

CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA
ASCES/UNITA
BACHARELADO EM DIREITO

GABRIELLA FERNANDA B. DE B. SILVA

TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS Á LUZ DO DIREITO DA
PERSONALIDADE

CARUARU

2017

GABRIELLA FERNANDA B. DE B. SILVA

**TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS Á LUZ DO DIREITO DA
PERSONALIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Centro
Universitário Tabosa de Almeida - ASCES/ UNITA,
como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel
em Direito.

Orientador: Prof. Mestre. Rogério Cannizzaro.

CARUARU

2017

BANCA EXAMINADORA

Aprovado em: ____/____/____

Presidente: Prof.

Primeiro Avaliador: Prof.

Segundo Avaliador: Prof.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho as pessoas que sempre me acompanharam durante todos esses anos de existência, Meus Pais e Vó materna Maria Elísia, os quais nunca me deixaram fraquejar diante as adversidades e sempre me apoiaram em todos os momentos de vida, e que com sabedoria e amor respeitaram todas as escolhas que fiz e atitudes que tomei.

Meu coração estará sempre com vocês, minha eterna gratidão e amor.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Universo e a Krishna pela vida e por todo aprendizado, agradeço em especial a Ubiratan o qual sempre esteve comigo me dando apoio e coragem sempre me mostrando caminhos por onde trilhar, com todo amor, carinho e paciência.

Gratidão eterna as duas pessoas que abrilhantam meu dia e trazem leveza Carolinne Guerra e Lucas Soares.

Meu muitíssimo obrigado ao Mestre Rogério Cannizzaro que me ajudou e teve grande participação no aprendizado desde o início do curso.

Agradeço de coração e alma a mulher mais guerreira que já conheci Maria da Conceição minha mãe a qual sempre esteve comigo todas as horas e me fez ver o quanto é importante resistir e sonhar.

E ao meu grande homem Luis Renato meu pai o qual nunca deixou que nada atrapalhasse nessa caminhada e sempre me trouxe bons sorrisos.

Reverências ao meu Gurudeva Bhakti Vijay Trivikrama Maharaj, que nos mostra qual caminho seguir.

Meu eterno carinho a todos que participaram destes anos de faculdade me ajudando e me dando forças e mostrando como é importante ter pessoas que emanam energia e luz nas nossas vidas.

RESUMO

O transplante de órgãos e tecidos é uma técnica antiga a qual tem como intuito de melhorar a saúde do paciente que realiza tal procedimento, o presente trabalho vem abordar este tratamento a luz do direito da personalidade, onde trata sobre a disposição do corpo e submissão do mesmo a tratamento médico, a dúvida que existe em grande parte da população é muito ligada à personalidade do sujeito de direito, o qual deve ter quesitos importantes esclarecidos antes de passarem por este tipo de cirurgia. Com intuito de esclarecer e discutir do ponto jurídico e ético da tutela de direitos tanto do indivíduo *inter vivo* como do corpo morto onde há cessão dos direitos e garantias; com observância a Lei 9.434/1997, Lei 10.211/2000 também ao Código Civil e Constituição Federal os quais versam sobre direitos e garantias e enquanto o sujeito como cidadão; tendo como fonte de pesquisa estudos médicos e gráficos quantitativos para a melhor percepção e compreensão do assunto tratado. Entende-se que por muitas vezes a falta de comunicação faz com que não ocorra a realização do transplante pois pessoas que não tem acesso a informação passam a ter grande receio do que possa ocorrer na realização da cirurgia onde têm o pensamento de que a pessoa que passa por tal procedimento venha a ser violada enquanto sujeito de direito. O intuito da pesquisa é demonstrar que não existe lesão ao direito da personalidade daquele que realiza o transplante ou é doador, que serão assegurados os seus direitos antes e após o tratamento, demonstrar de forma breve o que é o transplante e quais suas espécies e como a equipe médica responsável tem a incumbência e explicar detalhadamente o processo anterior e posterior ao transplante seja se órgão ou de tecido.

PALAVRAS-CHAVE: Transplante de órgãos e tecidos. Personalidade. Procedimento. Saúde. Tutela.

ABSTRACT

The transplantation of organs and tissues is an ancient technique which aims to improve the health of the patient who performs this procedure, the present work addresses this treatment in the light of the right of the personality, where it deals with the disposition of the body and submission of the even medical treatment, the doubt that exists in a large part of the population is very much related to the personality of the subject of law, which must have important questions clarified before going through this type of surgery. In order to clarify and discuss the juridical and ethical point of protection of rights of both the inter vivos individual and the dead body where there is transfer of rights and guarantees; with observance of Law 9.434 / 1997, Law 10.211 / 2000 also to the Civil Code and Federal Constitution which deal with rights and guarantees and while the subject as citizen; having as a research source medical studies and quantitative charts for the best perception and understanding of the subject matter. It is understood that in many cases the lack of communication causes that the transplant does not occur because people who do not have access to information are very afraid of what may happen in the surgery where they have the thought that the person who is violated as a subject of law. The aim of the research is to demonstrate that there is no injury to the personality of the transplant or donor, that their rights will be assured before and after treatment, to demonstrate briefly what the transplant is and what its species and how the medical team responsible is responsible for explaining in detail the process before and after transplantation, whether organ or tissue.

KEYWORDS: Transplantation of organs and tissues. Personality. Procedure. Health. Guardianship.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	08
2	ASPECTOS GERAIS DO DIREITO DA PERSONALIDADE.....	11
2.1	Desenvolvimento do direito da personalidade.....	11
2.2	Tutela jurídica sobre o direito da personalidade.....	13
2.3	Características do direito da personalidade.....	14
2.4	Princípio da dignidade humana como critério ao direito da personalidade.....	16
3	DIREITO A VIDA E A INTEGRIDADE FÍSICA DO CORPO.....	19
3.1	Disposição do corpo para fins terapêuticos.....	19
3.2	Disposição do corpo morto.....	20
4	LEI 10.211/2001 E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO DA PERSONALIDADE E DIREITOS HUMANOS.....	23
4.1	Transplante de órgãos e tecidos conceito e espécies.....	24
4.2	Aspectos morais e éticos do transplante de órgãos e tecidos.....	26
4.3	Transplante de órgãos e tecidos “inter vivos” e “ <i>post mortem</i> ”	28
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	32
	REFERÊNCIAS.....	34

1 INTRODUÇÃO

O transplante de órgãos e tecidos é um tipo de procedimento terapêutico que é, em sua essência é polêmico e delicado, devido a quantidade de casos e relatos que vêm crescendo com o decorrer dos anos. Tal método vem sendo aplicado através dos séculos, em pacientes que tem o transplante como último meio de curar-se ou diminuir um problema de saúde, que em sua grande maioria é grave.

A grande problemática que existe acerca dos transplantes hoje no Brasil é que o paciente que doa ou recebe o órgão, passam a crer que no momento da realização do procedimento a pessoa que foi transplantada tem sua personalidade enquanto ser humano afetado, ocorrendo uma diminuição significativa no número de transplantes realizados. É importante salientar que ninguém é obrigado a doar ou receber órgãos; ao indivíduo deve sinalizar para a família sua vontade de ser doador.

A personalidade é um direito subjetivo e inerente ao ser humano, por consequência, a pessoa passa a ter direitos e deveres a cumprir. Há de se fazer uma ligação com a dignidade da pessoa humana, onde o transplante seja este de órgãos ou de tecidos, se distribui em categorias específicas, pois tais cirurgias são possíveis graças aos avanços da medicina. É importante compreender que a personalidade “*inter vivos*” ou “*post mortem*” não é afetada com a doação ou transplante de órgãos e tecidos, e que o Direito versa sobre tal matéria trazendo segurança a quem pretende tomar tal decisão.

Demonstrar como o ser humano através dos direitos a ele assegurado pode dispor de seu corpo para tratamento terapêutico sem que sua dignidade e personalidade sejam afetadas. O que há é a falta de informação e esclarecimento a toda população. Pois, de forma paulatina o aumento irá acontecer da realização de transplantes. Têm como exemplo a doação de sangue, que, por muito tempo foi um tabu, quando existia um preconceito com tal ato de compaixão para quem necessita. Ainda nos dias de hoje existe uma resistência em relação a essas doações, mas diminuiu em relações há anos anteriores.

