alteração de registro.⁴⁴

A inseminação artificial traz outra intrincada questão: o que fazer com os embriões excedentários?

A Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (lei de Biossegurança), procurando solucionar o vazio legislativo que imperava, permitiu a pesquisa com embriões remanescentes da fertilização, respeitadas as exigências contidas em seu artigo 5º e incisos.⁴⁵

42 IV – Doação de Gametas ou pré-embriões

2 – Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

43 DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 5. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 336.

44 Argumenta Pietro Perlingieri que, em caso de morte do pai/mãe registral, deveria o cedente do material genético assumir certas responsabilidades, como, por exemplo, a educação do filho biológico. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2002, p. 176.

45 Art. 5º: É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização e células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data do congelamento.

§ 1 Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2 Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3 É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica no crime tipificado no art. 15 da Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997 (BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB,

O Procurador-Geral da República Cláudio Fonteles ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, alegando que o artigo 5º e seus incisos violavam o direito à vida.

Após amplo debate, inclusive com a realização de audiências públicas, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, entendeu constitucional o artigo 5º da Lei nº 11.105/05.

O Ministro Joaquim Barbosa, com grande perspicácia, ao julgar o mérito da ação não entrou no mérito de onde se inicia a vida, mas dos valores que estão sendo tutelados e se eles respeitam a Constituição:

Em outros termos, temos, de um lado, a tutela dos direitos do embrião, fruto de técnicas de fertilização *in vitro*, inviáveis ou congelados por desinteresse dos genitores em implantá-los no útero, e, de outro, o direito à vida de milhares de crianças, adultos e idosos portadores das mais variadas doenças ainda sem tratamento e sem cura. Nossa ponderação de valores referentes ao mesmo princípio – inviolabilidade da vida -, o legislador brasileiro deu primazia à vertente apta a trazer benefícios de expressão coletiva, de preservação do direito à vida num espectro mais amplo, levando em consideração toda a sociedade, beneficiária direta dos futuros resultados dessas pesquisas.⁴⁶

A questão, longe de estar completamente solucionada, merece ser analisada sob a ótica dos votos dos outros Ministros que pugnaram por um maior controle nestes tipos de pesquisa, como, aliás, acontece em muitos outros países.

Finalmente, merece destaque a questão da inseminação artificial pós-morte. Antes, no entanto, importante verificar a repercussão no campo sucessório da medida, já que muitas vezes a implantação do embrião no útero só ocorre após a abertura da sucessão.

De início, importa ressaltar que nosso ordenamento jurídico não traz qualquer tipo de previsão legal para estes casos. A Resolução do Conselho Federal de Me-

revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Diário oficial [da] república federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 mar. 2005).

46 Voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Grau quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Procurador Geral da República Cláudio Fonteles em face do artigo 5º da Lei nº 11.105/05.

dicina sob o nº. 1.358/92, em seu item V, número 3⁴⁷, estabelece que é necessário a expressa manifestação de vontade em vida do marido para que possa ser realizada a inseminação artificial após a sua morte, quer seja na inseminação homóloga (quando o sêmen cedido lhe pertence, quer seja na inseminação artificial heteróloga (quando o sêmen pertence a um doador anônimo).

No tocante ao direito sucessório, a opinião doutrinária se divide. A corrente que vem predominando em sede doutrinária afasta o direito sucessório se a implantação do óvulo fecundado ocorrer após a abertura da sucessão.⁴⁸

O Relatório Warnock produzido em 1984 na Inglaterra recomenda que o direito à sucessão hereditária deva ser reduzido ao filho que já esteja, na época da morte, no útero materno. Evidentemente que citado relatório não possui qualquer validade no Brasil, não podendo servir de parâmetro. Além do mais, reduzir o direito de um filho é extremamente preconceituoso, tendo em vista, inclusive, o fundamento utilizado para tanto: segurança jurídica aos demais sucessores.

Em recente caso o juiz da 13ª Vara Cível de Curitiba concedeu liminar numa Ação de Obrigação de Fazer, impondo à clínica que se negava a proceder à fertilização homóloga a obrigação de assim proceder, sob pena de multa diária. No caso, a clínica se recusava a realizar a inseminação artificial homóloga em virtude de o marido não ter deixado por escrito autorização para que seu sêmen fosse utilizado após sua morte. Visando superar a falta de autorização, a autora demonstrou no processo que havia o consentimento tácito do marido falecido, já que eles haviam interrompido o tratamento anterior em razão do diagnóstico de câncer nos ossos do marido. Utilizou também declarações de amigos e familiares que sabiam que o falecido havia autorizado a utilização do seu sêmen após a sua morte.

No que tange à liminar concedida, o artigo 273, § 2º⁴⁹, do Código de Processo Civil estabelece que a liminar não deverá ser concedida no caso de perigo de irreversibilidade do provimento. No entanto, em determinadas situações o juiz percebe que o deferimento do pedido antecipado do autor gerará um efeito prejudicial irreversível na esfera jurídica do réu, mas, ao mesmo tempo, nota que a não concessão da tutela pleiteada gerará um prejuízo irreversível ao autor, com o perecimento de seu alegado direito. É o que ocorre, por exemplo, nas ações contra planos de saúde que se recusam a atender os beneficiários. Evidente que a ante-

47 V – Criopreservação de gametas ou pré-embriões.

3 – No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doa-los.