O Estado, como ente assegura e protege, visa pela proteção dos cidadãos, vem se mostrando mais presente ao se relacionar com questões que envolvem não apenas a vida do paciente, mas outras vidas que se ligam aquele que passa por tal procedimento terapêutico. A grande tarefa de esclarecimento e conscientização é do Ministério da Saúde, que tem atribuição para realizar campanhas que chamem atenção da população, para que o transplante se torne um meio mais comum e acessível para tratamento.

O ponto principal da pesquisa é analisar como o avanço da medicina implica no direito da personalidade da pessoa em relação ao tratamento do transplante de órgãos e tecidos, além disso, como a medicina através deste avanço protege o direito à vida. O transplante é um tipo de cirurgia de alto risco onde o paciente precisa tomar precauções para que tudo ocorra dentro da sua normalidade. A equipe médica que faz o acompanhamento deste paciente tem por obrigação esclarecer dúvidas tanto da família quanto do paciente.

Outro ponto de extrema importância na pesquisa desenvolvida é avaliar como o Direito protege as pessoas que recebem, e que doam órgãos. Analisar de acordo com o Direito Civil; Biodireito e Direitos Humanos se estão sendo respeitados os limites legais quando se versa sobre a doação de órgãos e tecidos. Expor de forma clara e direta como a medicina atual e o direito têm responsabilidade em questões importantes e de cunho social voltada à saúde de todo aquele que necessita do procedimento para melhora de sua qualidade de vida.

Há de se ressaltar que a falta de informação faz com que o quadro de doações fique defasado, fazendo com que a lista de espera aumente cada vez mais, acarretando mais problemas de saúde e gasto com outros tipos de tratamentos os quais não cessam a doença do paciente que espera para que possa realizar a cirurgia de transplante. Mas para que isso aconteça deve se existir uma conscientização maior por parte do Estado e um maior diálogo com os familiares sobre a doação de órgãos, já que estes por sua vez podem deixar exposto aos médicos a possibilidade de doação ou recebimento de órgãos e tecidos para o prolongamento de sua vida.

O direito da personalidade, permite realizar diversas atividades e cumprir deveres o que se torna interesse direto do Estado; uma das questões é trazer uma política focalizada em tais tratamentos, onde acaba por obrigar o Estado a custear todo o procedimento seja este realizado em hospital particular ou não. Pois uma das grandes dificuldades é o alto custo das cirurgias e tempo de recuperação e acompanhamento pela equipe médica; a cirurgia é de grande porte e com isso acarreta grandes cuidados. Sendo o indivíduo parte e interesse do Estado, não há de se falar em outros métodos de realização do processo terapêutico.

O intuito é trabalhar o tema de forma restrita ao Direito à ótica sociológica, como tais questões vêm afetar a sociedade. A explanação será feita a partir dos estudos bibliográficos a fim de averiguar de forma qualitativa a questão do direito da personalidade em relação ao tratamento, se este direito é garantido de forma que é descrito em lei.

Partindo de revisões literárias onde haverá a comparação sobre diversos autores e teorias existentes; mostrando como a discussão é relevante para esfera do Direito. Realizando

também uma análise documental de dados sobre o crescimento e diminuição dos transplantes de órgãos e tecidos. Tendo como fonte importante as informações fornecidas pelo Ministério da Saúde e Associação brasileira de transplante de órgãos, os quais têm papel relevante para obtenção de dados e comunicados sobre o transplante de órgãos e tecidos.

2 ASPECTOS GERAIS DO DIREITO DA PERSONALIDADE

2.1 Desenvolvimento do direito da personalidade

O desenvolvimento do direito da personalidade se deu na Roma; Grécia Antiga; Idade Média; Idade Moderna, onde sempre existiam manifestações para que houvesse mais respeito com o ser humano mesmo em tempos onde era comum guerras e atrocidades, se frisando também a importância dos filósofos que através de seus pensamentos éticos onde expunham seu juízo de criticidade trouxe à tona esta discussão sobre os direitos da personalidade e dignidade do homem;

Sócrates e os sofistas sempre discutiam sobre temas como este tentando sempre orientar os cidadãos por um caminho do saber e da educação, fazendo com que se existisse um maior senso crítico naquele âmbito. (DUTRA; LOPES, 2001. pp. 01-03)

A Igreja também teve grande relevância neste contexto, pois como detentora de poder na época trouxe a noção sobre a pessoa dotada de subjetividade, que veio se tornar sólida com a união dos estudos filosóficos e ideologia da Igreja. O primeiro lugar a disciplinar sobre o direito da personalidade foi o Código Civil Italiano, onde teve influência principalmente na Segunda Guerra Mundial e da Declaração Universal dos Direitos Humanos; tornando-se importantíssima a discussão sobre a personalidade humana.

Os primeiros entendimentos sobre esse direito são oriundos da escola Jusnaturalista; onde esses estudos diziam ser o direito da personalidade um direito que já nasce com o homem e esses direitos só precisavam ser regulados pelo Estado, e que se mostravam inerentes até mesmo ao homem e não tinham dependência dos direitos positivos.

De acordo com o autor Fábio Maria de Mattia outro marco do direito da personalidade se dá com a Revolução Francesa, onde foi promulgada a Declaração dos direitos do indivíduo e do cidadão, em 1789, pondo em vigor pontos esclarecedores e diretos sobre o direito da personalidade os quais foram: liberdade, segurança, igualdade e resistência a opressão. Contudo quem primeiro tratou sobre o direito da personalidade de forma expressa foi a Declaração Norte-Americana que ocorreu através da Carta Magna dos EUA de 1215.

No Brasil as formas de tutelar os direitos individuais das pessoas já eram citadas em decretos e códigos mesmo que de forma sucinta, só veio a ser citada com efetividade na Constituição de 1824 sendo esta a primeira Constituição a ser promulgada; onde as únicas

pessoas não abarcadas por tais dispositivos foram os escravos e os índios, já que os quais não eram considerados pessoas, mas sim objetos e não podiam ser parte tutelada pelo Estado.

Com a chegada do Brasil Republica a Constituição abrangeu os estrangeiros nos direitos que já eram tutelados; com o passar dos anos e com as mudanças que houve no cenário nacional, outras garantias foram inseridas no texto constitucional alguns momentos foram cruciais para que houvesse avanços nos dispositivos que regulam as leis do Estado e dos direitos individuais; a ditadura; o pós-guerra e outras situações deram forma ao que se existe hoje na Constituição em vigor, a qual efetivou o direito a dignidade humana e com isto o direito a personalidade em seu art 5º, onde deixa expressos os direitos individuais e fundamentais para regular a vida do cidadão quando este for violado de alguma forma em suas garantias. (DUTRA; LOPES, 2001. pp.14-18)

O Código Civil Brasileiro de 2002 traz em seu texto de forma expressa artigos que são diretamente ligados ao direito da personalidade, onde recebeu algumas críticas por não trazer de forma totalmente específica e exaustiva um rol sobre de quais formas seriam tutelados; tornando-se característica dos direitos a personalidade, pois deixou-se aberto para interpretações; é de fácil compreensão o que está descrito no segundo capítulo do Código Civil, onde se encontra unicamente direcionado a versar sobre o direito da personalidade.

O artigo 13 do Código Civil Brasileiro de 2002 faz ligação direta com o tema deste presente trabalho onde versa de tal maneira:

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.

O artigo 15 também traz um texto legal onde faz alusão direta ao transplante de órgãos e tecidos e ao corpo humano em sua forma de disposição; se dispõe que: “*Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica*”.

Partindo do fato que o direito da personalidade foi construído de forma paulatina, passando por diversas fases e contextos sociais e culturais para que de forma expressa se consolidasse, principalmente no Brasil, onde houveram grandes interferências mas mesmo assim perseverou e tem hoje um representação significativa na vida de qualquer indivíduo, seja ele brasileiro ou estrangeiro; que não faz distinção de raça como na primeira Constituição Federal promulgada; assim de modo coeso e eficaz tem-se a chance de tutelar mais ainda

esses direitos, pois não só o Código Civil Brasileiro abarca tal entendimento como também a CF/88 a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

2.2 Tutela jurídica sobre o direito da personalidade

O direito da personalidade tem como uma de suas principais características, a garantia desde o nascimento, o qual depende unicamente do nascimento com vida, não é exclusividade deste tratar sobre a personalidade humana; o direito constitucional versa sobre a matéria de forma direcionada aos remédios constitucionais; o direito penal também protege a personalidade em seu código tratando de sanções impostas aqueles que ferem o direito alheio, vindo à tona a autotutela onde o cidadão pode se proteger com os próprios meios e direito; diferente direito civil onde retrata sobre os direitos individuais e coletivos e que são protegidos por um rol disposto no diploma civil, admitindo-se a tutela civil de direitos sem prejudicar a outros sistemas de proteção.

Frisando-se que no direito civil as formas de tutela são binárias, onde se distinguem em tutela preventiva e tutela reparatória as quais foram estabelecidas como forma de proteger e dar respaldo para toda cidadão. Onde a tutela preventiva é aquela que acontece com antecipação, para que não se perfaça o dano moral ou material contra a pessoa, esta tutela se divide em diversas classificações as quais são direcionadas para resolução de um determinado problema.

Fica a cargo do Juiz aplicar a requerida por quem sofreu o dano; tem se como exemplo os casos de inserção do nome no SPC/ SERASA, nessas situações fica sob responsabilidade do advogado, pois este irá pedir a tutela para que a ocorrência seja sanada; podendo citar dentro da tutela preventiva a tutela inibitória e a tutela sub-rogatória as quais são de suma importância em sua aplicação. A tutela reparatória é aquela que se aplica diretamente ao dano moral, quando há ofensa a imagem, honra, privacidade e integridade física o ato neste caso já foi praticado pelo agente da conduta, há de se salientar é que a indenização por este dano não é de caráter reparatório.

Como característica dos direitos da personalidade e como vem de modo a proteger a pessoa de modo subjetivo, não há de se falar em reparação, de modo que foi uma lesão subjetiva e não um objeto material onde pode haver a reposição do que foi atingido. O rol dos danos morais é exemplificativo, dado que o rol dos direitos da personalidade é exemplificativo também de modo que é inteiramente subjetiva a natureza do homem. De acordo com o artigo 12 do Código Civil Brasileiro dispõe que: “*Art. 12. Pode-se exigir que*

cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”.

É totalmente lícita a cumulação de danos, onde a este serão tutelados e garantidos; o STJ discutiu por anos está cumulação chegando a uma decisão a qual abarcaria não só um dano mais outros sofridos muitas vezes decorrentes da mesma ação. É importante salientar que muitas lidem pleiteavam este direito de ter todos os danos sofridos e abarcados numa mesma ação; existindo como base que cada bem personalíssimo quando sofre dano, cada um deverá ser indenizado de forma isolada, mas não deixando de ser parte de um todo que foi o direito subjetivo atingido. A súmula 387:

DANO MORAL E ESTÉTICO - CUMULAÇÃO SÚMULA 387 DO STJ I - A questão restou pacificada pela Súmula 387 do STJ: -É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral-. Todavia, entendo que a discussão é um tanto infrutífera, pois não havendo tabela legal de indenização de dano moral, o critério do valor indenizatório estabelecido pelo juiz sempre leva em conta ambos os danos, para majorar ou para minorar. II-Há parcial razão da Ré quanto ao valor excessivo da condenação. Houve apenas redução parcial da capacidade laboral do autor, tanto é que o mesmo continuou a trabalhar. (TRT-1 - RO: 3216007220055010261 RJ, Relator: Ivan da Costa Alemão Ferreira, Data de Julgamento: 04/12/2012, Quarta Turma, Data de Publicação: 2012-12-14)

Analisando o caráter das tutelas é importante ressaltar que no direito da personalidade a natureza das tutelas são extrapatrimoniais, por isso não se vinculam ao patrimônio pessoal, mas sim ao dano sofrido que atinge de forma subjetiva o indivíduo.

2.3 Características do direito da personalidade

O direito da personalidade tem um vasto campo para ser observado quando se versa sobre suas características, estas estão presentes no Código Civil de 2002 para dar sentido ao legislador no momento de examinar tal matéria. No CC/02 há disposto que: “*Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária*”.

Consiste em dizer que não se existe transmissão deste direito e também não pode haver renúncia por parte do agente; mas do ponto de vista doutrinário o direito da personalidade tem outras características as quais o código deixa subentendido no rol que trata exclusivamente sobre estes direitos, por se entender como um direito subjetivo o qual estende-se a um plano moral; psíquico e físico estes vão muito além das leis; originalmente os direitos inerentes tem início com o nascituro. É um direito *erga omnes* quando não há de se falar em

transmissão, pois como disposto no artigo são intransmissíveis não podendo ser cedido a outrem; são extrapatrimoniais não, são passíveis de valor comercial nem de comércio jurídico; são vitalícios como por dizer são para a toda vida, em alguns casos esse direito passa a serem após a morte, os direitos *post mortem* são aqueles tutelados até o fim da matéria humana.

Existindo também o direito ad eternum qual não se extingue nem após a morte, este direito tutela a moral do agente, a imagem e a honra; este é impenhorável não podem ser constrangidos de modo algum por vias judiciais seja ela de qualquer natureza; esta característica é muito importante, pois nem mesmo por meio de obrigação o indivíduo pode ser obrigado a fazer, ou não fazer, pagar, fazer, ou não fazer. São imprescritíveis onde a qualquer tempo se pode pleitear por esses estando em juízo ou não.

São oponíveis podem ser defendidos contra qualquer pessoa, tendo o Estado o dever de assegurar sua proteção e a sociedade respeitá-los, pois todos têm os mesmos direitos de forma individual e subjetiva.

Estabelecendo uma linha direta com os transplantes de órgãos e tecidos, onde geralmente se faz o questionamento, de que esse tipo de procedimento estaria lesando os direitos da personalidade conferidos a todo e qualquer indivíduo; mas este tipo de procedimento médico não vem a diminuir ou lesar o paciente e nem o doador seja ele vivo ou morto, observando-se o artigo 13 do Código Civil de 2002: “*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*”.

Deve-se salientar que é uma forma de alongar a vida da pessoa que passa por tal cirurgia, a qual garante em sua maioria a chances de continuar normalmente as atividades que já eram desempenhadas por tal ente. Como disposto na obra O Estado Atual do Direito, Maria Helena Diniz esclarece alguns pontos sobre o procedimento inicial jurídico sobre os transplantes:

Estando em consonância com a Lei n. 9.434/97 (art. 9a, §§ 3a a 8a), regulamentada pelo Decreto n. 2.268/97 (art. 15, §§ 1a a 9a), prevê a doação voluntária (CF, art. 199, § 4a), feita por escrito e na presença de testemunhas, por pessoa juridicamente capaz, de tecidos, órgão e parte do próprio corpo vivo para efetivação em vida do doador de transplante ou tratamento, comprovada a necessidade terapêutica do receptor consorte, parente consanguíneo até o 4º grau ou qualquer pessoa inscrita na lista única de espera, mediante autorização judicial, salvo o caso de medula óssea. Essa doação apenas é permitida em caso de órgãos duplos (rins), partes recuperáveis e regeneráveis de órgão (fígado) ou tecido (pele, medula óssea), cuja remoção não traga risco para a integridade física do doador, nem

comprometa suas aptidões vitais e saúde mental, nem lhe provoque deformação ou mutilação (Lei n. 9.434/97, art. 9a, §§ 3a e 4a). (DINIZ, 2011)

É importante que haja esse esclarecimento acerca da doação voluntária, pois se deixa assegurado que nenhum órgão o qual não esteja dentro dos parâmetros seja removido do doador; com isto não dando margem a comercialização destes no mercado negro o qual faz vítimas por todo o mundo.