48 Neste sentido: Caio Mário da Silva Pereira (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 6, p. 32). e Guilherme Calmon Nogueira da Gama (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A Nova filiação: o biodireito e as relações parentais. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2003, p. 937). Em sentido contrário Maria Benenice Dias aponta que é discriminatório negar o direito à herança ao filho concebido pós-morte. DIAS, Maria Benenice. Manual das Sucessões. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 118.

cipação de tutela não permitirá o retorno ao status anterior no caso de a demanda ser julgada improcedente; no entanto, caso não seja concedida a liminar, muito provavelmente o autor já terá falecido pela demora na prestação jurisdicional.

Situação análoga ocorrerá no caso da pretendida antecipação de tutela no processo que visa a autorização para a inseminação artificial. A demora na prestação jurisdicional tornará inócua uma sentença de procedência ao final da ação, em virtude de que o esperma congelado, após certo tempo, torna impossível a fecundação.

Dessa forma, acertada é a decisão que antecipa a tutela nos casos de inseminação artificial pós-morte, mesmo diante da irreversibilidade do provimento, quando efetivamente presentes os requisitos exigidos pelo Código de Processo Civil.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O avanço da medicina trouxe certos benefícios no tratamento das doenças, como, por exemplo, a possibilidade de existirem caminhos diferentes para se chegar à cura de uma doença. No entanto, em que pese este avanço, em certos casos só a doação de órgãos é capaz de salvar a vida de uma pessoa.

A fila por um órgão é imensa, embora o Brasil seja o segundo país que mais realiza transplantes por ano. Isso se deve, sobretudo, à falta de estrutura na captação e transporte dos órgãos.

A doação de órgãos pode ocorrer com doador vivo ou morto. Com doador vivo, a regra é de que a doação não pode diminuir a capacidade do doador, colocar sua vida em risco ou causar mutilação inaceitável. Na doação pós-morte é obrigatória a constatação da morte encefálica seguida da autorização para a doação (geralmente da família do falecido) e a digna recomposição do cadáver.

Com a doação, o órgão doado se agrega ao corpo do receptor passando o mesmo a fazer parte do seu todo e, assim, de sua integridade.

Com relação ao sêmen, óvulo e sangue, é proibido o fim lucrativo. Faltam normas que regulamentem a inseminação artificial homóloga/heteróloga, existindo somente resoluções do Conselho Médico Federal, o que não impede a existência de um vácuo legislativo que torna inserta muitas questões.

Não se pode jamais esquecer que o papel do direito é regulamentar situações conflitantes. Assim, cabe ao legislador em caráter urgente suprir a defasagem existente entre sociedade e norma, regulamentando toda a problemática que envolve a doação de esperma e óvulo, lançando luz aos problemas hoje enfrentados pelo aplicador do direito.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**. Introdução. 6. ed. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2006.

BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá. **Consentimento no transplante de órgãos**. Curitiba, PR: Editora Juruá, 2001.

_____. **A questão jurídica do consentimento no transplante de órgãos**. 1999. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Estadual de Maringá. Maringá, PR: UEM, 1999.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade**: de acordo com o novo Código Civil. São Paulo, SP: [S. n.], 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 6. ed. atua. Rio de Janeiro, RJ: Editora Forense, 2003.

BORREL-MACIÁ, A. **La persona humana**. Barcelona: Bosch, 1954.

BRASIL. Ministério da Saúde. Transplante. **Portal da saúde**. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/area.cfm?id_area=1004> Acesso em: 22 jul. 2010.

_____. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. **Diário oficial [da] república federativa do Brasil**, Brasília, DF, 28 mar. 2005.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código civil. **Diário oficial [da] república federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

_____. 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. **Diário oficial [da] república federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 fev. 1997.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil - 1988. **Diário oficial [da] republica federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988.

CARDOSO, Alaércio. **Responsabilidade civil e penal dos médicos nos casos de transplantes**. Belo Horizonte, MG: Editora Del Rey, 2002.

CHAVES, Antonio. **Direito à vida e ao próprio corpo**. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 1986.

CIFUENTES, Santos. **Derechos personalísimos**. 2. ed. atual. e ampl. Buenos Aires: Editora Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Campinas, SP: Romana, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Manual das Sucessões**. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DORÓ, Tereza N. R. **Você sabia que é doador de órgão?** [S. l.]: Editora Copola, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Direito Civil, Parte Geral**. São Paulo, SP: Atlas, 2006.

GAMA, *Guilherme Calmon Nogueira* da. **A Nova filiação: o biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2003.

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. **Transplantações: um olhar constitucional**. [S. l.]: Coimbra Editora, 1995.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2000. v. 6.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2002.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito e direito ao próprio corpo**. 2. ed. rev. atua e ampl. Belo Horizonte, MG: Editora Del Rey, 2003.

SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Editora Coimbra, 1995.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. rev. atua. e ampl. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2005.

TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. **Lições fundamentais de direito**. Londrina, PR: Editora Midiograf, 2006.

Recebido em: 28 Dezembro 2010

Aceito em: 17 Maio 2011