2.4 Princípio da dignidade humana como critério ao direito da personalidade

É de suma importância analisar a evolução do direito da personalidade e saber qual embasamento deu início a esta tutela de direitos subjetivos e intrínsecos ao ser humano. O cristianismo teve uma influência ferrenha no que se chama hoje de princípio da dignidade humana, onde no início da Idade média se ouve um grande avanço e uma nova perspectiva sobre este, onde o que se versava nas igrejas na época era o vínculo entre Deus e o humano, vindo a afirmar a igualdade entre todos e a fraternidade.

Assim como Krastins faz menção, a Revolução francesa também teve seu papel de extrema importância nessa conquista sobre a dignidade humana, onde em sua Declaração do direito do homem e dos cidadãos em 1789 na França, onde se firmou mais ainda o direito que cada uma tinha sobre sua dignidade, a magnitude que esta declaração tomou influencia outros países a objetivar e tutelar sobre leis que fossem intrínsecas e subjetivas de cada indivíduo.

Após a Segunda Guerrase observou de forma relevante a tutela dos direitos e da dignidade de cada pessoa, onde muitas dessas foram lesadas não só em relação a sua dignidade, mas de tantas outras formas. Deste modo com a codificação de leis em vários países com o passar dos anos foi-se dando maior crédito a dignidade e a personalidade humana, entendendo que de forma crescente há uma mutação sobre a personalidade, pois esta pode ser atingida de diversas maneiras e cabe ao indivíduo comprovar em que grau sofreu lesão desta tutela.

A ONU (Organização das Nações Unidas) por sua vez realizou uma convenção em 1948 para discutir sobre tais resguardos a dignidade humana, o direito da personalidade neste ponto foi relevante para debater tais questões, tornando-se mais importanteo esclarecimento de questões sobre a proteção individualizada de cada ser humano; após realizada esta convenção outros países também implementaram esta discussão sobre o tema em várias de suas reuniões e tratados no mundo inteiro.

Levando em conta que o princípio da dignidade humana foi quem deu margem para que o direito a personalidade existisse e fosse assegurado juridicamente; os aspectos da dignidade humana são: igualdade, liberdade, integridade física e psíquica e solidariedade, estão asseguradas por cláusula pétrea na Constituição Federal:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III - a dignidade da pessoa humana;

Ao se versar sobre a igualdade fica exposto que todos devem ser tratados da mesma forma, não havendo distinção de raça, cor ou etnia, todos devem receber o mesmo tratamento não sendo de forma alguma inferiorizadas:

O princípio da igualdade pressupõe que as pessoas colocadas em situações diferentes sejam tratadas de forma desigual: “Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”. (NERY JUNIOR, 1999, p. 42)

Este entendimento é usado por doutrinadores e juristas de forma que todos tenham as mesmas oportunidades em pé de igualdade de modo que ninguém saia prejudicado devido a fatores externos ou pessoais, desta maneira se há uma maior oportunidade para todos.

A liberdade também é um dos aspectos do direito da dignidade que tem ligação direta com a privacidade, exercício da vida privada, ir e vir, liberdade de pensamento, liberdade de expressão; é um princípio constitucional onde dá ao indivíduo a independência de escolher sobre sua vida privada em relação a diversos aspectos que o Estado não intervém, pois é livre a escolha do cidadão sobre sua vida pessoal diante da sociedade e outros indivíduos.

Usa-se a premissa de que aquilo que não for proibido é permitido, mas deve se prestar a devida atenção sobre essas questões para que não se confunda com autonomia de vontade, pois é natural que o cidadão leve a nível absoluto o direito do que não está proibido será permitido de forma indiscriminada.

A integridade física e psíquica tem como descrição a não violação de seu corpo ou a sua personalidade, não havendo lesão ou diminuição em nenhuma parte do corpo seja material ou consciente; fazendo relação com os transplantes de órgãos e tecidos sendo este procedimento uma intervenção que requer algumas particularidades por parte do paciente. Faz-se lembrar que esta questão da integridade física e psíquica deve ser analisada de um modo positivo onde o indivíduo seja acompanhado em sua evolução e que o Estado

assegure de forma igualitária os direitos que são imprescindíveis na sociedade atual, como modo de organização e referência para estruturação de direitos e deveres.

A solidariedade é o último a ser exposto sobre o princípio da dignidade humana onde este é de relevância elevada, pois se destaca pelo modo de que a pessoa possa contribuir, não somente com o crescimento próprio, como também o crescimento de outro ser que os mesmos direitos tutelados e oportunidades, neste caso se faz inteira alusão a Fraternidade na Revolução Francesa.

Na sociedade atual existe uma grande massa que vive as margens de um grupo de pessoas que sustentam de modo financeiro o Estado, mas há de se frisar que não se pode admitir um descaso e abandono com os menos favorecidos, os cidadãos que não tem perspectiva ou que não tiveram as mesmas oportunidades.

Por mais que sejam descritos em lei direitos como o direito a saúde, a educação a estes efetivamente não se abrange a todos, acabando por formar comunidades de extrema pobreza e carência; não dando vez aqueles que vivem na escória social que foi criada pela ganância daqueles que não souberam reconhecer o direito em sua forma certa.

Tudo isso exposto se liga essencialmente ao direito da personalidade onde todos os quesitos demonstrados sobre o princípio da dignidade humana são de certa forma parâmetro moral para a sociedade, e com isto formando indivíduos que formulam e ajudam na elaboração de leis que tutelem prontamente o ser humano que vive naquele meio; sendo este princípio um dos principais eixos sociais para compreensão de leis e normas.

A partir disso com o transplante de órgãos, onde a disposição do corpo tem nexos diretos com o princípio da dignidade o qual se deixa claro sobre tal ato, passando desde o primeiro momento a ter a devida atenção para que não venha a ser lesado nenhum direito, lembrando de que é vedado qualquer procedimento que venha a diminuir ou ferir o corpo daquele que se submete como disposto na Constituição Federal de 1988; garantindo que os direitos personalíssimos de cada indivíduo que passa por tal cirurgia, seja ele doador ou receptor.

3 DIREITO A VIDA E A INTEGRIDADE FÍSICA DO CORPO

3.1 Disposição do corpo para fins terapêuticos

A integridade física ou psíquica da pessoa é parte importante no todo para a vivência humana, estas são intrínsecas e inatas de cada indivíduo desde o seu nascimento. O ordenamento jurídico brasileiro pleiteia direitos e deveres a estes, majoritariamente autores entendem que há uma limitação para o indivíduo sobre a disposição do próprio corpo, estas limitações são regidas por lei e por costumes, onde o direito da personalidade se encaixa nestes aspectos de tutela e proteção; não podendo existir a diminuição de nenhuma dessas capacidades; o autor Adriano Cupis deixa claro que:

O bem da integridade física é, a par do bem da vida, um modo de ser físico da pessoa, perceptível mediante os sentidos. Este bem, por outro lado, segue, na hierarquia dos bens mais elevados, o bem da vida. De fato, enquanto este último consiste puramente e simplesmente na existência, a integridade física, pressupondo a existência, acrescenta-lhe alguma coisa que é, precisamente, a incolumidade física, de importância indubitavelmente inferior ao seu pressuposto. (CUPIS, 2008, pp.75-76)

O Código Penal também tutela sobre questões de disposição e respeito ao corpo, para que este seja protegido de todas as formas, assim não dando margem para haja lesão do bem mais importante que é a vida. “*Art.129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem. Pena - detenção, de três meses a um ano*”.

Ao se versar sobre disposição do corpo o Código Civil de 2002 em seu artigo 13, parágrafo único dispõe que:

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.

Quando se faz menção sobre fins terapêuticos e disposição do corpo, se faz ligação sobre os transplantes, os quais, podem ser realizados com doador vivo ou *post mortem*, e que é regido por pela Legislação Ordinária 9.434/1997, a qual especifica os pontos sobre esse tipo de procedimento. A urgência que se existiu pela regulamentação de tal lei sobre determinada intervenção foi o crescimento da demanda em relação a saúde e corpo daquele indivíduo. Esta lei tem embasamento no direito da personalidade que é importantíssima nestes casos, é

expressamente vedada a diminuição do corpo seja ela psíquica ou física, é ilícita a disposição do corpo mesmo com consentimento da pessoa atos que venham a extinguir a vida deste.

A disposição pode ser feita e autorizada por parte do indivíduo, havendo diminuição de partes do corpo quando estas partes são doentes e implicam de forma negativa e venham a atrapalhar a sua higidez física; é importante salientar que os transplantes não implicam na diminuição do corpo, mas um procedimento cirúrgico onde tem como principal objetivo o tratamento e melhoramento da vida do indivíduo o qual em sua maioria sofre de doenças as quais só serão sanadas ou seus efeitos serão diminuídos em grande parte.

Frisando que quando detectada a necessidade de tal cirurgia não há compra de órgãos, mas uma fila de espera de doadores para verificação da compatibilidade do doador com o receptor; é vedada toda e qualquer forma de comercialização de órgãos seja ele para qualquer fim; pois em ainda existe procedimentos que acontecem de forma clandestina onde as pessoas que perdem os órgãos são forçadas a fazerem tal procedimento configurando assim crime, Fábio Ulhoa discorre:

A começar pela proibição, no plano constitucional, de qualquer tipo de comercialização de órgãos, tecidos e substâncias humanas. Para assegurar que as pessoas vão usufruir de seus corpos, proíbe-se a venda de órgãos e partes destes. Se dificuldades financeiras ou econômicas de uma pessoa ou de SUS dependentes pudessem ser atenuadas ou solucionadas com a receita gerada pela venda de um rim ou córnea, ela estaria sendo constrangido a dispor exatamente daquele que o direito quer-lhe assegurar. Toda e qualquer disposição de órgãos, tecidos ou partes do corpo humano, portando, só pode ser feita de modo gratuito. (COELHO, 2006, p.199)

Cada vez mais existem avanços na medicina e no campo tecnológico onde se põe em questão a disposição do corpo para fins de tratamentos terapêuticos e é de grande relevância tal discussão, pois quando se fala em procedimentos invasivos que têm o alto risco em sua realização o direito deve ter parte o qual é de interesse geral da sociedade.

3.2 Disposição do corpo morto

A disposição do corpo morto foi alvo de discussões e até hoje entre a sociedade é discutida, sobre a personalidade após a morte, onde se indaga se a pessoa pós-morte continua detentora de direitos como cidadão estando vivo; alguns autores já entendem que o corpo passa a ser coisa e a família tem responsabilidade sobre este, dando liberdade para tomada de decisões em relação aquele corpo.

O corpo pode ser direcionado a estudos ou para fins de transplantes; cabe a família a responsabilidade de atender ao pedido do indivíduo enquanto *inter vivos*, se este tenha deixado algum ou a partir de deliberação entre os familiares, frisando que o cadáver não é detentor de direitos como uma pessoa em vida.

O Código Civil versa sobre em seu artigo 14 que diz: “*É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte*”. O indivíduo antes de seu falecimento pode deixar seu desejo expresso, quando são para transplantes, onde o corpo tem alguns de seus órgãos retirados, mas este não sofre grandes lesões, o que mais uma vez deixa claro que não há diminuição aparente naquele que doa algum órgão após sua morte, é importante frisar que é garantido na CF/88 que haverá a facilitação da remoção de órgãos e transfusão de sangue do paciente ou do corpo morto. Devido a isto, em hospitais que realizam este tipo de procedimento existe uma equipe de captação de órgãos para que tudo proceda dentro da lei e de forma que nenhuma das partes sofra dano.

Considerando-se que a Lei 9.343/1997 de transplantes em seu artigo 4º deixa expresso sobre a disposição do corpo morto para fins de transplante: “*Salvo manifestação de vontade em contrário, os termos desta lei, presume-se autorizada à doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, para finalidade de transplantes ou terapêutica post mortem*”. Lembrando-se que a crescente necessidade por este tipo de procedimento faz com que se fomenta a realização de transplante, onde muitas vezes os médicos que tem contato com os familiares deixam mais evidente que a realização da retirada de órgãos será de grandes benefícios a outrem.

Por outro lado, não há um verdadeiro esclarecimento de como será feito e por que não existirá a descaracterização daquele corpo; pois muitos dos casos os familiares são leigos e não tem o acompanhamento e informação necessária acerca do que acontecerá a ambas as partes que serão sujeitas desta cirurgia.

Sabendo-se da existênciado de comércio de órgãos, algumas medidas passaram a ser tomadas para que se tenha maior segurança sobre a disposição do corpo morto, através de lei outras atitudes foram determinadas para que não houvesse nenhum desrespeito á legislação e assim diminuindo consideravelmente a ação das quadrilhas de contrabando de órgãos, houve uma mudança através de Decreto que modificou alguns artigos da lei anterior 9.434/97, um deles foi o artigo 4º da Lei 10.211/2001:

Art.4.º 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, firmado em documentos subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.

Mesmo com tais critérios, ainda existe no mercado negro a procura de órgãos contrabandeados, onde se tem por explicação diversos fatores, um deles se torna que, as famílias muitas vezes não autorizam a retirada dos órgãos do *de cujus* e assim pessoas que poderiam ser salvas devido à compatibilidade sanguínea ficam à mercê da espera daquele órgão específico. Quando se passa a analisar o quantitativo de pessoas que aguardam para realizar o procedimento de transplante é espantoso, pois a demanda de quem precisa é consideravelmente maior do que o número de doadores.

4 LEI 10.211/2001 E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO DA PERSONALIDADE E DIREITOS HUMANOS

A Lei 10.211/2001 veio com o intuito de esclarecer e consertar algumas questões que se tornaram polêmicas na Lei 9.434/1997, onde artigos foram revogados e outros modificados para que não se existisse margem para erro, alguns temas dentro da lei foram revisados e modificados. Pois na lei sancionada em 1997 ficavam controverso assuntos como direito da personalidade e autonomia dos pacientes; com a promulgação desta nova lei em 2001 se existiu o cuidado sob estes aspectos e também deu abertura para a realização de outros tipos de transplantes que antes não existia.

Ao se observar a modificação das normas sobre o transplante, é nítida a evolução histórica das leis que versavam sobre os transplantes onde na primeira delas que era a Lei 4.280/63 a qual determinava que houvesse a extirpação dos órgãos ou tecidos da pessoa falecida, a permissão para a realização do transplante deveria vir escrita pelo *de cujus* que não existisse oposição do cônjuge ou dos parentes até segundo grau.

As mudanças foram ocorrendo ao longo dos anos e assim o assunto foi sendo melhor encarado pela sociedade que ainda têm dúvidas de como se procede tal tratamento pois ainda há uma falta de informação por parte dos médicos para com aqueles que desejam ser doadores ou necessitam da doação.

O direito da personalidade e os direitos humanos são diretamente ligados ao procedimento dos transplantes, pois estes pleiteiam principalmente pelo bem-estar da pessoa na sociedade; como já expresso; o direito da personalidade defende o direito à vida, à integridade física, à imagem, à privacidade, à honra, à liberdade e estes são essenciais na vida de qualquer ser humano.

A integridade física é imprescindível para a vida em sociedade e desenvolvimento da mesma, quando um paciente se submete a tal cirurgia este espera que suas atividades voltem ao normal, pois uma das causas para que este procedimento seja realizado é o melhoramento da condição física do indivíduo a qual está sendo dificultada por problemas de saúde que em sua maioria tem o transplante como última alternativa para recuperar sua saúde. De acordo com Maria Cristina de Cicco:

No tocante às questões que tem por objeto o corpo humano ou partes dele no contexto das relações sociais, há que se levar em conta que os aspectos morais e éticos não podem permanecer estranhos a uma abordagem voltada a “verificar a licitude e o merecimento de tutela de atos que

poderiam lesar a dignidade da pessoa, cuja tutela representa o fundamento do atual ordenamento jurídico e legitima a própria intervenção dos poderes públicos. (CICCO, 2013, pp. 02-03)

Ao fazer uma ligação com os Direitos Humanos o ponto crucial é o direito a saúde, onde qualquer indivíduo é detentor deste; a principal finalidade do transplante como mencionado previamente.

O Conselho da Europa e seus Estados membros, pois estes são signatários do Protocolo Adicional à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina. Estes acordaram através de Convenção medidas que devem ser tomadas em relação ao procedimento de transplante para que a proteção ao ser humano seja dada com a devida importância.

Um rol de artigos foi disposto para que seja seguindo com o intuito de que não ocorra nenhuma lesão a ambas as partes que realizaram tal cirurgia; são 34 artigos onde se dispõe desde a forma que deve ocorrer a retirada dos órgãos até a notificação da pessoa que será transplantada. É de importância mundial a questão sobre a doação de órgãos e a retirada destes, onde implica diretamente na ordem social, cultural, psicológica e ética. No artigo 8º onde determina a conduta médica em relação a informação dada aos pacientes e ao público em geral:

As Partes fornecerão aos profissionais de saúde e ao público em geral informação sobre a necessidade de órgãos e tecidos. Prestarão também informação sobre as condições relativas à extração e ao implante de órgãos e tecidos, nomeadamente sobre questões relativas ao consentimento ou à autorização, em particular a respeito da extração de órgãos ou tecidos de cadáveres.

Há de se observar que o detalhamento de todos os artigos acaba por passar mais confiança e publicidade por todos envolvidos no transplante desde os doadores, a família, a equipe médica; lugares como Europa o índice de doação e de transplantados são maiores e mais bem-sucedidos devido à informação e regulação tão detalhada.

4.1 Transplante de órgãos e tecidos conceito e espécies

O transplante de órgãos e tecidos é um procedimento que vem sendo realizado desde antes de Cristo, existem relatos de experiências feitas por orientais para salvar a vida de um ser humano; este procedimento avançou juntamente com a medicina, o qual vem tomando cada vez mais lugar nos tratamentos cirúrgicos realizados para salvar vidas; é uma das

últimas alternativas de tratamento para casos grave onde só tal intervenção pode vir a prolongar a vida do paciente, asseveram que:

Trata-se de uma técnica cirúrgica denominada cirurgia substitutiva, que se caracteriza em essência porque se introduz no corpo do paciente um órgão ou tecido pertencente a outro ser humano, vivo ou falecido, com o fim de substituir a outros da mesma entidade pertencente ao receptor, porém, que tenham perdido total ou sensivelmente a sua função. (SANTOS, Apud. CATÃO, 2004, p.199; DALVI, 2008, p.101)

Há registros de transplantes realizados em a.C 300, documentos onde relatam que um médico chinês abriu o estômago de dois homens, explorou o coração e, após remover e trocar seus órgãos, administrou-lhe uma droga que os recuperou; relatos também como o dos médicos Cosme e Damião que : amputaram a perna de um homem com problemas vasculares, enquanto este dormia em uma capela destinada a estes santos, sendo que a perna reimplantada havia sido retirada de uma cadáver enterrado naquele dia; após o procedimento, o homem conseguiu deambular normalmente. (LIMA; MAGALHÃES; NAKAMAE, 1997, pp.05-06)

Ao conceituar os transplantes é importante frisar que provem de termos técnicos os quais são usados na área de saúde onde se dá mais ênfase a questões como esta; no ramo do direito há algumas conceituações as quais esclarecem de certa forma o estudo sobre tal matéria; para Maria Helena Diniz (2011), “*transplante é a amputação ou ablação de órgão, com função própria de um organismo para ser instalado em outro e exercer as mesmas funções*”.

A partir desta análise se faz relação com a botânica, a qual há a mudança de determinada espécie de planta para outro ambiente, com a esperança de adaptação e desenvolvimento desta, esta técnica é usada a anos e desenvolvida de diversas formas; a medicina também usa a palavra “transplante” desde muito tempo, tomando para si a sua forma em latim onde *transplantare* faz menção ao ato de transferir órgão ou parte dele para o mesmo indivíduo ou para outrem, sendo este vivo ou morto.

O Ministério da Saúde denomina como transplante:

É um procedimento cirúrgico que consiste na reposição de um órgão (coração, fígado, pâncreas, pulmão, rim) ou tecido (medula óssea, ossos, córneas) de uma pessoa doente (receptor) por outro órgão ou tecido normal de um doador, vivo ou morto.

De forma simples e objetiva o Ministério da Saúde usa deste conceito para explicar de melhor forma o transplante, onde muitas vezes quem é leigo passa a entender deste procedimento e aceitá-lo como instrumento de ajuda e salvação para muitos enfermos. O

transplante se divide em espécies para que se tenha maior direcionamento ao realizar determinada cirurgia de porte invasivo muito alto, cujos são:

- ✓ **O Autotransplante** é a transferência de tecido ou de órgão de um lugar para o outro no mesmo indivíduo; o doador e o receptor são a mesma figura e não tem como dificuldade a espera e a dúvida se irão realizar o procedimento.
- ✓ **O Isotransplante** é realizado entre indivíduos da mesma carga hereditária, podendo ser órgãos ou tecidos; geralmente acontece com gêmeos univitelinos os quais carregam a mesma carga de genes, pois são oriundos de uma mesma placenta.
- ✓ **A Alotransplante** é o mais comum dos procedimentos, é realizado entre pessoas de cargas hereditárias diferentes, onde a compatibilidade do órgão ou tecido deve ser a mesma não contando com outros aspectos como a sexualidade entre eles. Podendo ser este entre pessoas vivas ou do cadáver.
- ✓ **A Xenotransplante** realizado entre espécies distintas como no caso de transplante de órgãos ou tecidos de animais para pessoas, onde deve existir todo estudos aprofundados realizados sobre as partes que irão passar por determinado procedimento.
- ✓ **O Organotransplantes** o qual se destina a recompor determinada função do órgão que sofreu lesão e não é remediável com enxerto, vem com intuito de complementar a deficiência que ficou devido a lesão sofrida.

Fica explicito de como o avanço da medicina e da tecnologia tornam possível o desenvolvimento de espécies de transplantes e devido a isto o Direito deve se mostrar cada vez mais presente para que em nenhuma das espécies de transplantes lesem o indivíduo.

4.2 Aspectos morais e éticos do transplante de órgãos e tecidos

A grande preocupação moral e ética em relação aos transplantes é o grande crescimento e não qualidade e responsabilidade por parte da equipe que o realiza; pois por se tratar de um tipo de evolução não só no campo da medicina, mas também evolução no que tange a saúde do indivíduo e o modo que se procede com aqueles que são doadores e receptores. Não se pode ir além do limite terapêutico, pois muitas vezes o que se existe é a comercialização de órgãos a qual é uma prática criminosa que em alguns países se tornou comum. Deve ser levado em conta na realização do procedimento de transplante

principalmente são os direitos inerentes ao ser humano, que seja respeitado todos os limites legais e físicos do corpo daquele que se submete a tal tratamento.

Por se tratar de um procedimento de cunho invasivo a preocupação que existe é o desrespeito aos direitos humanos, onde por muitas vezes a ciência faz juízo de proporcionalidade com as normas do direito que visam à proteção objetiva e subjetiva da sociedade como um todo, diferente do campo das ciências onde a evolução é mais visada do que o bem estar social; devido a isto existem códigos de ética a serem seguidos para que não haja pesquisas e procedimentos que ultrapassem os limites sociais estabelecidos por lei para o melhor convívio em sociedade.

O Código de Ética Médica dispõe um de seus capítulos exclusivamente para os transplantes de órgãos e tecidos, onde versa sobre as vedações que os médicos têm na realização do procedimento, no artigo 44 estabelece que *“deixar de esclarecer o doador, o receptor ou seus representantes legais sobre os riscos decorrentes de exames, intervenções cirúrgicas e outros procedimentos nos casos de transplantes de órgãos.”*

No que se versa uma das partes mais importantes do procedimento antes de sua realização, a publicidade que deve ser dada aos familiares e as partes da cirurgia, onde precisam saber de forma clara e detalhada como ocorre toda a cirurgia e como será a recuperação depois desta.

O Código de ética médica também faz menção sobre a comercialização de órgãos, sendo esta de forma direta ou indireta configura como crime; todo o contexto do código é voltado para a preservação dos pacientes e como deve ser a procedência dos médicos em suas áreas de atuação. Mas não só o Código de ética médica dispõe sobre a ética nos transplantes, a própria Lei de transplantes versa sobre a ética em determinado caso, onde em rol taxativo versa sobre o que se pode fazer ou não quando se está em condição de realizar ou de doar órgão ou tecido; o qual vem para dar direcionamento e determinar atitudes por parte de todos os envolvidos.

A preocupação ética sobre o assunto vem de décadas atrás onde os primeiros procedimentos no Brasil foram realizados primeiramente em animais; para que fosse uma forma de comparação de como seria a reação do ser humano após a realização da cirurgia. Com o passar do tempo se houve o início da realização dos transplantes renais onde os pacientes não apresentaram nenhum tipo de reação negativa a cirurgia realizada; deste modo se existiu a necessidade de criar um Código de Ética voltado para os transplantes onde haveria vedações de experimentos realizados diretamente com pacientes humanos, sendo apenas

submetidos algumas espécies de animais as quais se identificam mais com o organismo humano.

Partindo do ponto ético e moral, a equipe médica responsável pelo transplante em sua fase pré-operatória e pós-operatória fica incumbida de apresentar documentos os quais o paciente autorizará ou não o procedimento, tal documento deixa exposto os riscos que haverá as medidas tomadas se ocorrer algum problema e quão arriscado é o procedimento de transplante e como virá a melhorar suas condições de vida após o procedimento; nos casos de pessoas as quais sua religião não permite a transfusão de sangue ou algo usado durante o procedimento, deve o paciente deixar expresso a toda equipe médica e aos seus familiares, pois em alguns casos há como se substituir aquilo que a religião do indivíduo não permite levando em conta sempre a dignidade e os desejos daquela pessoa, pois não se pode haver violação do sujeito em face de procedimentos médicos mesmo que venham a ser benéficos para a saúde deste.

O direito da personalidade se mostra presente nestes aspectos por visar também a tutela da moral e dignidade do paciente, se houver algum tipo de lesão estes podem frente a equipe e ao hospital que se realizou a cirurgia tutelar por seus direitos e assim não ser prejudicado pelo procedimento realizado, mesmo que seja este para melhoramento de sua saúde e alongamento da vida.

4.3 Transplante de órgãos e tecidos “inter vivos” e “post mortem”

O Código Civil Brasileiro 2002; Constituição Federal e a Declaração dos Direitos Humanos dispõem também sobre tal forma de dispor o corpo “inter vivos” e “post mortem” para doação e transplante; mas estas leis não podem ser totalmente fechadas, pois o avanço da medicina se dá cada dia mais e a forma de preservação da personalidade humana também se inova com o passar dos anos, o fato da Lei de Transplante 10.211/2001 ter sido sancionada há 15 anos atrás vem dando espaço para que o legislador emita decisões a favor do paciente ou da pessoa que doa um de seus órgãos para tratamento.

O procedimento só é realizado quando há assinatura e autorização de quem recebe ou doa órgãos, no caso de “post mortem” o responsável ou familiar é quem dá o aval para que seja realizada a retirada dos órgãos para doação, o termo de responsabilidade só poderá ser assinado se a pessoa ou responsável esteja em total consciência de suas faculdades mentais, a equipe médica orienta informando como ocorrerá toda a cirurgia.

O direito ao uso de partes separadas do próprio corpo ou de alheio: O direito às partes separadas do corpo (vivo ou morto) integra a personalidade humana. Por isto, são bens da personalidade fora do comércio, não podendo ser cedidas a título oneroso. (DINIZ, 2001, p.10). É necessário também que a pessoa deixe expresso que pretende doar seus órgãos após seu falecimento, pois alguns órgãos têm um tempo de durabilidade depois da constatação da morte; a personalidade da pessoa humana não se desfaz ao doar ou receber órgãos; dispõe o Código Civil “*art.11 com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária*”.

Como as partes isoladas voluntariamente ou acidentalmente do corpo são consideradas coisas, as quais pertencem ao seu titular, que delas poderá dispor, gratuitamente, desde que a) o objetivo seja terapêutico e humanitário e científico; b) não afete a vida do titular, não lhe cause dano irreparável ou permanente à integridade física, nem perda de um sentido ou órgão. Além dos objetivos terapêuticos e humanitários, permite-se o objetivo científico, de acordo com os artigos 13 e 14, do Código Civil. Note-se que o corpo é disponível dentro de certos limites e para salvaguardar interesses superiores.

É importante salientar que a doação de órgãos e tecidos do corpo morto se dá em sua maioria por morte encefálica, onde a Associação Brasileira de Transplantes de órgãos conceitua como:

Morte encefálica é a definição legal de morte. É a completa e irreversível parada de todas as funções do cérebro. Isto significa que, como resultado de severa agressão ou ferimento grave no cérebro, o sangue que vem do corpo e supre o cérebro é bloqueado e o cérebro morre. (ABT, 2016)

É considerável expor que a equipe que realiza a captação dos órgãos do paciente *post mortem* não pode diagnosticar a morte encefálica, fica a cargo da equipe que estava acompanhando o paciente concluir tal laudo em relação a forma de falecimento; pois inclui exames clínicos a serem feitos, medidas médicas a serem seguidas para que não haja nenhum engano e lesão ao enfermo. Os parentes são informados pelo médico responsável sobre a morte do seu ente e assim perguntado se aceitam que os órgãos sejam doados para fins terapêuticos de pacientes que necessitam urgentemente do transplante.

Concluído o laudo da morte a equipe responsável pela captação do órgão é chamada para fazer a retirada destes, pois os órgãos têm tempo de sobrevivência e precisam ser levados aos receptores para que seja realizada a cirurgia, alguns deles se encontram já internados devido

ao estado de saúde delicado outros são contatados para que sigam ao hospital responsável para realização do procedimento.

No caso dos transplantes *inter vivos* se dá de forma que as pacientes do procedimento sejam compatíveis e que determinado órgão doado seja duplo ou tenha capacidade de regeneração rápida como a pele; devendo ser esclarecido ao doador as possíveis implicações e que esta doação pode trazer a sua saúde. O artigo 9º da Lei 9.434/97 deixa explícitas as questões sobre esta doação:

Art. 9. É permitido 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 § 4º deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea. (Redação dada pela Lei nº 10.211, de 23.3.2001)

§ 1º (VETADO)

§ 2º (VETADO)

§ 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.

§ 4º O doador deverá autorizar, preferencialmente por escrito e diante de testemunhas, especificamente o tecido, órgão ou parte do corpo objeto da retirada.

§ 5º A doação poderá ser revogada pelo doador ou pelos responsáveis legais a qualquer momento antes de sua concretização.

§ 6º O indivíduo juridicamente incapaz, com compatibilidade imunológica comprovada, poderá fazer doação nos casos de transplante de medula óssea, desde que haja consentimento de ambos os pais ou seus responsáveis legais e autorização judicial e o ato não oferecer risco para a sua saúde.

§ 7º É vedado à gestante dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo, exceto quando se tratar de doação de tecido para ser utilizado em transplante de medula óssea e o ato não oferecer risco à sua saúde ou ao feto.

§ 8º O auto-transplante depende apenas do consentimento do próprio indivíduo, registrado em seu prontuário médico ou, se ele for juridicamente incapaz, de um de seus pais ou responsáveis legais.

Devem-se seguir tais critérios para a realização do transplante onde o doador deve ser ciente do que poderá vir a ocorrer em sua vida após a realização deste, a equipe médica deve dar total esclarecimento, pois ao se tratar de uma cirurgia de cunho extremamente invasivo e as partes se submeterem de tal forma não pode haver nenhuma dúvida.

De acordo com a pesquisa realizada pela Associação Brasileira de Transplante de órgãos registrada pelo senso de 2016 o Brasil é o segundo país em realização de transplante renal no ranking de 30 países; com 5.648 procedimentos realizados, ficando atrás apenas dos

EUA com 17.878 de transplantes renais; a taxa de doação aumentou em 3,5% no ano de 2016 e acompanhados também esse crescimento mesmo que paulatino das famílias que estão aceitando mais a doação dos órgãos de seus parentes mortos.

Em relação aos transplantes pediátricos de 2016, 705 crianças que necessitavam do tratamento, 75% destas realizaram o procedimento com sucesso; existindo uma variação entre os anos de 2006 até 2016, mas com aumento significativo destes; o Nordeste fica na segunda posição dos Estados brasileiros que mais realizam transplantes de órgãos e tecidos ficando atrás da região Centro-oeste.

Na cidade de Caruaru houve um aumento de 30% na realização de tal procedimento no ano 2017, foram realizados 516 transplantes de córnea havendo um aumento de 28% em relação ao ano de 2016; o Hospital Regional do Agreste é o local onde se efetua mais captação de órgão no Agreste. No estado de Pernambuco a maior procura é por transplante de córnea, seguido de rins e fígado.

A lista de espera no Brasil no ano de 2016 era de 34.542 pacientes que aguardam um órgão para transplante, a lista de pacientes pediátricos chega a 916 crianças, a taxa de pacientes que ingressaram na lista de espera e chegaram a óbito é alta e preocupante pois de 39.056 adultos que aguardavam transplante 2.013 foram a óbito na durante essa espera, e de 1.631 crianças 82 destas faleceram. No contexto geral das doações realizadas houve um aumento, mais fica claro que ainda há um receio das famílias em doarem os órgãos de seus entes queridos, e isso acontece por falta de informação prévia sobre o procedimento do transplante de órgãos e tecidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O transplante de órgãos e tecidos é um procedimento o qual vem avançando cada vez mais com desenvolvimento da medicina; este tipo de tratamento vem como principal fator de cura em muitas doenças que há alguns anos atrás se diziam incuráveis, e a partir de tal cirurgia se tem chances elevadas de prolongamento da vida do paciente.

No Brasil a causa das doações de órgãos é em sua grande maioria decorrência do falecimento de outra pessoa, a qual a família decide sobre a doação dos órgãos, quando o falecimento do doador acontece por morte cerebral a quantidade de órgãos a serem doados é grande, pois oito órgãos são aproveitados para fins de transplante; onde uma equipe média especializada na remoção dos órgãos é responsável pela retirada destes.

O intuito do presente trabalho foi demonstrar como não há interferência na personalidade do cidadão que é transplantado, pois como presente no Código Civil de 2002 e na Constituição Federal não há de se falar de disposição do corpo para fins destrutivos. Não há diminuição da capacidade física nem psíquica do paciente transplantado e do doador se este for vivo. A Lei 9.434/97 a que versa unicamente sobre transplante de órgãos e tecidos dispõe em seus artigos sobre como o procedimento deve ser realizado a luz do Direito, assegurando, assim, que não ocorra lesão a ambas as partes que participaram do procedimento.

A discussão acerca deste tema é sempre presente quando se fala em doação, pois muitas vezes a doação deixa de acontecer por falta de informação ou esclarecimento do que realmente a cirurgia vem a trazer de benefícios para a vida de quem é transplantado; é um tabu se falar de doação, pois a população em geral muitas vezes não entende como se procede e quantos benefícios existem devido a isto.

O Brasil é um dos países que mais realizam transplantes, mas, ainda assim existem muitas pessoas necessitando deste tipo de cirurgia; quando se observa através dos dados que o número de mortes é muito superior ao de doações e que muitas vezes o que ocorre é a falta de informação por parte dos parentes, que é o papel da equipe médica informar sobre todo o procedimento e dar incentivo aos familiares para que exista a doação.

O direito da personalidade é garantido e tutelado pelo Estado, o qual tem responsabilidade sob o indivíduo como parte importante da sociedade, devendo dar total segurança jurídica quando se versa sobre tal matéria; o direito a saúde é inerente a qualquer ser humano, e o Estado como garantidor tem como dever assegurar a realização destes

procedimentos; o acesso a saúde é obrigação constitucional e não pode existir omissão quando se dispõe sobre tratamentos que prologuem a vida do cidadão.

É importante frisar que o transplante de órgãos e tecidos é um assunto polêmico, pois a falta de informação faz com que ele se torne um tabu. É dever do Estado dar publicidade e tirar dúvidas da população, para que assim ocorra o aumento de doações e de o número de pacientes transplantados; realizar juntamente com médicos conscientizações para que se exista o maior discernimento em relação aos transplantes e assim ajudar no tratamento de várias doenças.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Eliana da Silva. **Transplantes de órgãos e tecidos humanos, e seus limites ético-jurídicos em defesa da dignidade da pessoa humana**. Mestrado em Direito. Osasco: Unifio, 2006. p.174.

BRASIL. **Associação brasileira de transplante de órgãos**. Dimensionamento dos transplantes no Brasil e em cada estado. São Paulo. Disponível em: <<http://www.abto.org.br/abtov03/default.aspx?mn=552s>>. Acesso em: 10 de dezembro de 2016.

BRASIL. **Código de Ética Médica**. Resolução CFM n. 1931, de 17 de setembro 2009. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_4.asp>. Acesso em: 17 de setembro de 2009.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

BRASIL. **Lei nº 10.211, 23 de março de 2001**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10211.htm>. Acesso em: 10 de abril de 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.434, 4 de fevereiro de 1997**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm>. Acesso em: 10 de abril de 2017.

BRASIL. **Sobre o sistema nacional de transplantes**. Porta da Saúde. Ministério da Saúde. Brasília/DF 2017. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php?option=c746>>. Acesso em: 08 de janeiro de 2017.

BRASIL. **Supremo Tribunal de Justiça. Súmula 387**. Cumulação de Danos morais em diferentes categorias. Relator: Ivan da Costa Alemão Ferreira, 4 de dezembro de 2012. Disponível em: <<https://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24287779/recurso-ordinario-ro-3216007220055010261-rj-trt-1>>. Acesso em: 14 de dezembro de 2012.

BRASIL. **Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CARRIÃO, Cláudia Meireles. **Transplante de órgãos na legislação brasileira a polêmica lei 9.434/97 e sua reforma**. Monografia. São Paulo: Faculdade UniFMU, 2004.

CATÃO, Marconi do Ó. **Biodireito: transplantes de órgãos humanos e direitos da personalidade**. São Paulo: Madras, 2004.

CICCO, Maria Cristina de. **Atos de disposição do próprio corpo entre autonomia e dignidade da pessoa humana**. Civilista.com. A.2. n.2.2013. pp.02-03.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p.199.

CUPIS, de Adriano. **Os direitos da personalidade**. 2 ed. São Paulo: Quorum, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do direito**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DUTRA, Leonarda Leandro e Silva; LOPES, Gleice Finamore. **Evolução histórico-conceitual dos direitos da personalidade**. Faculdade Estácio. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.estacio.br/graduacao/direito/publicacoes/ev_pers.asp>. Acesso em: 21 de junho de 2007.

ESTRASBRUGO. **Protocolo Adicional à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, relativo ao Transplante de Órgãos e Tecidos de Origem Humana, 1 de maio de 2006**. Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt/3_19/IIIPAG3_19_4.htm>. Acesso em: 01 de maio de 2006.

LIMA, E.D.R.P.; MAGALHÃES, M.B.; NAKAMAE, D.D. **Aspectos ético-legais da retirada e transplantes de tecidos, órgãos e partes do corpo humano**. Rev. latino-am. enfermagem, Ribeirão Preto, v. 5, n. 4, p. 5-12, outubro 1997.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Anotado e Legislação extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RAMOS, Maria da Gloria Chagas. **Transplantes de órgãos e tecidos humanos**. Direito Net. 6 de junho de 2015. Disponível em <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8881/Transplantes-de-orgaos-e-tecidos-humanos>> Acesso em: 06 de junho de 2015.

SILVA, Andiara Roberta; SPENGLER NETO, Theobaldo. **Transplantes de órgãos e tecidos**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 855, 5 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7541>>. Acesso em: 24 de maio de 2017.

VAL, Nathália Costa. **Origem histórica do direito da personalidade e suas principais características. Monitoria de direito PUC Minas.** Minas Gerais. Disponível em: <http://monitoriafmdcoreu.blogspot.com.br/2011/03/origem-historica-dos-direitos-da_21.html>. Acesso em: 14 de abril de 2017.